

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA VALEGA
SECRETARIO

AÑO 16, Nº 31
JULIO-DICIEMBRE DE 2015

31 / 2015

Revista Peruana de

Derecho Público

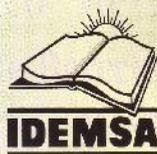
ESTUDIOS

Control judicial de convencionalidad
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Control de convencionalidad difuso ejercido por la
jurisdicción constitucional
ERNESTO JINESTA L.

Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo
ALBERTO RICARDO DALLA VIA

¿Es necesaria una nueva Constitución?
LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 16, Número 31 • Julio-diciembre de 2015

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, Néstor 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, Luca Mezzetti |
| México | : Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo (†), Diego Valadés |
| Panamá | : César Quintero (†) |
| Portugal | : Jorge Miranda |
| Venezuela | : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao |

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge (†)

Alfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo

SUMARIO

| | |
|-----------------|---|
| Editorial | 9 |
|-----------------|---|

ESTUDIOS

| | |
|--|-----|
| Control judicial de convencionalidad SERGIO GARCÍA RAMÍREZ | 13 |
| Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional ERNESTO JINESTA L. | 47 |
| Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo ALBERTO RICARDO DALLA VIA | 69 |
| ¿Es necesaria una nueva Constitución? LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ | 103 |
| Un nuevo Borbón ciñe la corona española: Felipe VI sustituye a Juan Carlos I JOAN OLIVER ARAUJO / VICENTE J. CALAFELL FERRÁ | 123 |
| El denominado “writ of certiorari” argentino (o la sublimación del carácter discrecional de la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina) EDUARDO PABLO JIMÉNEZ | 141 |

NOTAS

| | |
|--|-----|
| La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 2004 ARSENIO ORÉ GUARDIA | 161 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Una teoría constitucional de la supervivencia para América Latina ANTONIO COLOMER VIADEL | 175 |
|---|-----|

CRÓNICAS

| | |
|--|-----|
| Las Jornadas de Asociaciones de Derecho Constitucional de América del Sud (Santa Cruz de la Sierra, 9 y 10 de abril de 2015) ALFREDO O. CURACA KONG / PAOLA B. ORDÓÑEZ ROSALES | 191 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| José Afonso da Silva MARCELO FIGUEIREDO | 195 |
|--|-----|

DOCUMENTOS

| | |
|--|-----|
| Evolución de nuestra política tributaria JUAN LINO CASTILLO | 201 |
|--|-----|

EDITORIAL

Durante el semestre que termina, ciertos eventos han afectado la imagen del Gobierno de una manera sensible, según se ve de su notable baja en las encuestas de opinión. La Comisión de Fiscalización del Congreso investiga al partido de Gobierno por el delito de Lavado de Activos, en conexión con dineros aparentemente proporcionados por miembros de la cúpula política venezolana, para cubrir gastos de promoción en las dos últimas campañas electorales (2006 y 2011).

Aun así, la situación política solo se puede apreciar en toda su gravedad atendiendo a otras variables. En el semestre, asimismo, se produjeron diversas asonadas y refriegas en el interior del país, a modo de conflicto social, una de ellas contra el importante megaproyecto minero *Tía María*, al parecer por presuntas irregularidades en su estudio de impacto ambiental. Esto replicó, en ánimo, la protesta contra el proyecto *Conga*, frustrado a los inicios de este Gobierno por otra protesta de similar talante. Gracias a esta infortunada campaña anti-minera, el Perú ha perdido importantes oportunidades de generación de empleo e ingentes ingresos fiscales.

Lo que está absolutamente libre toda especulación —y esto es lo que nos debe convocar y unir— es que hace pocas semanas, el presidente de la República ha convocado a elecciones generales del 2016, a ser realizadas el 10 de abril de dicho año. Con lo que se romperá para bien nuestro record histórico de continuidad constitucional, con cuatro elecciones democráticas sucesivas y sin interrupción desde el 2001. Una marca sin duda importante.

Esto es lo que ahora marca la agenda del Perú. La campaña ha comenzado en el mes diciembre. Lo que toca ahora es concentrarnos en la limpieza de estas elecciones y ver el futuro que nos ofrece cada uno de los distintos y numerosos candidatos, para hacer una elección juiciosa.

Problema aparte son ciertas tendencias que se ven tanto en el Tribunal Constitucional, como en otros órganos del Estado. En el primero, el deseo

de apoyar al Gobierno en puntos discutibles (precedentes vinculante innecesarios, tendencia a abandonar el garantismo, afán de convertirse en garante del equilibrio presupuestal, que decididamente no le corresponde, como se ha visto en el caso de los fonavistas y bonistas agrarios, etc). En el Poder Judicial, la “dureza” con que se emiten ciertas sentencias con el aparente propósito para dar una imagen de “corrección” y “firmeza”, lo que se ve replicado en el Ministerio Público, que luego de la corrupción en que se vio envuelto por el affaire Orellana, le ha surgido la novelería de acusar y denunciar por cualquier motivo, echando por tierra la presunción de inocencia y el debido proceso, alentando el desarchivamiento de causas archivadas varias veces, con lo cual las investigaciones se eternizan y con resultados magros. Espectáculo, por cierto, nada decoroso.

En fin, son problemas que ameritan una mayor y más severa reflexión que dejamos para más adelante.

Lima, diciembre de 2015
La Dirección

ESTUDIOS

CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD *

Sergio García Ramírez

SUMARIO: I. Advertencia. II. El control interno de convencionalidad: perfil y características. III. La Corte Interamericana: circunstancia y actualidad. IV. Integración y fuerza del Derecho internacional (interamericano) de los derechos humanos. V. La responsabilidad unitaria del Estado. VI. Imputación al Estado. VII. El control de convencionalidad en la doctrina jurisprudencial de la CorteIDH. VIII. Control interno de convencionalidad y obligaciones generales de los Estados (artículos 1 y 2 CADH). IX. Control interno de convencionalidad derivado del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y de la “vocación” institucional de la CorteIDH. X. Control interno de convencionalidad y debido proceso. El juez natural. XI. Métodos para el control interno: concentrado y difuso.

I. ADVERTENCIA

Entre los temas sobresalientes por su actualidad y trascendencia, que guardan relación con el sistema tutelar de los derechos humanos en el doble plano nacional e internacional, figura el “control de convencionalidad”, de carácter judicial, al que en el título y en el desarrollo de este trabajo me referiré, más precisamente, como “control interno de convencionalidad”.

(*) El presente texto que gentilmente nos ha remitido su autor, es una revisión y puesta al día, con diversas consideraciones sobre los temas que el título enuncia, Tan solo por razones de espacio, hemos dejado de lado con la anuencia del autor, la parte final dedicada a la situación mexicana que por cierto será incorporada en la versión final que el autor prepara para su publicación en México (N.del E.).

El control de convencionalidad en su doble dimensión: externo (propio, original) e interno, ha sido objeto de largo y sólido desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde que me ocupé específicamente de este asunto, en votos particulares a los que antes aludí y sobre los que adelante volveré. Desde hace unos años, ha sido tema de consideración destacada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —principalmente a propósito de la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el *caso Radilla Pacheco*—, como primera y trascendental etapa en la tarea de conferir orden y rumbo a estas cuestiones en el ámbito del Derecho interno. Reconozco el papel necesario y descollante de la jurisprudencia en este ámbito, pero igualmente advierto que no es conveniente que algunos progresos del sistema jurídico nacional se hallen desprovistos de cauce legal, como ocurrió en otras materias: así, jurisdicción para menores en conflicto con la ley penal, jurisdicción para la ejecución de penas, por ejemplo.

No pretendo hacer ahora un examen detallado del control interno de convencionalidad, sino ofrecer un panorama sintético a la luz de sus fundamentos en el Derecho interamericano de los derechos humanos y de los elementos que lo han caracterizado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, fuente para la consideración inicial por parte de la Suprema Corte de Justicia y de otros tribunales de nuestro país, e incluso de autoridades no jurisdiccionales que se han internado en el examen de esta materia.

Para los fines del presente comentario, citaré con alguna extensión —y para ello solicito la indulgencia del lector: no es mi costumbre incluir en mis artículos largas transcripciones— algunos párrafos de mis votos particulares correspondientes a sentencias emitidas en la CorteIDH, que se hallan en el origen de la reflexión jurisprudencial internacional, como lo han manifestado algunos tratadistas no mexicanos, con objetividad que mucho aprecio; así, Juan Carlos Hitters, Ernesto Rey Cantor, Néstor Sagüés, Osvaldo Gozaíni, Giuseppe Vergottini, Allan R. Brewer-Carías, Raúl Canosa, entre los extranjeros, y mexicanos, como Eduardo Ferrer MacGregor. También invocaré las referencias que hago en libros de los que soy coautor, igualmente citados líneas arriba, y daré cuenta de las determinaciones centrales acogidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011, cuando sometió a examen diversas implicaciones de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al *caso Radilla Pacheco*, y se hizo la publicación correspondiente en el *Diario Oficial de la Federación*.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: PERFIL Y CARACTERÍSTICAS

Con el propósito de plantear adecuadamente —desde mi punto de vista— el desarrollo de esta materia, estimo conveniente apuntar desde ahora ciertos elementos que permiten la aproximación al control interno de convencionalidad, a sabiendas de que algunos pudieran quedar incluidos, con igual o mayor razón, en las conclusiones del trabajo. Valgan, pues, como hipótesis de partida y como adelanto de la tesis que resulta de mis reflexiones.

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas —bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos—, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control *propio, original o externo*.

Ahora bien, cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del Derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el Derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente, el Derecho interamericano de esa materia).

De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional.

En principio —y en términos muy generales— el proceso *lógico* de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre sólo a cargo de las autoridades jurisdiccionales —aunque en el presente estudio me ocuparé solamente de este supuesto—, sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos. Esto último destaca

en el artículo 1º constitucional, conforme a las novedades incorporadas en ese texto en 2011.

Sin embargo, reitero que esta apreciación sobre las normas internacionales y los actos nacionales por parte de autoridades no jurisdiccionales que cumplen el deber de observar las disposiciones de tratados internacionales —que forman parte de la ley suprema de la Unión— no constituye un verdadero control interno en cuyo ejercicio se pongan de manifiesto y operen una autoridad controlante y una autoridad controlada; sus efectos no debieran ser, de manera inmediata, la inaplicación o la expulsión de la norma contraventora del orden internacional, consecuencia a la que se debe llegar por otra vía en aras del principio de legalidad, de la seguridad jurídica, de la puntual preservación del orden jurídico propio del Estado de Derecho, de la construcción del *ius commune* de los derechos humanos y de otros motivos que surgen en el presente trabajo.

Dicho esto, reiteraré que el campo de mis reflexiones se reducirá al control de convencionalidad que realizan los juzgadores (al que se refirieron, originalmente, mis votos particulares ante la Corte Interamericana, al que aludió la jurisprudencia posterior de ésta y sobre el que se manifestaron las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre julio y septiembre de 2011), una función que ofrece características muy cercanas a las que presenta el bien conocido control de constitucionalidad. El de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno, aunque no necesariamente se confunde con éste: el control de constitucionalidad se atiene al marco de la Constitución —que desde luego puede incorporar en ese marco las disposiciones de fuente internacional—, en tanto el control de convencionalidad se ajusta al marco del sistema internacional y por ello su punto de llegada no se halla en la Constitución, sino en el Derecho internacional convencional de los derechos humanos: mira hacia el *jus commune*.

En mi voto sobre el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Aguado Alfaro y otros* (24 de noviembre de 2006) cotejé nuevamente “la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Éstas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores —principios y valores del sistema democrático— que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado”.

El control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico

convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico. Néstor Sagüés ha dicho, con buen fundamento, que “la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana”.

Es preciso, pues, colocar el control en este marco y enfilarlo a la procuración de ese *desideratum*, que supera ampliamente las pretensiones insulares y las ocurrencias circunstanciales. La clara conciencia de estos extremos contribuirá a diseñar y orientar el control en los términos más convenientes.

Prosigamos este apunte de conceptos generales. El control se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana sobre Derechos Humanos; además, otros instrumentos con semejante contenido); normas comunes (el *corpus juris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin olvido de la Comisión Interamericana, cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales del tribunal).

En consecuencia, la figura del control de convencionalidad, oriunda de ese sistema y asociada a él, guarda relación estrecha con los datos o componentes que conforman el sistema. En otras palabras: no se aísla de las diferentes expresiones del mismo fenómeno del que forma parte y del que es tributario. Es preciso analizarla, encauzarla y valorarla en este conjunto.

El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no

podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza.

En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra, cuando se carece de encaminamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento riguroso y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia.

En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado —deliberadamente— por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis —que adelante examinaré— de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber 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 inconventionalidad”, como adelante se mencionará, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.

Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional. Contribuye a erigir, detallar, enriquecer, impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público.

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.

III. LA CORTE INTERAMERICANA: CIRCUNSTANCIA Y ACTUALIDAD

El control interno de convencionalidad en materia de derechos humanos trabajará, en buena medida, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Estos órganos y jurisprudencia todavía no son suficientemente conocidos en nuestro medio, aun cuando lo sean cada vez más, lo cual constituye un dato alentador y renovador del progreso jurídico en muchos países, México entre ellos. En todo caso, resulta conveniente proveer ciertos datos esenciales sobre ese tribunal, sin pretender examinar con detalle su origen, sus atribuciones y su desarrollo.

La CorteIDH es una pieza esencial del denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que en su propio ámbito atiende a los objetivos que, en los suyos, han asumido otros sistemas anteriores o posteriores: el mundial, desde luego, a partir de la Declaración Universal de 1948, el Europeo, con base en el Convenio de Roma, de 1950, y el Africano, que se sustenta en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos —Carta de Banjul—, de 1981. El sistema interamericano inició formalmente la marcha —lo que he llamado la “navegación americana”, con destino compartido con otras navegaciones: universal y regionales, pero itinerario, características y tiempos propios— en 1945, fecha de la Conferencia de Chapultepec sobre Problemas de la Guerra y de la Paz. Desde entonces ha cumplido tareas importantes y mostrado un apreciable desarrollo en sus diversos componentes: ideológico, normativo, subjetivo y judicial.

El componente ideológico-político del sistema —en rigor, su factor o raíz— reside en las convicciones comunes acerca del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que coloca a aquél en el centro de la escena y exalta la misión y la exigencia de la democracia. “Sociedad democrática” es un concepto central de ese componente ideológico-político del sistema, que tiene aplicación al tiempo de interpretar las normas y fijar el rumbo de la jurisprudencia. No podría ignorarlo el intérprete internacional; tampoco el juzgador nacional que interpreta y aplica textos internacionales.

Ese concepto domina en el examen sobre el desenvolvimiento mismo del sistema y contribuye a advertir y apreciar los contrastes entre la situación que guarda hoy y la que hubo en cada una de las fechas clave dentro de la historia del sistema: 1945, mencionada; 1948, año de emisión de la Carta de la OEA y la Declaración Americana (previa, por varios meses, a la Universal; aquélla, adoptada el 2 de mayo; la segunda, el 10 de diciembre); 1969, oportunidad de la Convención Americana o Pacto de San José; 1978, inicio de la vigencia de esta Convención; 1999, año en que se produjo el último acto de reconocimiento estatal —hasta hoy— de la

competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y 2011, año en el que la jurisprudencia de la Suprema Corte de México — con algunos precedentes en nuestro país, y muchos en otros Estados — declara con el mayor énfasis la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos.

En el examen sobre los vínculos entre democracia y derechos humanos hay que recordar los términos de la Carta Democrática Americana, de 2001, que destaca el inescindible binomio: democracia y derechos humanos. Y también cabe mencionar la reafirmación de las soluciones democráticas y garantistas, incluso en situaciones de violencia extrema, como se desprende de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de 2002, y de la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de la autotutela del Estado, la seguridad de la sociedad, el empleo admisible de la fuerza, el principio de legalidad y el debido proceso.

El componente normativo del sistema — *corpus juris*, que antes dije — permite examinar el tránsito desde la tierra baldía de 1945 hasta el punto al que ha llegado el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Es relevante analizar en este punto (análisis que no escapará los juzgadores llamados a ejercer el control de convencionalidad, así sea para los fines de interpretación de textos convencionales en congruencia con estándares internacionales) la composición de ese Derecho de los derechos humanos, que no se constriñe a las fuentes bien sabidas de la costumbre internacional y los tratados (y convenciones especializadas y protocolos), sino abarca otros actos. En cada especie es preciso explorar la fuerza jurídica: del carácter meramente orientador o sugerente — sin perjuicio de la operación enérgica del principio *pacta sunt servanda* — a la eficacia vinculante: sea *inter partes*, sea *erga omnes*.

El componente subjetivo del sistema corresponde a los diversos personajes que en él concurren: obviamente, los individuos — todos: en calidad de seres humanos, beneficiarios de la tutela general o especial; y en condición de víctimas, reclamantes ante instancias domésticas o externas —, y los Estados: 34 miembros de la OEA (con Cuba: 35), 24 partes en la Convención Americana, 21 aceptantes de la competencia contenciosa de la CorteIDH, México entre ellos. Veinte Estados en cuya jurisdicción habitan más de 550 millones de seres humanos. Bajo el mismo rubro de componente subjetivo añadamos: sociedad civil y sus instituciones, y actores emergentes: academia, comunicadores sociales, ombudsman, defensores públicos.

El avance es muy estimable, aunque todavía nos hallemos lejos de la meta indispensable: admisión continental, total, que concrete el propósito consustancial a los derechos humanos, su apetito de universalidad, a saber, “derechos y jurisdicciones para todos”. Por ahora, la jurisdicción

interamericana se ha desplegado en un “espacio judicial (esencialmente latinoamericano”.

Finalmente, el componente judicial se concentra en la Corte Interamericana, depositaria de una jurisdicción madura. Aquélla ha definido con suficiente claridad —y con éxito, hasta el momento— su “vocación institucional”, y creado una doctrina jurisprudencial cada vez más nutrida y aceptada, que acude a integrar el Derecho interamericano de los derechos humanos.

La CorteIDH es un tribunal permanente (ejerce su jurisdicción en forma ininterrumpida, sin perjuicio de que sus integrantes se reúnan materialmente en períodos de sesiones en San José o en otras ciudades de América) con vocación hacia los casos paradigmáticos, para la emisión de criterios jurisdiccionales que sean recibidos y multiplicados en el ámbito interno a través de diversos mecanismos de recepción. Uno de éstos es el control de convencionalidad.

Diré, de paso, que a mi juicio resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos; sería impracticable y perturbador; su “oficio” es el conocimiento de grandes temas —frecuentemente ampliados con nuevas vertientes, perspectivas o aplicaciones— a los que aportará soluciones que permearán los ordenamientos internos.

IV. INTEGRACIÓN Y FUERZA DEL DERECHO INTERNACIONAL (INTERAMERICANO) DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de éstos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor imperio. En la actualidad se ha generalizado —con decrecientes trincheras de resistencia— el valor de ese Derecho internacional. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la dual composición del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

Permítaseme recordar anteriores elaboraciones acerca de la recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos, fenómeno que tiene notable arraigo y en el que se enmarca el control de convencionalidad. Hay diversas expresiones (o “puentes”, he dicho, caracterizando las vías de tránsito del orden internacional hacia el nacional, como antes aconteció desde éste hacia aquél) de la recepción interna a la que me refiero.

Ante todo, existe un “puente” constitucional, que se ha tendido de manera insistente a través de reformas a las leyes supremas de Estados

americanos en el curso de algunos lustros. Así ha ocurrido en Argentina, que en 1994 elevó a rango constitucional un conjunto de instrumentos sobre derechos humanos, camino que más tarde siguió la República Dominicana; y en Colombia, Venezuela, Guatemala, Bolivia y Ecuador, que colocaron en el punto supremo de la escala normativa las disposiciones más favorables a los derechos de los individuos, independientemente de que provinieran del ordenamiento nacional o del internacional. Agréguese, Brasil, México.

En seguida figura un “puente” legal, constituido por las normas de implementación destinadas a encauzar a nivel secundario el tránsito de las decisiones internacionales. No abundan las disposiciones de esta naturaleza. Las hay, por ejemplo, en Perú y en México; aquí, en lo que toca a responsabilidad patrimonial del Estado y en lo que concierne a reparaciones por mandato de la Ley General de Víctimas. A continuación corresponde mencionar el “puente” jurisdiccional, concretado en la recepción de las disposiciones y los criterios jurisprudenciales internacionales por parte de los tribunales internos; en este ámbito opera el control de convencionalidad, entre otros extremos que sirven al mismo propósito.

Mencionemos asimismo el “puente” político, que se deposita en las políticas públicas elaboradas y aplicadas con perspectiva de derechos humanos, y el “puente” cultural”, que reviste importancia decisiva para el conjunto de estas cuestiones, e implica el culto y el cultivo de la dignidad humana y del método jurídico para la prevención y la solución de los conflictos.

Hoy día es indudable la existencia de la doble fuente de los derechos humanos, a la que me referí en líneas anteriores, cuya presencia se desprende de los términos adoptados por la Constitución General de la República al establecer el novedoso puente del que ahora disponemos para la recepción interna del Derecho internacional. Así se advertía desde la vigencia solitaria del artículo 133 de la Constitución General de la República (que se refiere a tratados internacionales como “ley suprema de la Unión”), norma que debió ser reformada en 2011 para que adquiriese plena congruencia con los cambios constitucionales de este año. Y así se observa, con mayor énfasis y claridad, a partir de esta renovación en la ley suprema, que acoge el principio *pro homine* o pro persona cuando dispone la aplicación —a través de una interpretación específicamente orientada— de la norma más favorable a la persona. Actualmente coexisten una norma con dos siglos de antigüedad —el artículo 133, considerando su precedente norteamericano— y una novísima disposición, arraigada en el siglo XXI —el artículo 1º constitucional.

En 2011 reaparecieron los derechos humanos en la escena constitucional, como lo habían estado en 1914, con la Carta de Apatzingán, y en 1857, con la Constitución federal de este último año. En este sentido, no ha surgido un nuevo paradigma, sino se ha rescatado un paradigma antiguo,

radical, que figuró en aquellos textos. Y en 2011 ingresaron además, en torrente, los derechos alojados en cualesquiera tratados internacionales (¿y declaraciones, como la Universal y la Americana? Debiera ser, pero no es explícitamente) de los que México sea parte. Esta es la fuente internacional de los derechos primordiales, provista por el orden jurídico de la materia y las otras ramas que colocan al ser humano en el centro de la escena, bajo la “garantía colectiva” y las obligaciones igualmente colectivas e individuales de los Estados.

El ingreso del Derecho internacional de los derechos humanos obliga a replantear el conjunto del ordenamiento jurídico, en el que suelen descollar, para estos efectos, las dimensiones penal y procesal. Nos hallamos ante una dimensión supranacional del derecho concerniente a la justicia, como ha reconocido Mauro Cappelletti, invocado por Hitters. Martín Abregú, en Argentina, invita a “volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales”. El Derecho internacional de la materia “tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir de nuevo paradigma de los derechos humanos”. Julio Maier señala que una “rama del Derecho internacional debe ser especialmente considerada, no sólo debido a sus características particulares, sino, antes bien, a su influencia en el derecho procesal penal (...) Derecho internacional de los derechos humanos”.

Volvamos a la reforma constitucional de 2011, en México. Se ha creado, sin señalarlo explícitamente, un bloque de constitucionalidad en la medida en que las disposiciones del Derecho internacional (de los derechos humanos) deben ser aplicadas cuando resulten más benéficas para el individuo, incluso a pesar de la estipulación diferente —que es una hipótesis infrecuente— contenida en el texto de la ley suprema. En fin, esas disposiciones poseerían rango constitucional (o supraconstitucional) y excluirían la aplicación de las previstas expresamente en la ley fundamental.

El tema del bloque de constitucionalidad —o bien, la cuestión de un bloque de convencionalidad superior— se actualiza, asimismo, cuando se observa que un tratado de derechos humanos que mejora la situación del sujeto prevalece sobre otro que no contiene o niega ese mismo rango de protección. Esto se infiere de la lectura conjunta de los artículos 101 y 105, reformado, atentos a la posibilidad de combatir con acción de *inconstitucionalidad* un tratado que se opone a otro más protector. Un argumento adicional en favor de esta consideración provendría del artículo 15 de la ley fundamental, en lo que toca a los principios de adquisición definitiva y progresividad, como los he designado, de los derechos humanos.

Como podrá advertir el lector, en los términos de las líneas precedentes estoy reexaminando un punto discutido y discutible de la interpretación

jurisdiccional prevaleciente en México. Con indudable talento se ha sorteado el grave problema de la tensión, contradicción o colisión entre normas internacionales y nacionales, con base en el concepto de “parámetro de regularidad constitucional”, establecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el examen de la contradicción de tesis 293/2011. La alusión a este concepto, así como a la noción de bloque de constitucionalidad, que finalmente se ha introducido con fuerza en la doctrina jurídica mexicana, ha suscitado opiniones interesantes y amerita estudios detallados, que han comenzado. Entre éstos figura la obra *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, de César Astudillo.

A mi modo de ver —y con el mayor respeto para quienes sostienen otro parecer, por ahora dominante— existe un tema de prevalencia o jerarquía de normas, que no se resuelve asignando prioridad al mandamiento constitucional, por serlo, o al internacional, por el mismo motivo, sino aceptando que en el punto más elevado de la pirámide jurídica —o en la base de ésta, si se prefiere invertir la figura— reside el ser humano y que las tensiones o contradicciones que surjan —como es probable— entre disposiciones nacionales del más alto rango y disposiciones internacionales del DIDH se deben resolver *pro homine*, o bien, en otros términos, *pro persona*.

Me parece que esta es la forma de zanjar el problema, resolviéndolo directamente en los términos señalados en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a través de un remedio legislativo, esto es, de una reforma clara y franca de la ley interna —cualquiera que ésta sea— a fin de ajustarla a la disposición internacional. Así lo reconoció y aceptó México, soberanamente, al adherir a la Convención Americana. Y así lo han entendido otros Estados que han resuelto modificar sus ordenamientos —inclusive constitucionales; recuérdese el caso *La última tentación de Cristo vs. Chile (Olmedo Bustos y otros)* (2001) en aras del cumplimiento, al que se obligaron, del DIDH.

Todavía en el ámbito de la reforma al artículo 1º constitucional, de 2011, agreguemos que ésta obliga a todas las autoridades a respetar y garantizar los derechos humanos (como señala el artículo 1º de la Convención Americana) que proceden de la doble fuente referida; que dispone reglas de interpretación favorables, *pro homine* (“protección más amplia”); que reconoce garantías nacionales e internacionales, cada una —entendemos— en su propio ámbito y con sus reglas y alcances característicos; y que alude a las reparaciones por violaciones (junto con otras obligaciones), “en los términos que establezca la ley”.

Por cierto, es discutible e incluso objetable —y en todo caso promueve dudas y podría fundar interpretaciones encontradas— esta última expresión contenida al final del tercer párrafo del artículo 1º, si con ella se altera o reduce el amparo internacional invocando los términos que provea la ley

interna. Tómesese en cuenta que la jurisprudencia interamericana ha definido el gran alcance de las reparaciones, mucho más completo y dinámico que el correspondiente a las violaciones de derechos de fuente nacional.

Dos palabras sobre el contenido del Derecho internacional de derechos humanos — ampliando la alusión que hice líneas arriba —, que no se reduce a la costumbre y la convención (tratados, protocolos). El juez interno — que ejerce el control de convencionalidad — y en general todas las autoridades domésticas — a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación — debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico *deba* aplicar directamente esas expresiones del Derecho internacional; le servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, fijar el marco del control de convencionalidad.

En el Derecho internacional de los derechos humanos figuran, además de las fuentes mencionadas, otras de carácter diverso: así, declaraciones (p. ej., Universal y Americana, entre varias más de carácter específico), estatutos y reglamentos (v.gr. los correspondientes a la Comisión y a la Corte Interamericanas), opiniones consultivas (de la Corte Interamericana), sentencias (*idem*), otras resoluciones jurisdiccionales (*idem*), recomendaciones (de la Comisión Interamericana, entre otras), informes (*idem*), principios, relatorías, conclusiones de encuentros internacionales, y así sucesivamente.

Se acostumbra aludir a un derecho “duro”, imperioso, inequívocamente vinculante para los Estados y, en general, para los sujetos a los que se extiende su ámbito subjetivo de aplicación, y de un derecho “suave” (*soft law*), que no posee el mismo carácter imperioso y vinculante. Existe una fuerte tendencia a dotar a este *soft law* de creciente eficacia. La Corte Interamericana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En fin de cuentas, este gran conjunto de normas, disposiciones, requerimientos, aspiraciones, etcétera, integra el universo de los “estándares” internacionales, a los que se remiten la actuación del Estado y la reclamación de los particulares; son el marco, el punto de referencia, la guía para unos y otros, constantemente invocados y discutidos. Bajo esta luz se mira o reconstruye el nuevo Derecho, atento a los derechos humanos.

En seguida interesa precisar el valor que poseen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es, por cierto, la instancia judicial internacional o supranacional a la que se ha vinculado el Estado mexicano en esta materia, con las consiguientes repercusiones sobre el ámbito de derechos y libertades de los habitantes de la República. En ese campo figuran las opiniones consultivas, las sentencias (en el curso o al cabo de procedimientos contenciosos), las medidas provisionales, las reso-

luciones sobre cumplimiento y otras determinaciones que emite el tribunal interamericano en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, no así, por supuesto, las decisiones adoptadas fuera de estas atribuciones: como son, por ejemplo, las de carácter puramente administrativo.

Para resolver esta cuestión es pertinente recordar, como cuestión básica para el análisis, que la Convención Americana, seguida por otras normas — así, el Estatuto de la Corte —, ha confiado a ésta la atribución de interpretar y aplicar dicha Convención. Es el intérprete oficial del tratado americano. No se ha conferido semejante atribución a ninguna otra instancia, sin perjuicio de las facultades asignadas a la Comisión Interamericana, que no es un ente judicial.

La competencia material de conocimiento de la Corte interamericana no se contrae solamente a la Convención Americana. También puede interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos; en el mismo sentido se pronuncia, por lo que atañe a derechos de fuente internacional, el nuevo texto del artículo 1º de la Constitución mexicana, posiblemente influido en este extremo por la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH), a condición de que éstos sean aplicables a países (alguno o algunos) de América. Esto se plantea en el ejercicio de la atribución consultiva, que ha ocurrido en varias oportunidades, inclusive a solicitud de México: opiniones consultivas OC-16, sobre derecho a información acerca de la asistencia consular a favor de extranjeros detenidos, y OC-18, en torno a derechos humanos de trabajadores migrantes indocumentados.

La competencia contenciosa del tribunal que ahora examinamos tampoco se reduce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otros instrumentos del ámbito americano le asignan competencia para conocer de cuestiones litigiosas. Este es un punto largamente explorado por la jurisprudencia interamericana, *maestra de su competencia* (depositaria de la *compétence de la compétence*). De los términos claramente estatuidos por esos instrumentos y de la jurisprudencia interpretativa de la Corte se desprende que ésta puede aplicar directamente, además de la CADH, el Protocolo de San Salvador (en lo que respecta a derechos de asociación laboral y de acceso a la educación: artículos 8.1.a y 13), la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, cuya aplicabilidad he examinado detalladamente en mi voto particular al primer caso en el que la Corte asumió esta competencia: *Penal Castro Castro vs. Perú*, del 25 de noviembre de 2006, a cuyas consideraciones me remito).

Hay un dato común a los tratados o convenios a los que me he referido en los párrafos precedentes: todos ellos han ingresado en el ordenamiento

nacional, merced al proceso de suscripción, ratificación y/o adhesión del Estado que los asume, como es el caso de México. Reiteraré: son, para nosotros, ley suprema de la Unión, como dice el artículo 133 constitucional; o bien, proveen derechos y libertades de los que gozan todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado mexicano, como resuelve, desde 2011, el artículo 1º de la Constitución General de la República. En suma, obligan al Estado y reconocen derechos (exigibles, por supuesto) a los individuos.

En mi voto sobre la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (24 de noviembre de 2006) señalé en torno a este punto: “al referirse a un “control de convencionalidad” (...) la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”.

Diré, además, que la Corte toma en cuenta, en el examen de asuntos litigiosos (esto es, en el despliegue de su competencia contenciosa), otros instrumentos del orden internacional, externos al Sistema Interamericano, que no le han conferido competencia material. En estos casos no adopta decisiones que impliquen la aplicación directa de tales convenios, a la manera en que lo hace con respecto a los instrumentos que le atribuyen esa facultad. Empero, recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación: establecimiento del contexto, conocimiento de estándares, inserción en el marco del Derecho internacional contemporáneo. Así ha ocurrido en diversos casos en que la CorteIDH invoca, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los convenios de Ginebra, distintos instrumentos referentes a derechos de migrantes, etcétera.

Finalmente, consideremos que en determinados extremos el Tribunal Interamericano analiza puntos que pudieran quedar abarcados en instrumentos que no le asignan competencia material, pero lo hace a través de la interpretación y aplicación de normas de la Convención Americana y en el ejercicio, por lo tanto, de potestades de las que se halla investida. Este es el caso, que menciono por vía de ejemplo, del derecho a la protección de la salud, analizable a partir del Protocolo de San Salvador —que no

atribuye a la Corte competencia en este aspecto—, pero también analizable con base en el artículo 5 de la CADH, que se refiere a la protección de la integridad personal.

Preguntémonos ahora cuál es el alcance de la eficacia vinculante de los actos de interpretación de la Corte Interamericana, tema que ha suscitado diversas opiniones y debates y que viene a cuentas, evidentemente, cuando se examina y ejerce el control interno de convencionalidad. En el estudio de esta cuestión podemos deslindar las funciones consultiva y contenciosa, y vincular a ésta —en un conjunto relativamente homogéneo— las funciones preventiva (medidas provisionales) y ejecutiva (supervisión de cumplimiento).

Regularmente se ha dicho que no son vinculantes para los Estados las opiniones de la Corte Interamericana emitidas en el desempeño de la función consultiva. Así lo ha considerado el propio tribunal. También se ha señalado que pudieran tener fuerza vinculante solamente para el Estado que solicitó la opinión y expresó, con ello, su voluntad de atenerse al parecer final del tribunal interamericano. Hay, desde luego, otros puntos de vista.

También se ha sostenido que las decisiones de la Corte en asuntos contenciosos son inmediatamente obligatorias, vinculantes, de forzosa observancia y cumplimiento para los Estados que aceptaron la competencia contenciosa e intervinieron en el proceso respectivo: esto es, poseen eficacia imperativa *inter partes*. Esta obligatoriedad no suscita dudas, en tanto se halla manifiestamente establecida en la Convención Americana y consta en los actos de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por parte de los Estados.

Algunos altos tribunales del área americana han reconocido a la jurisprudencia de la CorteIDH eficacia vinculante o fuerza orientadora, independientemente de que aquella corresponda a casos que atañen directamente a los Estados en los que actúan esos tribunales o a terceros Estados sujetos a la Convención Americana. Puede verse una revisión de este punto, tan importante, en la sentencia de la CorteIDH sobre el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, del 26 de noviembre de 2010, en el que se invocan pronunciamientos muy interesantes de diversos órganos de la justicia interna: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Tribunal Constitucional de Bolivia, Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y Corte Constitucional de Colombia. En sentencias posteriores, la Corte Interamericana ha insistido en la exposición de las decisiones de los altos tribunales del área y agregado otros órganos jurisdiccionales a los mencionados en la sentencia del *caso Cabrera García y Montiel Flores*.

En mi opinión, los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH —y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material— son *vinculantes* para los Estados partes en la Convención Americana, y con mayor razón para quienes son, además, sujetos de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, esta sujeción no es indispensable para la eficacia vinculante de tales criterios con respecto a dichos Estados.

Sustento mi punto de vista en la consideración de que los Estados partes en la Convención Americana —y otras— han acogido este instrumento, *soberanamente*, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado —también *soberanamente*, al constituirse en partes de la CADH— que la CorteIDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares.

Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la CorteIDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan —como se dice en Europa, no así en América— la “cosa interpretada”; implican, como prefiero decir, una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte.

Reconozco esa eficacia tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias en casos contenciosos —y a las resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias— en cuanto tiene que ver con interpretación de normas. Quizás otro tanto se puede decir, aunque acepto que el punto es más complejo y requiere cuidadoso análisis, en lo que toca a disposiciones de tratados diferentes que la Corte examina por la vía consultiva.

Por supuesto, al hablar de esta eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*, sólo me estoy refiriendo, como es obvio, a la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza *inter partes* de la sentencia emitida por el tribunal.

En esta misma línea de consideraciones, corresponde aclarar — como se ha hecho en otro lugar de este trabajo— que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos — instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna— que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El Derecho internacional de los derechos humanos es el “piso” de los derechos, no el “techo”. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana.

¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja.

Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los términos de ésta) o actuara al gairete de los principios y objetivos del control de convencionalidad a los que me referí en la primera parte de este artículo.

V. LA RESPONSABILIDAD UNITARIA DEL ESTADO

En el estudio del control interno de convencionalidad viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si *debe* ejercerlo. A este deber sujeto a examen se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio oficioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*), y por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento, así como los límites del control a los que antes me referí y sobre los que volveré adelante, en alguna medida.

En la escena internacional, el Estado actúa unitariamente; no comparecen aisladamente, como sujetos plenos e inconexos, algunos órganos o agentes de aquél. Me estoy refiriendo, es evidente, a la comparecencia que se traduce en asunción deliberada de deberes generales y a la aplicación estricta de las obligaciones asumidas. En consecuencia, aquéllos abarcan al Estado en su conjunto, repercuten sobre él, le son exigibles, sin perjuicio de la distribución

interna de atribuciones y funciones, que depende de la voluntad particular de los Estados y no altera los deberes y las consecuencias internacionales.

Esto se proyecta con relevancia hacia un doble plano de la organización político-jurídica del Estado: en una dimensión, los poderes tradicionales y los nuevos órganos autónomos, que en México han surgido con vigor durante las últimas décadas (además de las figuras de autonomía institucional consagradas de tiempo atrás, como ocurre en el caso de las Universidades públicas); y en otra, hacia los planos, niveles o ámbitos del Estado, el gobierno o la administración, donde a su vez existe distribución de funciones y tareas en diversos poderes y órganos.

Esto interesa para fijar la responsabilidad internacional del Estado en contiendas ventiladas ante instancias de ese carácter. En el voto que emití con respecto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el *caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, analicé esta materia: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

En tal virtud, los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del Estado, se hallan igualmente comprometidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, de donde resulta un cimientamiento del control interno de convencionalidad, conclusión que ciertamente no riñe con la posibilidad, conveniencia y necesidad de que ese control se ejerza en forma ordenada y armoniosa, para el mejor servicio a los fines que pretende alcanzar. Desde luego, esta conclusión se extiende tanto a las jurisdicciones del Estado federal, en su caso, como a las de los estados federados o provincias, en el suyo. Ni aquél ni éstos podrían alterar la responsabilidad que les incumbe y las consecuencias que derivan de ella, aduciendo la estructura federal.

Recordemos el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. La inoponibilidad de la estructura federal al cumplimiento de los deberes del Estado, necesariamente globales o integrales, se ha examinado en la jurisprudencia de la

CorteIDH; son ejemplos las sentencias de fondo (1996) y reparaciones (1998) del caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. He aquí otra referencia útil para la admisión del control interno de convencionalidad, que tampoco resta fuerza al requerimiento de que ese control opera en forma ordenada y armoniosa.

En mi voto agregado a la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, señalé a propósito del control interno que si “los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.

En este mismo ámbito conviene advertir —como antes manifesté— que el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligadas todas las autoridades, no como controladoras de convencionalidad, sino como sujetos obligados por la norma convencional (del mismo modo diré que la obligación de la autoridad de ajustarse a una norma interna —obligación irrecusable— no la convierte en controladora de legalidad o de constitucionalidad; el control de este carácter se mantiene, por su propia naturaleza, en el ámbito de los tribunales: autoridad controlante de las otras autoridades, que son controladas). Sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos —a la vida, a la integridad, a la libertad— para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquéllos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales.

En la actuación de estos órganos es necesario traer a colación el antiguo principio de la actividad judicial —que frecuentemente acoge la jurisprudencia interamericana— en el sentido de que *jura novit curia*: el juzgador conoce el derecho; no es indispensable que lo invoquen los litigantes (aunque harán bien en invocarlo; lo aconseja la experiencia). Lo conoce, pues, y debe aplicarlo.

De ahí la regla de oficiosidad en el control interno de convencionalidad, como hay oficiosidad en el control externo, original o propio: la Corte Interamericana, que no actúa como mecanismo de investigación y por ello se atiene a los hechos invocados por la Comisión, aplica directamente las normas convencionales cuando el expediente muestra la existencia de un supuesto de hecho que reclama esa aplicación, aunque la Comisión Inte-

americana no lo haya requerido. También ha procedido a esa aplicación a solicitud de la víctima y sus representantes, que no pueden añadir hechos al tema fáctico propuesto por la Comisión en la demanda (hoy día, en el informe con el que insta la intervención jurisdiccional).

VI. IMPUTACIÓN AL ESTADO

El tribunal interno que ejerce el control de convencionalidad no podría ignorar las reglas sobre imputación al Estado de responsabilidad generada por la conducta de diferentes sujetos. Obviamente, el Estado —una abstracción, que se concreta dolorosamente en la experiencia del individuo cuando éste sufre la violación de derechos humanos— no actúa por sí mismo, que no podría, sino a través de órganos o personas cuya conducta —activa u omisiva, según el régimen aplicable— determina la responsabilidad internacional del Estado. La CorteIDH explora esa imputación, su pertinencia y su alcance; otro tanto debe hacer el juez interno, para sus propios efectos, en el marco del control de convencionalidad, conforme a la normativa aplicable para atender, resolver y fijar las consecuencias del control en el caso considerado.

Las reglas de imputación al Estado, de la que depende la pertinencia de una declaratoria de violación de derechos y libertades y una condena a sufrir ciertas consecuencias jurídicas (reparaciones), que favorecerán a la víctima (y a otras personas) se elevan sobre disposiciones estatutarias y resoluciones jurisprudenciales. No pretendo ir muy lejos en el examen de este punto —que ya no será extraño para los tribunales domésticos—, pero debo observar que la jurisprudencia interamericana se ha desplegado ampliamente sobre él, hasta definir una doctrina pacíficamente aceptada, que se encuentra en vigor.

Es imputable al Estado la conducta de sus agentes u órganos formales, por acción u omisión, extremos separados por una frontera que en ocasiones resulta ambigua, elusiva, sobre todo cuando se aduce la figura de omisión. Tómese en cuenta el concepto de “Estado-garante”, que deriva de los artículos 1º y 2º CADH: garante general de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, concepto que implica posibilidad de regulación o actuación eficaz, no necesariamente territorialidad (en este ámbito es interesante la decisión de la CorteIDH en el *caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, del 22 de septiembre de 2006, que abarcó autoridades persecutorias en Estados del Cono Sur del Continente); y garante especial: mayor acento en la misión garantizadora del Estado cuando la vida cotidiana del individuo se halla sujeta al control inmediato de la autoridad, como acontece en el supuesto de

sujetos privados de libertad (en “instituciones totales”). También se imputa responsabilidad al Estado en el supuesto de delegación o subrogación de atenciones que regularmente brindaría aquél en forma directa, según se resolvió en la importante sentencia del *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006.

Igualmente aparece la responsabilidad internacional del Estado, a partir de conductas de particulares, en situaciones de conflicto interno de corte tradicional y en supuestos de grave inseguridad y riesgo. Con respecto a aquellas situaciones y a sus actores particulares —pero que actúan con la participación, protección, tolerancia o indiferencia del Estado— la Corte recordó en la sentencia del *caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005 —resolución que acoge una constante línea jurisprudencial—, que “las obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

La Corte se ha referido al supuesto en que los hechos sean obra de terceros, pero el Estado ha incurrido en falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Hay ejemplos numerosos en la experiencia de la CorteIDH: casos de Guatemala por intervención de las llamadas “patrullas civiles”; casos de Colombia por actuación de grupos paramilitares (“autodefensas”) en masacres; y algún caso de Brasil, en lo que respecta a prisiones: delitos cometidos en el interior o a partir del interior hacia el exterior de la cárcel.

En la sentencia correspondiente al *caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, del 31 de enero de 2006, se examinó el alcance de la responsabilidad estatal tomando en cuenta las condiciones en que ocurrieron los hechos; se requiere que el riesgo sea previsible y evitable. A este respecto, el voto particular del juez García Sayán señaló: “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”, proyectada sobre “un individuo o grupo de individuos determinado”, y existencia de “posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.

También es muy importante la elaboración jurisprudencial interamericana en el notorio *caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, del 16 de noviembre de 2009: “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres”.

En tales condiciones, se requiere: marco jurídico de protección, aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar eficazmente ante denuncias. Igualmente, “medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niños pueden ser víctimas de violencia”.

VII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTEIDH

La aparición y el desarrollo de esta doctrina han sido examinados por tratadistas mexicanos y extranjeros. Por lo que toca, específicamente, a la aparición del concepto en el marco de la Corte Interamericana, ya mencioné a algunos tratadistas en la *Advertencia* que figura al principio de este trabajo. Reiteraré sus nombres y agregaré otros, en la inteligencia de que sería impracticable proveer una relación completa en un artículo como el presente, y menos aún si se toma en cuenta que la bibliohemerografía de esta materia crece constantemente.

Se han ocupado en el examen del control de convencionalidad Giuseppe Vergottini, Néstor Sagüés, Juan Carlos Hitters, Carlos Ayala Corao, Laurence Burgogue-Larsen, Ernesto Rey Cantor, Raúl Canosa, Allan Brewer-Carías, Jaime Orlando Santofimio, Humberto Nogueira Alcalá, Claudio Nash, así como Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador de *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, 2012, y cocoordinador del *Diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional*, 2015), Gumesindo García Morelos, Sergio Flores Navarro, Victorino Rojas Rivera, entre los profesores mexicanos. También lo ha hecho, desde la perspectiva del Derecho constitucional y con muy importantes observaciones, José María Serna de la Garza. Un valioso conjunto de trabajos de provechosa consulta en torno a esta cuestión, es la obra colectiva coordinada por Susana Albanese, bajo el título *El control de convencionalidad* (Argentina, 2008), así como la obra del mismo carácter coordinada por Paula García Villegas Sánchez Cordero, que da cuenta del parecer de juzgadores mexicanos: *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos* (2013). El tratamiento doctrinal de la materia avanza con diligencia.

Antes de referirme a la aparición del concepto en la reflexión de la Corte Interamericana, me permitiré recordar que en un trabajo de 2001, incluido en mi libro *Temas de Derecho* (UNAM, 2002), señalé que “al control de constitucionalidad ha venido a añadirse lo que pudiéramos denominar —siempre en aras de los derechos humanos— control de internacionali-

dad, en la medida en que se trata de valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales: aquéllos, de voluntad doméstica; éstos, de voluntad regional e inclusive ecuménica. En fin de cuentas, se trata de un control de jurisdicción”, que obedece a ideas y realidades que operan a partir de un proyecto humano universal, una cultura jurídica en la que aquéllas se reflejan, multiplican y difunden, y unos organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales encargados de atender a dicho proyecto conforme a los principios y las normas derivadas de esa cultura.

La primera vez que se aludió al control de convencionalidad en el marco de la Corte Interamericana, destacando la función de ésta en ese campo, fue en mi voto sobre el citado *caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 noviembre de 2003. Posteriormente volví a examinar este asunto en el voto relativo al *caso Tibi*, del 7 de septiembre de 2004. En éste hice la comparación entre la CorteIDH y los tribunales constitucionales: control de convencionalidad y control de constitucionalidad, en sus respectivos casos. El cotejo es útil en muchos extremos, entre ellos para fijar la trascendencia —y la extraordinaria delicadeza— de los pronunciamientos de estos órganos con respecto al conjunto del orden jurídico y las decisiones judiciales que se pronuncian a su amparo.

Nuevamente me ocupé del tema en el voto emitido acerca de los *casos Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro y otros)*, del 24 de noviembre de 2006, y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de los mismos meses y año. En esta última fecha —la coincidencia no es casual— la Corte Interamericana asumió la doctrina del control de convencionalidad en el conocido *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, que amplió y difundió, con efectos muy apreciables, el conocimiento de esta materia en las jurisdicciones nacionales. Reanudé mi examen del control de convencionalidad en mi voto sobre el caso *Valle Jaramillo*, del 27 de noviembre de 2008. Agregaré la sentencia y el correspondiente voto personal en el caso *La Cantuta vs. Colombia*, del 29 de noviembre de 2006.

En la sentencia de *Almonacid*, el tribunal postuló: tomando en cuenta que el Estado se halla obligado, en su conjunto, por el tratado internacional de protección de los derechos humanos, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican 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”.

En la sentencia de *Trabajadores Cesados del Congreso*, la CorteIDH puntualizó acertadamente su criterio, con algunos elementos relevantes que informarían posteriores sentencias del tribunal interamericano. Así,

manifestó que el control debe ejercerse *ex officio*, es decir, *motu proprio* por los juzgadores, como expresión del deber estatal que comparten éstos. Y añadió con razón que los tribunales internos deben despachar el control “*evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”.

Otro agregado importante hecho por la Corte indica: la aplicación del control de convencionalidad “*no puede quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*”. Es así que el tribunal interamericano advierte sobre la existencia y eficacia de presupuestos formales internos de admisibilidad y procedencia (como los hay, por cierto, en el ámbito internacional y para los efectos de la apertura y desarrollo de la vía correspondiente, sea ante la Comisión Interamericana, sea ante la Corte).

Posteriormente, la Corte ha dictado varias sentencias sobre la misma materia y en el mismo sentido. Entre ellas figuran, de fechas muy recientes y con la mayor importancia por su proyección inmediata en nuestro país, varias atinentes a hechos que ocurrieron en México y con respecto a los cuales la jurisdicción interamericana dictó sendas condenas: casos *González y otras (Campo Algodonero)*, *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega y otros*, *Rosendo Cantú y otra*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

VIII. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS (ARTÍCULOS 1 Y 2 CADH)

Habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento — otros instrumentos de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter — que se deducen de los artículos 1º y 2º CADH: en primer término, respeto y garantía, ya mencionados; en segundo, como manifestación de éstos, deber de adoptar medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía

La obligación de garantía — “escudo y espada” de la de respeto, significa, desde la resolución del señero caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 29 de julio de 1988, “el deber de los Estados parte de organizar todo

el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Es obvio, glosemos, que en los órganos jurisdiccionales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Esta obligación de garantía puede suponer la operación del artículo 2º, que es, en rigor, un "rostro" del precepto anterior, y se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones. Ejemplos de esto último es la conducta señalada al Estado en la sentencia del *caso Servellón García vs. Honduras*, del 21 de septiembre de 2006, para combatir la estigmatización social de ciertos grupos de menores de edad, y la acción a propósito de los patrones culturales, que se ordena en la sentencia del *caso Campo Algodonero vs. México*, en tanto esos patrones propician agresión contra las mujeres.

En la sentencia correspondiente al *caso Cesti Hurtado vs. Perú*, del 29 de septiembre de 1999, el Tribunal Interamericano hizo ver que los Estados no pueden "dejar de tomar las medidas legislativas 'o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades', en los términos del artículo 2º de la Convención. Estas medidas son las necesarias para 'garantizar (el) libre y pleno ejercicio de dichos derechos y libertades, en los términos del artículo 1.1 de la misma'".

En la sentencia del *caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, la CorteIDH mencionó que "el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de (la CADH) para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2º, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención".

Los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas que contribuyen —o no— a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la CADH. De ahí resulta un argumento más a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esta facultad —y deber— de los tribunales implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos —lo ha señalado la propia jurisprudencia de la CorteIDH— para alcanzar

el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que éste se vale, entre ellos las sentencias nacionales. En el espacio de ese gran objetivo se halla igualmente —insistamos en ello— la generación de un *ius commune* interamericano de los derechos humanos, a través de la creciente coincidencia de las instancias nacionales y la instancia internacional.

IX. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD DERIVADO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y DE LA “VOCACIÓN” INSTITUCIONAL DE LA CORTEIDH

La jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en el oficio protector de los derechos humanos. Esto consta en los trabajos preparatorios de la Convención, entre ellos las deliberaciones en la Conferencia de 1969 celebrada en San José, y en la posición expresamente adoptada al término de ella por la delegación mexicana, que figura en el *Acta Final* del encuentro. Esa jurisdicción a cargo de la CorteIDH tiene carácter subsidiario o complementario. Tal es su naturaleza, de la que no se ha apartado ni podría hacerlo, jurídica y prácticamente.

Por ende, la justicia supranacional interviene en supuestos bien acotados: cuando la jurisdicción interna no opera o no resuelve debidamente la violación cometida. Entonces se solicita, a partir de aquella condición y una vez agotados los recursos internos para combatir el desvío o la inactividad del Estado, la apertura de la vía internacional ante la Comisión Interamericana y ésta resuelve de manera favorable —por acuerdo de admisibilidad— la solicitud del interesado; y finalmente la propia Comisión somete el litigio al conocimiento de la Corte.

El tribunal de San José ha deslindado dos momentos o situaciones con respeto a la responsabilidad del Estado reclamable ante los tribunales. El primer momento corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, que se plantea cuando éste incurre en un hecho internacionalmente ilícito (violación de la CADH y otros tratados del ámbito americano, a los que me he referido). El segundo momento corresponde a la actualización de la competencia de la CorteIDH para conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, que proviene de un dato diferente y posterior al momento que enuncié en primer término: la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.

En fin de cuentas, todo el sistema jurisdiccional internacional está montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver

internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Uno de ellos es la actividad jurisdiccional. Ésta no puede perder de vista el carácter ilícito del hecho aducido, desde la perspectiva internacional, además de la calificación que le corresponda desde la nacional. De ahí se sigue que la jurisdicción doméstica debe salir al paso de la ilicitud internacional y aplicar las normas que establecen la existencia de ésta, sus características y consecuencias. De nueva cuenta nos encontramos con un fundamento para la operación —ordenada y armoniosa— del control interno de convencionalidad.

En este campo de consideraciones, conviene tener en cuenta que la aplicación del DIDH *omitida* por la jurisdicción interna, que desdeña la oportunidad para asumirla, será la *practicada* por la jurisdicción internacional, que actuará subsidiariamente, en su propia oportunidad, para aplicar las disposiciones jurídicas internacionales quebrantadas o desatendidas. Existe, pues, ocasión para resolver en la vía interna lo que finalmente se traslada a la justicia internacional.

Bajo esta óptica conviene juzgar y entender el flujo de “casos mexicanos” a la Corte Interamericana, que ha sido inusualmente intenso: 7 litigios en poco más de tres años. No sobra mencionar que en ese conjunto figuran hechos y conceptos de violación reiterados. La situación es comparable — en términos de frecuencia de litigios— a la que se presentó hace algunos años con respecto a Perú, donde prevalecían condiciones de manifiesto autoritarismo y explícita resistencia a la tutela internacional de derechos humanos, situación diferente de la que se plantea en el caso de México.

X. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD Y DEBIDO PROCESO. EL JUEZ NATURAL

El control judicial interno de convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de ésta a través del debido proceso. Las características y el papel de éste frente al individuo que reclama su derecho —o pretende reclamarlo— se hallan en el artículo 8 CADH.

En consecuencia de lo anterior, es preciso examinar el órgano investido de atribuciones jurisdiccionales, sea un ente formalmente judicial, sea uno de diverso carácter o denominación, pero dotado de atribuciones materialmente jurisdiccionales. Esto reviste interés específico en lo que respecta al eventual control por parte de órganos jurisdiccionales que

actúan en su propio ámbito de competencia previsto por la normativa doméstica.

Aquí queda a la vista el doble papel del juzgador: por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos: protector de éstos en cuanto a las personas que participan —o lo pretenden— en el enjuiciamiento.

El debido proceso es un concepto dinámico, expansivo, que se proyecta sobre el control judicial de convencionalidad, como sobre cualquier contienda en la que interviene un órgano del Estado para conocer cargos penales o resolver derechos y deberes en otras materias, conforme al artículo 8.1 CADH. Ese órgano debe satisfacer las condiciones del juez natural al amparo de esa misma norma. De él se reclaman, por lo tanto, independencia, imparcialidad y competencia.

El juez natural —ha dicho la CorteIDH— es un *presupuesto* del debido proceso, no sólo un elemento. En su ausencia, no existe verdadero proceso: decae el conjunto de formas practicadas —enjuiciamiento aparente— y carece de validez la supuesta sentencia, instalada en ese precario cimiento.

El punto se ha planteado a propósito de la jurisdicción militar, tema frecuentemente explorado por la CorteIDH y últimamente suscitado en casos concernientes a México. Un juez incompetente (militar) no puede ejercer, válidamente, el control de convencionalidad, salvo para declinar su competencia. El juez competente (ordinario) debería desechar inmediatamente la competencia del militar y, en general, de las autoridades de este fuero, para investigar y juzgar. Volveré sobre este punto al informar acerca de la posición de la Suprema Corte de Justicia con respecto a los deberes derivados de la sentencia interamericana en el *caso Radilla Pacheco*.

Un paso en falso de la jurisdicción interna en el terreno del debido proceso —precisamente a propósito de la figura del juez natural— comprometería o desacreditaría el control interno de convencionalidad: más aún, incrementaría los puntos cuestionables ante la justicia supranacional; primero, la confrontación entre el acto combatido y la norma internacional; y luego, la inoperancia del juzgador que se avino a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad cuyo primer tema es la incompetencia de quien preside la investigación y el proceso.

XI. MÉTODOS PARA EL CONTROL: CONCENTRADO Y DIFUSO

Esta cuestión ha sido ampliamente abordada a propósito de la jurisdicción constitucional y representa uno de los temas clásicos del Derecho

procesal constitucional. Es aquí —no en el Derecho internacional y su aplicación interna— donde tuvo desarrollo inicial, que ahora se ha proyectado al ámbito que examino en este artículo.

En esencia, existen dos posibilidades —con variantes o modalidades que no analizaré en este momento— para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo (que no formaría parte del aparato judicial tradicional, sino desempeñaría su elevada misión por encima de los órganos clásicos de la división de poderes), y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar, y autorizados para “desaplicar” o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideraran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse.

Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre norma internacional y norma interna. La existencia de una Corte Interamericana designada como intérprete de la Convención Americana y otros instrumentos, en los términos que ya expliqué, implica una expresión de control concentrado. Empero, ésta no es absoluta, porque la propia Corte ha reconocido a los tribunales nacionales —en la forma y términos que anteriormente recordé— la posibilidad de aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones, a los deberes internacionales del Estado contenidos en los artículos 1º y 2º del Pacto de San José.

Cuando aludí a esta cuestión como integrante de la Corte Interamericana, señalé —así, en el multicitado voto correspondiente al *caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*— que el control de convencionalidad, “de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos”.

La adopción del sistema de control difuso —añadí en el mismo voto— “permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese con-

trol extenso —al que corresponde el “control de convencionalidad”— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”.

Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control, lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro, disponiendo que los Estados adopten cierto régimen. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública.

Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control. Otro tanto se podría decir, *mutatis mutandis*, con respecto al control de constitucionalidad, tema que no me corresponde examinar ahora.

Fundo mi parecer en las reiteradas —constantes, enfáticas y ciertamente deliberadas— expresiones de la Corte Interamericana a propósito del control de convencionalidad *conforme a la competencia de los órganos jurisdiccionales internos y bajo los procedimientos establecidos para este efecto*, expresiones que antes cité literalmente. La alusión a competencias (al amparo del principio de legalidad, corresponde a la ley la asignación de competencia a los órganos judiciales) y a procedimientos (cuyo diseño y alcance incumben igualmente a la ley) no apareja por fuerza que todos los jueces sean competentes para aplicar, sin mayores exigencias internas, el control de convencionalidad. Es perfectamente posible, en mi concepto, que el ordenamiento interno establezca competencias específicas (que pudieran recogerse en “grados” de competencia) para el despacho del control y la fuerza de las decisiones judiciales domésticas a este respecto.

Se han expresado diversas opiniones en torno a la materia que ahora menciono, tanto en general como en lo que respecta a México. Algunos estimables tratadistas, como Ferrer MacGregor —en su voto para el *caso Cabrera García y Montiel Flores* (2010)— como García Morelos, se inclinan hacia el régimen de control difuso. El primero de los mencionados examina ciertos rangos de “intensidad” en las facultades de control reconocidas a los juzgadores, que pudieran llegar a la inaplicación de normas inconvencionales, al planteamiento de una “duda de convencionalidad” ante órganos jurisdiccionales facultados para atenderla o, en el extremo, a “declarar su invalidez, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del control de convencionalidad”.

En mi opinión, es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay “costumbre de control concentrado” y escaso manejo del Derecho internacional, además de “vientos de fronda” que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia.

Estas consultas operarían de manera similar a las llamadas cuestiones de inconstitucionalidad, previstas en otros ordenamientos —de cuyo examen se ha ocupado, entre nosotros, el investigador Edgar Corzo en una valiosa tesis de doctorado—, que implican elevar a un órgano superior de interpretación el planteamiento acerca de la convencionalidad o inconvencionalidad de una norma, y seguir el pronunciamiento que emita ese órgano. Ojalá que éste fuese el más alto tribunal, para asegurar la armonía de la jurisprudencia y su adecuada inscripción en el *jus commune* que se aspira a construir.

En un artículo sobre “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, Sagüés estima preferible la intervención de un órgano jurisdiccional superior que determine la convencionalidad de la norma cuestionada, intervención que pudiera sustentarse en una reforma constitucional —preferentemente— o en una determinación pretoriana. En sentido similar debo mencionar la posibilidad que apunta Ferrer MacGregor en una parte del texto antes transcrito, y desde luego el parecer de Serna de la Garza, quien observa, con toda razón, que la formulación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana “ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga”.

Establecido que el control se ejerce en el marco de ciertas competencias —que deberán quedar fijadas al amparo del principio de legalidad— y conforme a determinados procedimientos —que se hallarán previstos bajo ese mismo principio—, hay que recordar las otras expresiones de la Corte Interamericana en este campo. Si son determinantes los conceptos jurisprudenciales supranacionales que he mencionado hasta aquí, también lo son esos otros conceptos que la propia Corte Interamericana incluyó en su propia construcción del control interno de convencionalidad.

Me estoy refiriendo a la siguiente expresión empleada por la CorteIDH: la función de control de convencionalidad —se dijo en la sentencia del *caso Trabajadores Cesados del Congreso*— “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

El párrafo anterior, que forma parte del pronunciamiento de la Corte Interamericana para el diseño del control interno de convencionalidad,

incluye de nueva cuenta elementos inamovibles y elementos sujetos a las determinaciones internas. Por lo que toca al primer supuesto — contenido en la porción inicial del párrafo transcrito—, el tribunal supranacional reitera que no es preciso que el presunto lesionado invoque la protección del órgano jurisdiccional que conoce las alegadas violaciones para que éste aplique sus poderes y declare la existencia de una violación y las consecuencias de ésta. Viene al caso una aplicación más del principio *jura novit curia*, ampliamente transitado por la jurisprudencia internacional e insistentemente recogido por la interamericana a partir de los primeros pronunciamientos en asuntos contenciosos. Puesto en otras palabras, el control se ejerce *ex officio*, con entera independencia de que lo invoquen o no los agraviados.

El segundo supuesto, incluido en la parte final del mismo párrafo transcrito, remite a la existencia de posibles presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Sabemos, como antes manifesté, que la propia normativa internacional dispone ciertos presupuestos para la apertura y el desarrollo de la vía internacional de protección de los derechos humanos: condiciones materiales y formales (relacionados con la naturaleza de la cuestión, la oportunidad en la presentación del asunto, la competencia del órgano, por ejemplo), ante la Comisión y ante la Corte.

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 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 improcedentes a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Ernesto Jinesta L. *

SUMARIO: I. Introducción. II. Control de convencionalidad. III. Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional. IV. Conclusiones sobre el control de convencionalidad ejercido por la jurisdicción constitucional

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad, desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que deben ejercer, incluso, de oficio, los Tribunales y Salas constitucionales de Latinoamérica les plantea a estos órganos nuevos retos y desafíos en el ejercicio de sus funciones de fiscalización constitucional. El control de convencionalidad supone un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho,¹ un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el surgimiento de otras absolutamente novedosas. En

(*) Director y profesor del Programa doctorado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Escuela Libre de Derecho. Profesor y miembro del comité académico del Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano coordinado por la Universidad A Coruña y once universidades de Iberoamérica. Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Presidente de la Academia Costarricense de Derecho. Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. www.ernestojinesta.com

(1) V. JINESTA LOBO Ernesto, "La construcción de un Derecho administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, Año 11, No. 11, 2011, pp. 112-120.

efecto, ahora podemos hablar de un “*parámetro o bloque de convencionalidad*” que debe ser interpretado y aplicado por los jueces constitucionales nacionales, de una mutación positiva del principio de la supremacía constitucional, de la “*inconventionalidad*” de las normas locales y de la “*declaratoria de inconventionalidad*” de una norma o disposición nacional.

El control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v. gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.

Debe reconocerse que tratándose de los Tribunales y Salas Constitucionales, en cuanto se acepta que dictan sentencias vinculantes y con efectos *erga omnes* que declaran la nulidad de una norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad, expulsándola del ordenamiento jurídico con autoridad de cosa juzgada constitucional, el control de convencionalidad difuso ejercido por estos órganos suele ser más incisivo y de mayor alcance que aquél otro que pueden ejercer los jueces ordinarios. En efecto, los jueces de legalidad, únicamente, pueden desaplicar, para el caso concreto y con limitados o relativos efectos jurídicos o *inter partes* la norma o disposición local “*inconventional*” al carecer de las competencias que ostentan los Tribunales y Salas constitucionales.

De nuestra parte, nos centraremos en identificar los rasgos y condiciones que presenta el control de convencionalidad que pueden y deben ejercer los Tribunales y Salas Constitucionales cuyos Estados pertenecen al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Procuraremos, también, recrear un escenario ideal para el ejercicio óptimo del control de convencionalidad por los órganos nacionales encargados del control de constitucionalidad.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO

1. Creación del control de convencionalidad

El “control de convencionalidad”² ha sido creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La institución surge,

⁽²⁾ Ver: REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, in totum; SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En particular sobre las constituciones nacionales. En: *La Ley*, Año LXXIII, No. 35, 19 de febrero de 2009, pp. 1-3; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Estudios Constitucionales”. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128; ALBANESE, Susana, *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008, in totum; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 339-429.

a nivel del pleno de esa Corte Regional, a partir del caso “Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile” de 26 de septiembre de 2006. Así, en el considerando 124 se estimó lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa 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.

La Corte Interamericana en el considerando 125 indicó que el “control de convencionalidad” tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

Tales consideraciones fueron reiteradas por la Corte Interamericana en los casos “La Cantuta c/. Perú” de 29 de noviembre de 2006 (considerando 173) y en “Boyce y otros c/. Barbados” de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78).

Empero, será en la sentencia del caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú” de 24 de noviembre de 2006 —reiterada en el caso “Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes c/. Guatemala” de 9 de mayo de 2008, considerando 63— en el que se precisan y afinan, parcialmente, los contornos del “control de convencionalidad”, al estimar, en el considerando 128, lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces 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, evidentemente en el marco de sus respectivas

competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Por último en el caso “Cabrera García y Montiel Flores c/. México” de 26 de noviembre de 2010, la CIDH ha efectuado algunas ampliaciones o precisiones en cuanto a los órganos internos encargados de ejercer el control de convencionalidad.

2. Órganos encargados de ejercer el control de convencionalidad

La doctrina sentada por la Corte Interamericana acerca del “control de convencionalidad” plantea una serie de interrogantes por su parco desarrollo, sin embargo, cabe señalar que ya las dos sentencias citadas (Casos Almonacid Arellanos c/. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú) sugieren grandes líneas de desarrollo del novedoso instituto en el ámbito regional.

En la primera sentencia citada de la Corte Interamericana, se refiere, sin distinguir la naturaleza o el orden jurisdiccional al que pertenecen y su jerarquía, a los “jueces y tribunales internos”, luego se agrega que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”” y finalmente, se indica que “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta (...)”. En la segunda sentencia referida, se indica que cuando un Estado ha ratificado un Tratado internacional como la Convención Americana “sus jueces están sometidos a ella”, para añadir después que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio (...)”. Es evidente que los jueces y tribunales ordinarios son los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad por una razón elemental que es la necesidad de agotar los recursos efectivos del derecho interno (artículo 46.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) antes de acudir a la Corte Interamericana,³ dado que, la intervención de ésta es subsidiaria.⁴ Se trata, entonces, a diferencia de lo que puede ser el modelo de control de constitucionalidad interno de cada país, de un esquema de control difuso que ejercen todos los jueces y tribunales ordinarios que pertenecen al Poder Judicial.⁵

Cabe advertir que la Corte Interamericana aclara que los jueces y tribunales ordinarios deben ejercer el “control de convencionalidad” “en el

⁽³⁾ V. Voto disidente del juez Cancado Trindade en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007, que resolvió la Solicitud de interpretación de la Sentencia de 24 de noviembre de 2006 Caso Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú

⁽⁴⁾ V. REY CANTOR, E., op. cit., p. 201 y HITTERS, J.C., op. cit., p. 119.

⁽⁵⁾ V. op. ult. cit., p. 17.

marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, con lo que les otorga un margen de discrecionalidad judicial limitado por el ordenamiento jurídico interno o local.

Obviamente, en los sistemas iberoamericanos que cuentan con una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, esto es, adscrita al Poder Judicial o una Corte Suprema de Justicia, encargadas del control de constitucionalidad, es evidente que el concepto de jueces y tribunales alcanza a tales Salas Constitucionales y Cortes Supremas. La duda podría surgir cuando el sistema jurídico tiene un Tribunal Constitucional independiente de la estructura y organización del Poder Judicial, por cuanto, podría entenderse, pese a la exhortación de la Corte Interamericana de ejercer un control de constitucionalidad — que resulta válido en un modelo difuso o desconcentrado— y de convencionalidad, que no se refiere, explícitamente, a los Tribunales Constitucionales de carácter independiente o autónomo.⁶ La duda fue despejada en el caso “Cabrera García y Montiel Flores c/. México” de 26 de noviembre de 2010, al estimar, siguiendo, en términos generales, la redacción del caso Almonacid Arellano c/. Gobierno de Chile, que el control de convencionalidad debe ser ejercido por “225. (...) todos sus órganos — del Estado —, incluidos sus jueces (...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia (...)”. Esta posición fue ratificada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso “Gelman c/. Uruguay” de 24 de febrero de 2011.

A partir de los casos “Cabrera García y Montiel Flores c/. México” y “Gelman c/. Uruguay” queda, entonces, dilucidado que “todos los órganos” del Estado, ya no solo los de carácter jurisdiccional deben ejercer el control de convencionalidad, lo que implica que todos los poderes públicos deben hacerlo, en tanto operadores del Derecho. De otra parte, se aclara que también deben ejercerlo los “órganos vinculados a la administración de justicia”, lo que comprende, obviamente, a los Tribunales Constitucionales no incardinados en la organización judicial y que tienen el carácter y rango de un órgano independiente.

3. Modo de ejercicio del control de convencionalidad

En la sentencia del caso “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú” la Corte Interamericana aclaró que el “control de convencionalidad” puede ejercerlo el juez o tribunal ordinario a instancia parte o de oficio teniendo, por esto último, una obligación de fiscalización y de contraste del derecho interno con el internacional regional, todo, dentro del marco del caso concreto que es juzgado. A partir de los casos “Cabrera García y Montiel

⁽⁶⁾ Cfr. con SAGÜÉS, Néstor P., *El control de convencionalidad*, p. 2.

Flores c/. México” y “Gelman c/. Uruguay”, como se apuntó, tal posibilidad se extiende a “todos los órganos” del Estado y a los “vinculados a la administración de justicia”.

4. Fines del control de convencionalidad

En el caso “Almonacid Arellano y otros c/. Chile”, la Corte aclara que la finalidad del instituto es procurar que las normas de la Convención o cualquier otro tratado “no se vean mermadas” por normas o disposiciones internas contrarias a su tenor, objeto y fin. En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú”, se especifica el fin de la institución al indicarse que se debe “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado” por normas o disposiciones contrarias a su tenor, objeto y fines. En definitiva, como lo apunta Sagüés, el control de convencionalidad es un potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos incluidos en el parámetro de convencionalidad.⁷

5. Parámetro del control de convencionalidad

A partir de las sentencias “Almonacid Arellanos y otros c/. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú”, queda claro que el parámetro de control a partir del cual el juez o tribunal ordinario interno juzga el derecho interno o local, lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda otra Convención o Declaración del sistema interamericano (v. gr. “Protocolo de San Salvador” sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etc.), así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. A partir de ese referente, el juez o Tribunal interno debe revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es contrario u opuesto a los objetivos, fines y tenor literal de ese “corpus iuris” de orden regional o interamericano, entendido como un estándar mínimo de protección. Quedan excluidas del parámetro otras convenciones o declaraciones, por cuanto, como afirma Sagüés, a la Corte Interamericana no le compete aplicar y tutelar instrumentos extra-regionales.⁸

⁽⁷⁾ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

⁽⁸⁾ V. SAGÜÉS, N.P., *El control de convencionalidad*, p. 2.

6. Factores determinantes del grado de intensidad y alcance del control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas constitucionales

El control de convencionalidad resulta más incisivo y determinante en los ordenamientos jurídicos nacionales que establecen un órgano de control de constitucionalidad que puede declarar la “inconvencionalidad” de una norma local y, por consiguiente, anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos jurídicos generales.

El mayor impacto del control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales depende, en nuestro criterio, de varios factores determinantes que serían los siguientes:

1) “Constitucionalización” del parámetro de convencionalidad y reconocimiento de su carácter eventualmente “supraconstitucional”

Estas dos circunstancias son indispensables para que los Tribunales y Sala constitucionales puedan ejercer un control de convencionalidad incisivo y extenso, dado que, en los ordenamientos jurídicos nacionales, donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se le reconoce la condición de componente del parámetro o bloque de constitucionalidad, teniendo las convenciones y declaraciones en la materia, por influjo de una tesis tradicional y desfasada, el rango, potencia, resistencia y jerarquía de una simple ley ordinaria o, a lo sumo, supra legal pero infra constitucional, el control de convencionalidad enfrentara serias dificultades para su plena realización e implementación.

En los sistemas jurídicos en los que al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, el *corpus iuris* interamericano, se le ha concedido la condición de parámetro de convencionalidad y, aún más, en determinadas circunstancias, tiene un rango supraconstitucional, las posibilidades del ejercicio del control de convencionalidad aumentan considerablemente.

Como lo ha indicado Ferrer Mac-Gregor, la “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, del parámetro de convencionalidad, así como reconocerle un rango, eventualmente, supraconstitucional depende de reformas o modificaciones constitucionales expresas (v. gr., en cuanto al parámetro de convencionalidad como parte del bloque de constitucionalidad: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y, recientemente, en 2010 y 2011, República Dominicana y México y en lo relativo al rango supraconstitucional del referido parámetro: Bolivia y Ecuador) o de una jurisprudencia constitucional progresista que reconozca el carácter vinculante e, incluso, supra constitucional, de la jurisprudencia y opiniones consultivas vertidas por la

Corte Interamericana,⁹ tal y como lo hizo, de manera pionera la Sala Constitucional de Costa Rica desde los Votos 1147–90, 3435–1992 y 2313–1995.

2) Efectos vinculantes y erga omnes de la jurisprudencia de los Tribunales o Salas Constitucionales

En aquellos sistemas de control de constitucionalidad donde la jurisprudencia vertida resulta obligatoria para todos los operadores jurídicos y sujetos del ordenamiento jurídico (públicos y privados), el control de convencionalidad está, necesariamente, destinado a tener un mayor impacto y relevancia. En tal supuesto las sentencias tienen un efecto jurídico vinculante, tanto de las interpretativas conforme al parámetro de convencionalidad o de las estimatorias que declaran la “inconvencionalidad” de la norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad y la expulsan del ordenamiento jurídico.

En tales modelos de control de constitucionalidad se suele establecer, concomitantemente, como una forma de aproximación o de convergencia con los sistemas del *common law*, que la jurisprudencia es una fuente no escrita del ordenamiento jurídico y, ocasionalmente, puede tener, incluso, un rango superior a la ley cuando interpreta, integra o delimita el campo de aplicación del ordenamiento constitucional o supraconstitucional escrito.

Es así como en tales sistemas o modelos de control de constitucionalidad, ningún poder público constituido o sujeto de Derecho privado podrá sustraerse, en adelante, al control de convencionalidad ejercido por el respectivo Tribunal o Sala, por cuanto, sus sentencias forman parte del parámetro o bloque de constitucionalidad.

3) Efecto declarativo de la nulidad de la norma o disposición interna que es incompatible con el parámetro de convencionalidad

En los sistemas jurídicos nacionales cuyas sentencias estimatorias vertidas por los Tribunales o Salas constitucionales suponen la anulación con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma, disposición o acto, se fortalece y amplía, notablemente, el control de convencionalidad. Lo anterior aunque el ordenamiento jurídico local disponga que tal declaratoria se hace sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, las situaciones o relaciones jurídicas consolidadas por prescripción o caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material. Tampoco desmejora la intensidad del control del convencionalidad, la posibilidad que tienen algunos órganos de control de constitucionalidad de graduar y dimensionar en el espacio, tiempo y

⁽⁹⁾ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, op. cit., pp. 350–352.

la materia, el efecto retroactivo de la sentencia estimatoria, dictando las medidas necesarias para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia y la paz social. Mecanismo a través del cual se les puede dar a las sentencias estimatorias una eficacia meramente prospectiva.

Estas sentencias anulatorias y declarativas con efectos *ex tunc* o retroactivos y no *ex nunc*, adicionalmente, producen cosa juzgada material constitucional —sin posibilidad de rever o reabrir el asunto— y suponen la expulsión o, más precisamente, la eliminación de la norma, disposición o acto del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, la norma, disposición o acto que contraría el “parámetro de convencionalidad” desaparece, con efectos generales y vinculantes, del ordenamiento jurídico, siendo innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el particular por la subsistencia de la norma o acto “inconvencional” si hubiera sido, simplemente, desaplicado.

Esta eficacia particular de las sentencias constitucionales tiene la virtud de zanjar, definitivamente y para toda hipótesis futura, la infracción del “parámetro de convencionalidad”, generando gran seguridad jurídica sobre el tema y vinculando, en adelante, a toda la jurisdicción ordinaria y a cualquier operador jurídico.

El mayor impacto del control de convencionalidad, ejercido por el órgano encargado del control de constitucionalidad, crece cuando el ordenamiento jurídico procesal constitucional prevé la posibilidad que, por conexidad, la declaratoria de nulidad pueda comprender los demás preceptos de la norma o disposición interna impugnada o revisada o de cualquier otra ley, disposición o acto —incluso los de aplicación específica cuestionado— cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. En estos sistemas jurídicos, el control de convencionalidad tiene un alcance y extensión insospechados, por supuesto, que la declaratoria de nulidad por “inconvencionalidad” de las normas conexas, debe pasar por los principios de prudencia y auto-contención del respectivo Tribunal o Sala Constitucional.

4) *El control de convencionalidad ejercido ex officio*

Como hemos indicado desde el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú” de 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana señaló que los órganos jurisdiccionales —dentro de los que figuran, obviamente, los Tribunales y Salas constitucionales de América Latina— deben ejercer el control de convencionalidad de las normas, disposiciones o actos internos “*ex officio*” todo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.

Esta precisión del control de convencionalidad efectuada por la Corte Interamericana, tiene grandes repercusiones tratándose del ejercicio por

los Tribunales o Salas constitucionales, dado que, lo intensifica y amplía ostensiblemente. En efecto, en la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad, aún en los más anti formalistas, rige el principio dispositivo; de manera que el promovente de la acción de inconstitucionalidad debe exponer, clara y precisamente, en el respectivo memorial o escrito inicial, los agravios, fundamentos y la cita concreta de los componentes del parámetro de constitucionalidad que se estiman infringidos, con la posibilidad de prevenirle al gestionante las omisiones para que sean subsanadas, so pena, en caso de incumplir, de denegar el trámite. Empero, con el mandato dirigido por la Corte Interamericana en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú”, se produce una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales, en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto, ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local. Consecuentemente, en el Derecho Procesal Constitucional se da un salto parcial, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los Tribunales y Salas, so pena de hacer incurrir al Estado respectivo en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente, el control de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas.

7. Objeto del control de convencionalidad por los Tribunales y Salas constitucionales

Sobre este tema en particular, resulta sumamente difícil establecer reglas unívocas, por cuanto, cada ordenamiento interamericano de control de constitucionalidad establece, con singularidad propia, en qué supuestos cabe una acción de inconstitucionalidad,¹⁰ lo que se agrava con la afirmación de la Corte Interamericana en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú” de 24 de noviembre de 2006, en el sentido que el control de convencionalidad debe ser ejercido por los órganos jurisdiccionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, añadiendo que se debe “considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”, conceptos que le reconocen a los órganos internos encargados del control de convencionalidad un margen de apreciación nacional inequívoco.

Empero, estimamos que pueden establecerse algunas reglas de carác-

⁽¹⁰⁾ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires, Marcial Pons – UNAM, 2009, in totum.

ter general —si perjuicio de su relatividad por las singularidades de cada ordenamiento jurídico— para el control de convencionalidad ejercido por el órgano nacional encargado del control de constitucionalidad.

1) *Fuentes no escritas*

En algunos ordenamientos jurídicos, las fuentes no escritas tales como los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la costumbre (v. gr. una práctica o costumbre constitucional que quebranta el “parámetro de convencionalidad”), tienen un efecto normativo expresamente otorgado por el ordenamiento jurídico, además de servir para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito. Incluso, ocasionalmente, se les otorga el rango de ley cuando suplen la ausencia (laguna normativa) y prevalencia sobre las normas escritas de grado inferior (v. gr. un principio general de carácter legal o una costumbre que integra o delimita una ley —*secundum* o *propter legem*— estarán por encima de un reglamento). Obviamente, en tales supuestos, resulta admisible el control de convencionalidad sobre tales fuentes no escritas. Cabe observar, en lo que a la jurisprudencia atañe, que en algunos ordenamientos jurídicos, no se admite la acción de inconstitucionalidad contra resoluciones jurisdiccionales concretas o específicas, pero sí contra pautas o líneas jurisprudenciales, por lo cual el Tribunal o Sala constitucional puede ejercer el control de convencionalidad sobre tal jurisprudencia.

2) *Leyes, reglamentos y actos de eficacia general sujetos al Derecho público*

Como hemos indicado en los casos “Almonacid Arellanos *c/*. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso *c/*. Perú” la Corte Interamericana señaló que el control recae sobre las “leyes”, “normas jurídicas internas” o “normas internas”. Consecuentemente, el control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales, vía acción de inconstitucionalidad, de las leyes y de los reglamentos está fuera de toda duda o discusión.

La cuestión puede surgir frente a los actos sujetos al Derecho público de efectos generales pero no normativos (v. gr. instrucción, circular o directriz), en nuestro criterio, es posible someter tales manifestaciones de los poderes públicos al control de convencionalidad, precisamente, por su eficacia general.

3) *Reformas parciales a la Constitución*

Una cuestión que suscita dudas es sí las reformas parciales a la Constitución emitidas por el “poder reformador” o “poder constituyente derivado”

pueden estar o no sujetas al control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En nuestro criterio, el “poder reformador”, en cuanto poder constituido, tiene como límite infranqueable el “parámetro de convencionalidad”, por lo que el órgano encargado del control de constitucionalidad bien podría ejercer el control de convencionalidad sobre las reformas que emita al texto constitucional, sobre todo, teniendo en cuenta uno de los principios básicos de los derechos humanos que es el de progresividad.

4) Constitución

Tratándose del texto constitucional, al que están sujetos los Tribunales y Salas constitucionales por el principio de la supremacía constitucional, el control de convencionalidad se puede ver mermado por el peso de una serie de mitos y ataduras dogmáticas. Sobre este particular, es preciso que los Tribunales y Salas constitucionales comprendan que la fidelidad constitucional, aunque haya cláusula expresa en el texto fundamental, no opera cuando se contraría el “parámetro de convencionalidad” por su jerarquía, eventualmente, supraconstitucional.

Evidentemente, para cualquier Tribunal o Sala Constitucional de Latinoamérica, declarar que un precepto constitucional quebranta el “bloque de convencionalidad” le puede acarrear serias críticas, resistencias y hasta represalias de la clase política que no entiende o no admite el rango supraconstitucional de aquél. En nuestro criterio, para paliar los efectos traumáticos de la declaratoria de “inconvencionalidad” de una norma constitucional, los Tribunales y Salas constitucionales tienen, a la mano, dos vías que son las siguientes:

El Tribunal o Sala Constitucional bien puede, cuando el “*parámetro de convencionalidad*” es más tuitivo que un precepto constitucional (cláusula más favorable y principios *pro homine* o *pro libertate*), aplicarlo directamente, desaplicando el texto constitucional.

El Tribunal o la Sala Constitucional respectivo tiene la opción de efectuar una interpretación conforme –sentencia interpretativa– de un precepto constitucional con el “parámetro de convencionalidad”.

De *iure condendo*, estimamos que el *corpus iuris* interamericano escrito, debería ser modificado —pese a la dificultad para hacerlo— para incluir una “cuestión de prejudicialidad convencional”, de manera similar a la prevista en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea,¹¹ que le permita a los Tribunales y Salas constitucionales plantear la cuestión ante la Corte Interamericana para que sea con el respaldo de este órgano que se proceda a declarar “inconvencional” un precepto constitucional. En nuestro

⁽¹¹⁾ Ver MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑAN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid, Tecnos, 3ª reimpresión, 6ª edición, 2011, pp. 457–463.

criterio, esta “cuestión prejudicial de convencionalidad”, de *conventum ferenda*, debería ser una facultad de todo órgano jurisdiccional o de control de constitucionalidad interno, cuando tenga duda fundada de la convencionalidad de una norma constitucional. Por su parte, de *iure condendo*, la Corte Interamericana, al conocer y resolver la cuestión debería emitir un criterio de validez con efectos jurídicos vinculantes no sólo para el órgano jurisdiccional o encargado de la custodia constitucional nacional que la plantea sino para todos los órganos equivalentes del sistema interamericano y, en general, para todos los Estados del sistema interamericano que han reconocido la autoridad de la Corte Interamericana. De esta manera, se garantizaría la supremacía del “parámetro de convencionalidad”, así como su interpretación y aplicación uniforme. En definitiva, se trataría de un cauce jurídico-formal para casos muy calificados o excepcionales, donde el pronunciamiento sobre la validez convencional de la Corte Interamericana avalaría la eventual declaratoria de ilegitimidad convencional de la norma o precepto constitucional, mitigando la reacción adversa de determinados sectores políticos absolutamente reaccionarios al control de convencionalidad. Desde luego, que no consideramos apta, para tal fin, la opinión consultiva actualmente existente, por cuanto, sólo puede ser planteada por los Estados y ciertos órganos del sistema interamericano en materia que les compete y no directamente por los órganos encargados del control de constitucionalidad y, por cuanto, su contenido no es vinculante. Asimismo, en cuanto a la opinión consultiva actualmente prevista, no puede descartarse que exista un criterio discrepante entre el órgano interno, encargado del control de constitucionalidad, y los poderes legislativo y ejecutivo, acerca de la eventual “inconvencionalidad” de un precepto constitucional, lo que dificultaría, enormemente, la consulta del Estado por la interferencia del criterio político.

Con la regulación expresa de esta “cuestión prejudicial de convencionalidad”, el control de convencionalidad, conminando a un Estado determinado para reformar, modificar o suprimir un precepto constitucional “inconvencional”, dejaría de estar centrado en la Corte Interamericana a través del control concentrado de convencionalidad que ésta ejerce, tal y como sucedió en los casos “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c/. Chile” de 5 de febrero de 2001 o “Boyce y otros c/. Barbados” de 20 de noviembre de 2007.¹²

En todo caso, aunque no fuera introducida, de *iure condendo*, esta “cuestión prejudicial de convencionalidad”, es preciso derribar un mito

⁽¹²⁾ Ver VENTURA ROBLES, Manuel, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* — Tomo II —, San José, CIDH e IIDDDH, 2011, pp. 385-416.

del control de constitucionalidad (surgido a partir de los principios de la supremacía y la fidelidad constitucional), en el sentido que los jueces constitucionales no pueden controlar la legitimidad de un precepto constitucional. En nuestro criterio, esa posibilidad debe irse abriendo brecha para transformar a los jueces constitucionales en verdaderos “jueces interamericanos” que son los primeros guardianes y custodios del parámetro de convencionalidad y fortalecer el carácter complementario o subsidiario de la jurisdicción regional de la Corte Interamericana. Esto, con mayor razón, en aquellos ordenamientos jurídicos donde —por influjo del fenómeno de la “constitucionalización” del derecho internacional de los Derechos Humanos— los propios intérpretes últimos y definitivos de la Constitución o —por reformas parciales a la Constitución— se ha admitido que el parámetro de convencionalidad posee un rango supraconstitucional, lo que, *per se*, supone una revolución en el sistema de las fuentes del Derecho. La cuestión fundamental que subyace en esta discusión es que ni siquiera el poder fáctico o constituyente originario debe desmarcarse del parámetro de convencionalidad y, en particular, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su carácter supraconstitucional¹³ y de *ius cogens*.

Como afirma Rey Cantor, a partir del control de convencionalidad, es posible afirmar la existencia, en cabeza de las personas, de un derecho a la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, lo que le permite, a cualquier justiciable, exigirle a un juez constitucional la aplicación directa e inmediata de ese orden jurídico con preferencia a la legislación interna que lo contradiga,¹⁴ incluso, si es de rango constitucional.

En punto al resto de los componentes del bloque de constitucionalidad que no sean preceptos o normas constitucionales y que pueden estar expresamente previstos o razonablemente implícitos, siendo forjados o introducidos por los pronunciamientos del Tribunal o la Sala Constitucional respectiva (v. gr. valores, principios y jurisprudencia constitucionales), la cuestión del control de convencionalidad pasa por un mecanismo relativamente sencillo que es el cambio de jurisprudencia o de criterio. En efecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la jurisprudencia vertida por los Tribunales o Salas constitucionales es vinculante *erga omnes*, salvo para éstos mismos órganos, consecuentemente, cuando, de oficio o a instancia de parte, detectan una vertiente jurisprudencial o, incluso, en sus pronunciamientos dan por sentado un principio o valor constitucional que contraría el parámetro de convencionalidad, bien pueden replantearse el tema y promover un cambio jurisprudencial bajo una mejor ponderación de la cuestión.

⁽¹³⁾ V. SAGUÉS, N.P., *El control de convencionalidad*, p. 2.

⁽¹⁴⁾ REY CANTOR, E., *op. cit.*, p. 204.

8. Mecanismos procesales para ejercer el control de convencionalidad por los Tribunales y Salas constitucionales

Este tema, esencialmente, por virtud de lo señalado en la sentencia de la CIDH en el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú” de 24 de noviembre de 2006, depende de la regulación interna o nacional que se haga en la respectiva legislación procesal constitucional de cada país.¹⁵

En los ordenamientos jurídicos interamericanos cuya legislación procesal constitucional admite diversos y múltiples mecanismos o cauces para hacer prevalecer el principio de la supremacía constitucional, las posibilidades de ejercer el control de convencionalidad por los Tribunales o Salas constitucionales crece notablemente.

1) Control de convencionalidad en el control de constitucionalidad *a priori*

Algunos sistemas jurídicos admiten el control de constitucionalidad *a priori* de proyectos legislativos que son discutidos en el seno del órgano legislativo y antes de ser aprobados, sea la emisión de leyes ordinarias, de reforma parcial a la Constitución o de aprobación de tratados o convenios internacionales. En la mayoría de los supuestos, el control *a priori*, se proyecta sobre los vicios formales de carácter esencial cometidos por el órgano legislativo durante el procedimiento o *iter* legislativo.

Sin embargo, algunos sistemas no excluyen la posibilidad del órgano encargado del control de constitucionalidad de advertir o señalar vicios sustanciales o cualquier otro relevante en el contenido del proyecto legislativo. Es en este último terreno, donde el control de convencionalidad que deben ejercer las Salas y Tribunales constitucionales, cumple un rol de primer orden y, ante todo, preventivo, para evitar la emisión de disposiciones legislativas contrarias al parámetro de convencionalidad, evitando que se vea comprometida la responsabilidad internacional del Estado.

Nuevamente, respecto de este mecanismo de control de constitucionalidad, se quiebra el principio dispositivo en materia procesal constitucional, por cuanto, ahora los Tribunales o Salas constitucionales, pese a que quienes plantean la consulta de constitucionalidad deben expresar los aspectos cuestionados del proyecto de ley y los motivos por los cuales se tienen dudas u objeciones, deben ejercer un control de convencionalidad de oficio.

2) Acción de inconstitucionalidad

En términos generales, los sistemas jurídicos cuya legislación procesal constitucional admite una legitimación amplia para plantear la acción de

¹⁵ Sobre las diferencias entre los sistemas nacionales FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, op. cit., in totum.

inconstitucionalidad, las posibilidades de un control de convencionalidad se ven notablemente aumentadas. En efecto, algunos ordenamientos jurídicos combinan el control concreto, a través de un asunto previo —en sede jurisdiccional ordinaria, administrativa o a través de los recursos de amparo y hábeas corpus— con el abstracto cuando se lesionan intereses de carácter colectivo en su versión corporativa o difusa, no requiriéndose, en tales supuestos, de asunto previo o de una lesión individual o directa.

El control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas constitucionales será mucho más intenso, cuando la legislación procesal constitucional admita la legitimación institucional ejercida por ciertos órganos de fiscalización o control tales como el Defensor del Pueblo, la Contraloría (Entidad de Fiscalización Superior en materia hacendaria y presupuestaria), la Procuraduría (representación y defensa del Estado y función consultiva) y la Fiscalía (encarga de las políticas de persecución penal). En estos casos, se compromete a ciertos órganos clave de la organización institucional o política de un país determinado a contribuir con el control de convencionalidad, independientemente de que el órgano encargado del control de constitucionalidad deba hacerlo de oficio.

3) *Consultas judiciales*

Algunas legislaciones nacionales, en materia procesal constitucional, admiten que los jueces ordinarios puedan plantear una consulta de constitucionalidad cuando, en un asunto concreto que debe conocer y resolver, tengan dudas fundadas de constitucionalidad sobre la norma o acto que deben aplicar. Este es un mecanismo propio de algunos modelos de control de constitucionalidad concentrado, dado que, el juez ordinario no puede anular las normas o actos sujetos al Derecho Público o enjuiciar su constitucionalidad, debiendo plantear la duda fundada de constitucionalidad al órgano encargado del control de constitucionalidad.

Este mecanismo, permite obviar los efectos poco intensos del control de convencionalidad ejercido por los jueces ordinarios —que lo que podrían es desaplicar para el caso concreto con efectos jurídicos relativos o *inter partes*— la norma contraria al parámetro de convencionalidad, al plantear el tema ante el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad para que destierre, definitivamente, y con efectos generales, la norma o acto local del ordenamiento jurídico. En estos casos, el juez ordinario o de legalidad debe tener un conocimiento vasto del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y, en particular, del bloque de convencionalidad para plantear la consulta, independientemente, de que el Tribunal o Sala Constitucional ejerza, de oficio, el control de convencionalidad.

4) Recursos de amparo y de hábeas corpus

En los ordenamientos jurídicos cuya legislación procesal constitucional prevé que los procesos de amparo y de hábeas corpus pueden servir como asunto previo a la cuestión de inconstitucionalidad o que regulan la posibilidad de “convertir” un proceso de amparo o de hábeas corpus —jurisdicción de la libertad, en términos de Cappelletti¹⁶— en una acción de inconstitucionalidad, la intensidad y amplitud del control de convencionalidad también crece exponencialmente. Esta última posibilidad —“conversión”— se da cuando las actuaciones u omisiones de la autoridad pública impugnadas en el amparo o hábeas corpus están, razonablemente, fundadas en normas vigentes, en cuyo caso, se suspende la tramitación del proceso y se le otorga al promovente un plazo para que formalice la acción de inconstitucionalidad.

Por supuesto, que las posibilidades de ejercer el control de convencionalidad por el órgano encargado del control de constitucionalidad crecen cuando la legitimación para los procesos de habeas corpus y de amparo y los requisitos de admisibilidad, se rigen por principios y reglas flexibles y amplias tales como la legitimación vicaria y para la protección de intereses colectivos (corporativos o difusos), el informalismo, la gratuidad y la posibilidad de ejercer la defensa material, sin necesidad de patrocinio letrado.

9. Tipología de las sentencias de los Tribunales y Salas constitucionales¹⁷ en el ejercicio del control de convencionalidad

Los Tribunales y Salas constitucionales en la aplicación del control de convencionalidad pueden dictar varios tipos de sentencias que, en términos generales, son las siguientes:

1) Sentencias interpretativas conforme con el parámetro de convencionalidad¹⁸

Al presumirse la conformidad o adecuación de las normas, disposiciones o actos sujetos al Derecho público de carácter interno con el parámetro de

⁽¹⁶⁾ V. CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad: Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado, 1961, in totum.

⁽¹⁷⁾ En general sobre la tipología de las sentencias constitucionales V. FIX ZAMUDIO (Héctor) y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2009, in totum.

⁽¹⁸⁾ Sobre el principio de interpretación conforme con el parámetro de convencionalidad V. LUCCHETTI, Alberto, “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”. En ALBANESE, Susana (coord), *El Control de Convencionalidad*, p. 144. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”. *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, No. 2, Universidad de Talca, 2006, pp. 363—384. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, pp. 352—359.

convencionalidad, los jueces constitucionales deben hacer un esfuerzo para salvar su “validez convencional”, efectuando interpretaciones conforme con el parámetro de convencionalidad, evitando la anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de la norma. Se trata, entonces, de un esfuerzo de armonización de la norma nacional con el parámetro de convencionalidad. Consecuentemente, los jueces constitucionales deben desechar todas las interpretaciones de la norma o disposición contrarias al parámetro de convencionalidad y optar por aquella que sea armónica con el parámetro de convencionalidad o más favorable al goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos (principios *pro homine* o *pro libertate*, artículo 29 Pacto de San José).¹⁹

Como lo apunta Sagüés, el control de convencionalidad puede tener un efecto positivo y no meramente negativo,²⁰ el que se logra a través de la interpretación conforme con el *corpus iuris* interamericano.

En tal supuesto de sentencia interpretativa conforme, el juez constitucional debe estar plenamente seguro de la compatibilidad o adecuación de la norma o disposición cuestionada con el parámetro de convencionalidad, dado que, mantener en el ordenamiento jurídico una norma irreconciliablemente contraria con el parámetro de convencionalidad bajo el disfraz o apariencia de una interpretación conforme podría acarrearle responsabilidad internacional al Estado. Lo anterior, por cuanto, la Corte Interamericana podría, a través del planteamiento del asunto respectivo, enjuiciar la interpretación conforme vertida por el Tribunal o Sala nacional.

Cabe advertir, finalmente, que la Corte Interamericana ha recomendado, en la sentencia del caso “Radilla Pacheco *c/* México” de 23 de noviembre de 2009, que el derecho nacional sea interpretado de manera conforme con el parámetro de convencionalidad (considerandos 338—340), incluso, cuando se trate de una norma constitucional de un Estado determinado.

2) Sentencia “declarativa de “inconvencionalidad”

Cuando la norma o disposición sea absoluta y directamente incompatible o disconforme con el parámetro de convencionalidad, al juez constitucional no le queda otra opción más que dictar una sentencia estimatoria que declare su “inconvencionalidad”, con lo cual deberá anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico. Esta es la función negativa del control de convencionalidad. Para arribar a tal estado psicológico, debe haberse agotado la posibilidad de interpretar la norma nacional conforme con el parámetro de convencionalidad con el propósito de salvarla.

⁽¹⁹⁾ Sobre el “principio de armonización” V. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, pp. 357—359.

⁽²⁰⁾ SAGÜÉS, N.P., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, p. 130.

El dictado de una sentencia estimatoria de “inconvencionalidad” puede resultar tanto de una acción normativa tomada por un poder público como bien de una omisión de un poder público en ajustar una norma o precepto al parámetro de convencionalidad (“inconvencionalidad por omisión”).

3) *Sentencia “desestimatoria de inconvencionalidad”*

Cuando el Tribunal o Sala constitucional respectivo estime que la norma o disposición local se adecua al parámetro de convencionalidad, así debe declararlo. Por supuesto que este tipo de sentencias exponen, eventualmente, al Estado respectivo a la responsabilidad internacional y enfrentar un caso ante la Corte Interamericana, por cuanto, la parte interesada puede estimar que la sentencia es errónea por lo que procurará que ese órgano jurisdiccional regional ejerza el control concentrado de convencionalidad, sobre todo, si la jurisprudencia constitucional es vinculante *erga omnes* y reviste la condición de norma jurídica.

La sentencia “desestimatoria de inconvencionalidad”, puede, eventualmente, derivar de la circunstancia de que el derecho local o internacional extra-regional, debidamente internalizado, otorgan una protección más amplia para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos, circunstancia en la que el juez constitucional debe motivar y exponer las razones por las cuales se supera el umbral de protección mínima del parámetro de convencionalidad.

IV. CONCLUSIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. El control de convencionalidad difuso, ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales del orden nacional, puede y debe ser más incisivo y extenso que el desplegado por los Tribunales y jueces ordinarios.

2. El mayor grado de intensidad y de extensión del control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales, depende de factores importantes —no siempre presentes en todos los ordenamientos jurídicos nacionales— tales como los siguientes:

- a) La previsión de cláusulas constitucionales que incorporen al parámetro de constitucionalidad los instrumentos del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos o que, incluso, vayan más allá otorgándole un rango supraconstitucional cuando brinde una mayor protección para su goce y ejercicio efectivos. En caso de ausencia de previsiones constitucionales expresas, la omisión puede ser suplida por una jurisprudencia constitucional progresista y sanamente activista.

- b) Carácter abierto, democrático y accesible de la jurisdicción constitucional: Será más intenso y extenso en los ordenamientos jurídicos cuya legislación procesal constitucional otorga una legitimación amplia para interponer acciones de inconstitucionalidad, amparos y hábeas corpus y, en términos generales, garantiza el principio del antiformalismo potenciando la regla *in dubio pro actione*.
- c) Amplia posibilidad de mecanismos o cauces procesales para impugnar una norma o acto local inconventional: Si la legislación procesal constitucional admite el control *a priori* y *a posteriori* y dentro de éste el concreto —vía asunto previo— y abstracto, así como la consulta judicial de constitucionalidad y la posibilidad que el hábeas corpus o el amparo puedan servir como cuestión previa, regulando la técnica de la conversión de esos procesos constitucionales en acción de inconstitucionalidad, la intensidad y alcance del control de convencionalidad crece correlativamente.
- d) Los poderes del Tribunal o Sala Constitucional al estimar inconventional una norma o acto local: Si ese órgano puede declarar absolutamente nula la norma o acto local por contrariar el parámetro de convencionalidad y expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos declarativos (*ex nunc* y *ex tunc*) se fortalece el control de convencionalidad.
- e) Naturaleza de la jurisprudencia constitucional: Si las sentencias que dictan los Tribunales y Salas constitucionales son vinculantes *erga omnes*, para todos los sujetos del ordenamiento jurídico, el control de convencionalidad resulta más intenso.

3. El control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales debe ser extendido a los preceptos constitucionales que contrarían el parámetro de convencionalidad por su carácter, eventualmente, supraconstitucional. La doctrina debe asumir, naturalmente, la “mutación positiva” de los principios de la supremacía constitucional y de la fidelidad constitucional, así como el replanteamiento de la teoría clásica de las fuentes del Derecho, como fenómenos generados por la eclosión del control de convencionalidad.

4. El control de convencionalidad, en cuanto debe ser ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales de oficio, ha supuesto una matización positiva del principio dispositivo que rige en la mayoría de los procesos y mecanismos diseñados en las legislaciones nacionales para garantizar la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos humanos. Esta matización supone, por su parte, una reforma tácita de las legislaciones nacionales en materia procesal constitucional.

5. El control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales contribuye, notablemente, al proceso de “armonización” de los derechos humanos en el entorno interamericano y al surgimiento de un *ius commune* constitucional interamericano.

ENSAYO SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL HIPERPRESIDENCIALISMO

Alberto Ricardo Dalla Via *

SUMARIO: I. Introducción. II. El hiperpresidencialismo hegemónico. III. El poder ejecutivo en la reforma constitucional de 1994. IV. La elección directa y el colegio electoral. V. La emergencia económica. VI. La administración financiera del Estado. VII. La territorialización de la política. VIII. La “atenuación del presidencialismo”. IX. El presidencialismo en América Latina. X. El populismo. XI. El debate sobre el presidencialismo. XII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Hace veinte años, la Convención Nacional Constituyente Reformadora reunida en Santa Fe y en Paraná debatía entre sus objetivos principales, encomendados por la ley 24.309, la “Atenuación del Presidencialismo”, a cuyos efectos se instrumentaron una importante cantidad de reformas destinadas a ese fin, entre las que se destacan la inclusión del Jefe de Gabinete de Ministros, la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires con un Jefe de Gobierno local, la modernización del procedimiento de formación y sanción de las leyes, el fortalecimiento del federalismo como control vertical del poder, la creación de Organismos de Control con rango constitucional y del Ministerio Público extra-poder; la reglamentación de la intervención

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

federal a las provincias, así como de los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa limitando su uso abusivo, además de la reglamentación del procedimiento de confección del presupuesto y la determinación de las competencias tributarias a través del establecimiento de una nueva norma de coparticipación federal impositiva, entre otras medidas.

La mayoría de estas reformas fueron implementadas con distinto grado de profundidad y de éxito en cada caso. Muchas de ellas han causado efectos en el sistema jurídico argentino y más allá de que muchas disposiciones de las adoptadas se presentan útiles para el objetivo buscado de atenuar el hiperpresidencialismo, no es menos cierto que otras han causado un efecto inverso al esperado. Finalmente, la coparticipación federal no se ha implementado, conformando un incumplimiento por parte del Congreso desde la sanción de la reforma que ha evitado poner en práctica un límite cabal al uso de los recursos públicos por parte del poder presidencial.

Es un hecho comprobable que el presidencialismo, muy lejos de “atenuarse” se ha incrementado en su protagonismo e influencia en la vida política e institucional durante los últimos veinte años, siguiendo la ruta de una tendencia en el sub-continente latinoamericano, en donde la generalización de las reelecciones presidenciales —en algunos casos de manera indefinida— unidas a las prácticas clientelares, han favorecido exponencialmente el protagonismo de los poderes ejecutivos, siendo la presidencia perpetua de Simón Bolívar el modelo o paradigma en tal sentido.

De lo dicho resulta que el análisis de lo ocurrido en esta materia desde la reforma constitucional hasta esta fecha no puede ni debe limitarse al éxito o fracaso, en cada caso, de las reformas implementadas, sino que también habrán de considerarse las normas no implementadas y que la realidad demuestra que hubieran sido necesarias, así como la práctica constitucional en estos años.

Como enseña el maestro Germán J. Bidart Campos, hay una dimensión normológica que atender en el Derecho, pero también —y más cuando se trata de la Constitución y del Derecho Constitucional— una dimensión sociológica y una dimensión axiológica.

Un punto de partida esencial en nuestro análisis es el tema de la reelección del presidente y vicepresidente que fue el *leitmotiv* de la reforma constitucional de 1994 y el detonante para la celebración del Pacto de Olivos. El expresidente Alfonsín ha narrado en sus memorias que fue la convicción en cuanto a que el Presidente Menem no se detendría en su intención de reformar la Constitución Nacional, la razón por la que se adelantara a celebrar un pacto por el que se obtuvieran otras medidas a cambio, la mayoría de ellas ya previstas en los “Dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Cuando se recuperaba la democracia en América Latina, durante la llamada “tercera ola” de los años 70 y 80, ningún país de la Región preveía la reelección en sus textos constitucionales. En efecto, los manuales de Derecho Comparado caracterizaban a los “presidencialismos latinoamericanos” como una especie diferente del sistema presidencial de los Estados Unidos por las influencias caudillistas y de “dominación carismática” que imperaban entre nosotros (García Pelayo, Loewenstein, Duverger y De Vergottini, entre otros).

Esa tendencia se ha incrementado en sentido inverso al desarrollo de la democracia en nuestro sub-continente ya que la reelección fomenta distintas perversiones en la práctica constitucional durante el ejercicio del poder destinadas al objetivo de perpetuarse en el cargo.

Esto empeora con la actitud de algunos jefes del Ejecutivo que a menudo se ven tentados a atacar al Congreso mientras intentan sobrepasarlo mediante decretos. La caída precipitada de la credibilidad de las Legislaturas, los partidos y los políticos —generalmente citada como un serio problema de las democracias en América Latina— se debe no sólo a un periodismo sensacionalista y a algunas ONG críticas sino también a la retórica deliberada de los presidentes que buscan aumentar su popularidad a expensas del Legislativo. Como regla, a mayor poder de decreto de un presidente, más difíciles serán sus relaciones con el Congreso. La creciente utilización de dichas prerrogativas ejecutivas hace posible que el Legislativo pase de ser una arena de compromiso y de «alcanzar el sí» a un foro para rechazar los planes del Ejecutivo. Mediante el uso de poderes de decreto los presidentes pueden fortalecerse, sin embargo, el sistema presidencial se debilita y se vuelve más frágil alentando la confrontación en lugar de la acomodación. La paradoja de la política latinoamericana es que los presidentes elegidos democráticamente están cercenando las instituciones democráticas mediante el acto mismo de intentar superar sus propias debilidades como presidentes. Incluso aquellos que no fracasan rotundamente dejan un legado de oportunidades desperdiciadas. Las tentaciones plebiscitarias que vienen aparejadas al presidencialismo, combinadas con la popularidad de la retórica en contra de la «política tradicional» pueden ocasionalmente conducir a la concentración e incluso al abuso de poder en manos del líder. Las historias de Fujimori, Aristide y, más recientemente, Chávez en Venezuela, muestran cómo el presidencialismo puede degenerar en un cuasiautoritarismo o incluso en una dictadura.¹

En la reforma de 1994 se tuvo especial cuidado en establecer en las “disposiciones transitorias” que el mandato del presidente en ejercicio se

⁽¹⁾ VALENZUELA, Arturo: “Presidencias Latinoamericanas interrumpidas”, *Revista América Latina Hoy*, 49, 2008, pp. 15–30. Ediciones Universidad de Salamanca.

contaría como primer mandato pero a pesar de ello se intentaría forzar una re-reelección con interpretaciones alejadas de la intención del convencional constituyente.

La reelección presidencial y la elección directa del presidente y vicepresidente en distrito único, suprimiéndose la anterior elección indirecta mediante colegio electoral, han fortalecido exponencialmente la autoridad presidencial, visualizándose como el jefe político de la República, unido todo ello a la concentración en el manejo de los fondos públicos. En tal sentido la reelección genera la utilización de los recursos públicos a favor de ese objetivo, al cual se vuelca la obra pública, la utilización de los planes sociales y la publicidad oficial, ante la ausencia de restricciones legales suficientes.

El “populismo”, erigido en ideología en diversos países de la región ha contribuido al discurso en cuanto a que el presidente es quien mejor encarna y personifica la revolución democrática, considerándose así que las pretensiones de limitaciones formales al ejercicio del poder constituyen prejuicios burgueses de los constitucionalistas.

La difusión de la sucesión presidencial “matrimonial” en distintos países de la región que la han intentado (Honduras, Panamá y Guatemala) se ha visto concretada en nuestro país durante este período sin que existan prohibiciones normativas de rango constitucional al respecto pero sin que tampoco se hayan considerado durante el debate de la Convención Nacional Constituyente. Apareció como una estrategia política no prohibida pero que se enmarca en un necesario debate sobre el nepotismo, un fenómeno que se ha difundido en muchas provincias y en altos cargos del Poder Legislativo.

El clientelismo, el transfuguismo y el nepotismo asoman, desde ese modo, y en los últimos tiempos como los tres demonios a enfrentar y a erradicar para superar las crisis de representación política y mejorar la calidad de la democracia.

II. EL HIPERPRESIDENCIALISMO HEGEMÓNICO

A las fuertes atribuciones que la Constitución originaria concentró en el presidente argentino, se fueron agregando otras que provinieron de la práctica. En este aspecto, mucho han tenido que ver las personalidades de quienes ejercitaron el cargo y que le otorgaron una impronta personal y carismática al cargo que se relacionó con la figura del “caudillo” que estableció una comunicación directa con el electorado, más allá de los aspectos estrictamente legales. Las presidencias de Bartolomé Mitre, Julio

A. Roca, Hipólito Yrigoyen y Juan D. Perón fueron paradigmáticas en el sentido indicado.

De ese modo, cuando Arturo E. Sampay defendiera la reelección de Perón en la Convención Constituyente de 1949, sostuvo que la misma se asentaba "...en la sublimación del prestigio de un hombre y la acción personal en consecuencia de la empresa que sólo se agota cuando se cumplen los objetivos... La empresa argentina depende de la posibilidad constitucional de que el general Perón sea reelegido presidente".² Semejante argumento, sostenido por el principal constitucionalista del peronismo, es demostrativo del alcance del personalismo en el Poder Ejecutivo.

La personalización del poder, tal como lo sugiere Giovanni Sartori, afecta la eficacia del sistema político. En primer lugar porque los políticos no son elegidos por su capacidad para encontrar soluciones a los problemas planteados, sino por otros rasgos que en la actualidad son efectos de la "video-política". En segundo término, porque tal personalización hace perder a la gente la percepción correcta de los problemas que se presentan, ya que hace creer que todo es cuestión de encontrar a un visionario adecuado y encomendarle una misión trascendente para que los problemas desaparezcan como por arte de magia. En tercer lugar porque la personalización del poder favorece las presiones corporativas y ellas no están dirigidas a resolver los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto sino sólo los que afectan a su sector.³

La complejidad del corporativismo latinoamericano ha sido captada correctamente por O'Donnell cuando lo caracteriza como "bifronte" y "segmentario". El primer rasgo se pone de manifiesto en el hecho de que el corporativismo que se da en Latinoamérica tiene tantos componentes "estatizantes" como "privatistas": es estatizante en la medida en que presenta un elemento de conquista y subordinación por parte del Estado respecto de organizaciones de la sociedad civil; es privatista en la medida en que sectores de las instituciones públicas devienen "'colonizados' por grupos privados y organizaciones".⁴

Distintas razones contribuyen a la conformación del "hiperpresidencialismo argentino", como fuera definido por Carlos Santiago Nino. Según este autor, han confluído una cantidad de razones originadas en la práctica constitucional que han encumbrado al Ejecutivo en desmedro de

⁽²⁾ SAMPAY, Arturo E., *La reforma constitucional*, La Plata: Laboremus, 1949. p. 72, cit. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. II, "El Poder Ejecutivo", Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires.

⁽³⁾ SARTORI, Giovanni, "Representation: representational systems", en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, pp. 472 y ss.

⁽⁴⁾ O'DONNELL, "Corporatism and the question of the States", en MALLORY (comp.), *Authoritarianism and corporatism in Latin America*, p. 47.

los otros poderes del Estado, toda vez que menciona un “debilitamiento” del Legislativo y una “declinación” del Poder Judicial a ejercitar las facultades de control que le son propias. Sin duda la causa más importante de esa deformación ha sido la interrupción de la cultura y las prácticas democráticas que favorecieron las decisiones concentradas en desmedro del debate democrático. Para Nino, ésta es una de las razones por las que los intereses corporativos se nuclearon en derredor de la figura presidencial. El diagnóstico general de esa situación es que el Poder Ejecutivo salió ganancioso no sólo frente a las otras dos ramas del Poder Federal, sino también frente a los gobiernos provinciales, ocurriendo en los hechos — de manera paralela — un debilitamiento del federalismo.⁵

Son muchos los autores que han destacado el incremento “autoritario” de los poderes presidenciales desde la Constitución de 1853, entre los que cabe citar a Ítalo Luder, César E. Romero y Dardo Pérez Guilhou.⁶ El último enumera como causas que han intervenido en ese proceso a las siguientes:

- La frecuencia de los estados de emergencia.
- Las facultades militares.
- La conducción de las relaciones internacionales.
- La política y planes de desarrollo económico y social.
- La dirección burocrática.
- La delegación de facultades legislativas.
- La crisis del Parlamento y de representatividad de los partidos políticos.
- La jefatura del partido gobernante.
- La centralización de los Estados, poniendo en decadencia al federalismo.
- La lucha contra los grupos de presión.
- El progreso técnico y científico.
- La masificación e industrialización de la sociedad actual.
- La función de planificación en el Estado moderno.

En consecuencia — agrega — las limitaciones formales de la Constitución de 1853 han experimentado la derogación de hecho, y las interpretaciones política, doctrinaria y, más de una vez, jurisprudencial, han permitido la legalización de un nuevo presidente en la Argentina.⁷

Pero especialmente destaca como en la práctica se fue agregando a las funciones del presidente una jefatura que no estaba prevista en la Constitución originaria: la jefatura de gobierno, entendida ésta como “el

⁽⁵⁾ NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992.

⁽⁶⁾ LUDER, Ítalo A., *Sociología del Parlamento*, LL, del 14/10/1958. ROMERO, César E., “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, en ZAVALÍA, Víctor P., *Derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, 1975, cap. 10, cits. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

⁽⁷⁾ PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla".⁸ Este avance se visualizaría en tanto la formulación de las políticas correspondía al Congreso en la Constitución de 1853, sin perjuicio de las facultades "reglamentarias" y de "ejecución" del presidente (art. 99, inc. 2º conforme al texto reformado en 1994 —ex 86, inc. 2º antes de la reforma—).

Pero en la realidad el presidente comenzó a tomar la iniciativa en los proyectos parlamentarios y cruzó desde una función de mero "colegislador" a una función activa en la sanción de las leyes que se manifiesta en la apelación cada vez más reiterada a los "decretos de necesidad y urgencia", como así también a la práctica distorsiva del "veto parcial" y "promulgación parcial" de leyes con lo que se altera la unidad de las mismas, además de la reiterada recurrencia a la práctica de la "delegación legislativa" que se acentuó en los últimos años en materia económica, con motivo de la denominada "Reforma del Estado" y la política de privatizaciones.

La crítica al "hiperpresidencialismo" argentino encontró cabida institucional en los *Dictámenes* del Consejo para Consolidación de la Democracia, un organismo asesor de la Presidencia de la Nación durante el período presidencial del Dr. Raúl Alfonsín, que elaboró, por encargo de éste, distintas propuestas sobre una reforma constitucional que tendría por objeto consolidar el sistema democrático recuperado en 1983, luego de un largo período de dictaduras militares.

Dicho Consejo tenía como coordinador al Dr. Carlos S. Nino, y estaba integrado por distintas personalidades del espectro político, de la ciencia y la cultura, en la pretendida búsqueda de un amplio consenso para el proyecto. Entre otras destacadas personalidades, integraba el Consejo el Dr. Genaro R. Carrió, quien había presidido la Corte Suprema de Justicia. La propuesta elaborada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia consistía en la confección de un nuevo modelo constitucional "semipresidencialista" o "semiparlamentario" que mitigara el tan criticado "hiperpresidencialismo hegemónico".⁹

Después de exponer las razones que llevaron a esa deformación del modelo presidencialista, el Consejo se inclinaba por "parlamentarizar" el sistema de modo tal que una cultura del debate en la formación de la voluntad suplantara la concentración de un modelo corporativo de presiones sobre el Ejecutivo.

⁸ OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, cap. III, p. 58, cit. por PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Derecho constitucional...*, cit.

⁹ CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen preliminar sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, y *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

Analizando los distintos modelos comparados, la tendencia a parlamentarizar el sistema se fue inclinando posteriormente hacia un modelo semipresidencial o semiparlamentario, como el francés, y posteriormente algo más mitigado, como el modelo portugués. Se preveía así la existencia de un primer ministro o ministro coordinador que desligara al presidente de la tarea de administración y —en parte— también de la tarea de gobierno. Al mismo tiempo, el primer ministro o ministro coordinador podría actuar como “fusible” en situaciones de grave tensión política, sin desgastar de ese modo la figura presidencial.

Los regímenes parlamentarios están basados en una lógica política que insta a la cooperación y al consenso, en un contexto de políticas coherentes. La unificación de los poderes Ejecutivo y Legislativo le da importancia al trabajo conjunto para maximizar el éxito y evitar nuevas elecciones. La lógica que subyace al presidencialismo es más propensa al conflicto, en el sentido de que malos cálculos u otros fracasos de liderazgo personales pueden desatar con más facilidad la lógica perversa que lleva a los legisladores a esperar que el presidente fracase, cuando el periodo de gobierno está avanzado o en un momento de especial dificultad cuando los ciudadanos se vuelven especialmente ansiosos por encontrar un salvador o, si no resulta, un chivo expiatorio.¹⁰

Se proponía así también la elección directa del presidente de la Nación por medio de un sistema de doble vuelta o *ballotage*, eliminándose la práctica del “colegio electoral”. Se preveía también un juego de censura-confianza entre el primer ministro y la Cámara de Diputados que tendría la concentración de la función política, en tanto que el Senado, bajo la denominación de “Senado Federativo”, se concentraría en el fortalecimiento de las representaciones provinciales, contando con iniciativa parlamentaria en las materias de interés federal.

Cabe señalar que, aun con matices mitigados, muchas de esas propuestas fueron consideradas en la reforma constitucional de 1994, que tuvo entre los principales antecedentes nacionales a los referidos *Dictámenes* y a los *Dictámenes* de la Comisión Asesora para la reforma institucional de 1972 que ya en su oportunidad proponía la reducción del mandato presidencial a cuatro años y su reelección por un período igual y distintas reformas destinadas a la modernización parlamentaria.¹¹

De ese modo, el modelo “semipresidencialista” o “semiparlamentario” del Consejo para la Consolidación de la Democracia se fundamentó en una crítica de tipo estructural al presidencialismo como tal y a su aplicación en

⁽¹⁰⁾ VALENZUELA, Arturo: “Presidencias Latinoamericanas interrumpidas”, cit.

⁽¹¹⁾ CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, *Dictamen preliminar... y Segundo dictamen...*, cits. Los *Dictámenes* de la Comisión Asesora de 1971, por su parte, han sido publicados por el Ministerio del Interior de la República Argentina.

el contexto argentino. Uno de los autores más citados en apoyo de esa tesis ha sido Juan Linz, quien sostiene que el presidencialismo cuando se funda además en un sistema bipartidista, conduce a constantes “bloqueos” entre Ejecutivo y Legislativo que impiden la realización efectiva de determinadas políticas de gobierno.

Un ejemplo de esto sería la falta de apoyo parlamentario —por carecer de mayoría propia— que tuvo Alfonsín para implementar su proyecto de reforma sindical. Sostiene Linz que en el sistema presidencialista se da un “juego de suma cero”. Un juego de “suma cero” es una estructura de interacción en la que todo lo que cada participante gana lo pierde alguno de los otros participantes, a diferencia de juegos de suma positiva (como el mercado cuando funciona bajo condiciones ideales).

Esto favorece, a su criterio, el endurecimiento de la oposición que no repara en cualquier método para criticar u oponerse al gobierno.¹² La tesis de Linz es acogida por Nino, quien en su obra *Fundamentos de derecho constitucional* desarrolla ampliamente este punto destacando las diferencias que existen entre ser gobierno y oposición en la realidad política argentina; así —dice— mientras los primeros gozan de prebendas, cargos públicos, acceso al financiamiento de sus campañas políticas, etc.; los segundos, por su parte, deben frecuentemente sufragar su actividad política con su propio peculio.¹³

El presidencialismo genera una fuerza centrípeta que conduce al bipartidismo, contraponiéndose a la fuerza centrífuga del sistema electoral proporcional, que promueve el pluripartidismo. En la medida en que prevalece la primera fuerza, como ocurrió tradicionalmente en la Argentina, ello contradice la exigencia de variedad y definición ideológica de los partidos ya que los partidos tienden a ser grandes coaliciones que engloban muy diferentes concepciones ideológicas expuestas en forma extremadamente vaga. Dado el papel de intermediarios en la representación que tienen los partidos, ello afecta gravemente el valor epistémico del sistema bajo la concepción deliberativa de la democracia.¹⁴

Las deformaciones que ha sufrido el procedimiento democrático hasta 1983 hace más difícil apreciar el impacto del sistema electoral sobre la dinámica política argentina. De todos modos, se advierte que el actual sistema proporcional por distrito tiene algún impacto centrífugo en el sistema de partidos, aunque no el suficiente como para neutralizar la presión centrípeta que ejerce el sistema presidencialista: en efecto, mientras el pre-

⁽¹²⁾ LINZ, Juan, “Democracia presidencialista o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?”, en *Consejo para Consolidación de la Democracia. Presidencialismo versus parlamentarismo*, pp. 19 y ss.

⁽¹³⁾ NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

⁽¹⁴⁾ NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

sidencialismo argentino produce una polarización hacia el bipartidismo, el sistema electoral por distritos genera una tendencia contraria, que explica la aparición variable de un tercer partido, de partidos provinciales y de algunas agrupaciones menos relevantes. Por otra parte, los legisladores del partido oficialista suelen adoptar una actitud sumisa hacia el presidente y los legisladores de la oposición suelen tomar una actitud fuertemente adversa hacia el Poder Ejecutivo.

Esto se relaciona con el debilitamiento del papel del Congreso argentino. A decir de De Vergottini, el Parlamento cumple en las democracias pluralistas básicamente dos funciones: la función de orientación política y la función de control. Ambas se han debilitado desde la sanción de la Constitución histórica. A la función de gobierno ya nos hemos referido y no es el caso extendernos aquí sobre el debilitamiento de los controles; aunque sí es menester referir que el notorio incremento de las funciones y competencias del Estado no ha sido acompañado por un proporcionado reforzamiento de controles y garantías, como ha señalado con insistencia el destacado constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi.¹⁵

Conforme a una serie de indicadores de conflicto entre Ejecutivo y Legislativo elaborados por Molinelli, la relación entre el Congreso y el presidente fue de adversidad desde el mandato de Figueroa Alcorta hasta el de Castillo (con un registro mayor durante la presidencia de Yrigoyen) y desde la presidencia de Frondizi hasta la de Alfonsín, aunque este carácter conflictivo implicaba un equilibrio de fuerzas en el primer período indicado, mientras que en el segundo período el conflicto estaba marcado por una clara superioridad del presidente.¹⁶

III. EL PODER EJECUTIVO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El pensamiento de Nino y las propuestas del “Consejo para la Consolidación de la Democracia” no encontraron mayor entusiasmo entre los constitucionalistas argentinos que siguieron viendo en el sistema presidencialista una institución más cercana a nuestras costumbres y antecedentes históricos.

La idea del “presidencialismo mitigado” ha encontrado, sin embargo, su cauce en la reforma constitucional de 1994, por razones que obedecen más a la dinámica política que a los antecedentes jurídicos. El “Pacto de

⁽¹⁵⁾ VANOSSI, Jorge R. A., *Teoría constitucional*, vols. 1 y 2, Depalma, Buenos Aires. Véase también del mismo autor, *El Estado de Derecho en el constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

⁽¹⁶⁾ MOLINELLI, Guillermo, “President-Congress Relations in Argentina (1960-1990)”, ponencia presentada en el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política.

Olivos" entre el presidente Carlos Menem y el ex presidente Raúl Alfonsín abrió las puertas de una reforma constitucional buscada por el oficialismo con el indisimulado propósito de obtener la reelección del presidente y vicepresidente de la República, vedada en el texto originario de 1853 que fijaba un período de seis años, sin reelección inmediata, aunque con la posibilidad de una nueva elección si había transcurrido un período, como ocurrió efectivamente en los casos de Julio A. Roca y de Hipólito Yrigoyen, únicos presidentes argentinos reelectos bajo el sistema de la "Constitución histórica", con la salvedad de que, mientras Roca pudo completar su segundo mandato, afirmado en su condición de caudillo del conservadorismo, el caudillo radical Yrigoyen fue derrocado a poco de iniciarse su segundo mandato por la revolución militar-nacionalista de 1930. Juan Domingo Perón, quien también fue reelegido y no pudo culminar su segundo mandato al ser derrocado por la Revolución Libertadora en 1955, lo fue en virtud de la Constitución peronista de 1949, un texto inspirado en el "constitucionalismo social", hecho a medida del caudillo que tenía amplias mayorías pero que no pudo superar los requisitos formales de la "Constitución histórica" en cuanto a las mayorías necesarias para producir esa reforma; motivo por el cual, una vez derogada la Constitución de 1949, su ilegitimidad no fue jamás subsanada, ni aun tampoco por la reciente reforma de 1994 realizada durante el mandato de un gobierno "justicialista".

El tema de la "reelección presidencial" ha sido un fantasma que ha sobrevolado con frecuencia en el presidencialismo argentino, posiblemente fundado en aquel principio natural a la condición humana de tratar de permanecer en el poder durante el mayor tiempo posible, descrito con maestría por Maquiavelo al dar nacimiento a la ciencia política con su obra sobre los principados y que el profesor Alberto Antonio Spota en un profundo y meditado trabajo sobre la naturaleza del poder y la relación entre "lo jurídico" y lo "político" explica diciendo que al poder político no se lo declama, sino que se lo ejerce. Y que el primer objetivo, una vez alcanzado el poder, consiste en permanecer en el mismo durante todo el tiempo que sea posible.¹⁷

Tal vez por conocer la tradición caudillista latinoamericana, y por haber experimentado los largos años de la "tiranía" de Juan Manuel de Rosas durante el siglo XIX, Alberdi era contrario a cualquier reelección, sea inmediata o después de un período presidencial; aun cuando los constituyentes de 1853 consagraron esta última fórmula. La limitación temporal del mandato era así una de las restricciones que compensaba la suma de poderes otorgada al presidente.

⁽¹⁷⁾ SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires.

El ejemplo extranjero más traído para fundamentar la idea de la reelección presidencial fue, una vez más, la Constitución de los Estados Unidos. Se dijo así que un mandato de cuatro años ponía a prueba las cualidades del presidente y que si ese presidente ratificaba la confianza del electorado en una nueva elección, al fin y al cabo elevar el mandato a ocho años en lugar de seis como el plazo de la Constitución de 1853 no significaba agravar tanto las cosas. Al fin y al cabo, se decía, las democracias más desarrolladas de Occidente admiten la reelección de sus ejecutivos.

Otro argumento muy usual fue el de la unificación de los mandatos del presidente con los mandatos del Poder Legislativo a fin de hacer coincidir las fechas de elecciones y verse en la obligación de consultar con tanta frecuencia a la ciudadanía. De modo que las propuestas de reformas proponían también acortar a cuatro años el mandato de los senadores que de acuerdo con la Constitución de 1853 tenía una duración de seis años.

Como antecedente de la propuesta, la reforma provisoria de 1972, que fue realizada por el gobierno *de facto* del general Lanusse como transición hacia la recuperación democrática que culminó en el regreso del peronismo —y del propio Perón— en 1973, previó la reelección presidencial y el acortamiento de los mandatos legislativos, aun cuando no se llegó a cumplir un mandato presidencial porque la viuda del presidente fallecido en 1974, Isabel M. de Perón, fue derrocada por un nuevo golpe militar en marzo de 1976.

Las negociaciones posteriores al “Pacto de Olivos” fueron sin embargo desdibujando ese objetivo y el modelo finalmente propuesto estuvo muy lejos de las propuestas “a la francesa” o “a la portuguesa” que propugnaban los *Dictámenes* del Consejo. Se dispuso la creación de un jefe de Gabinete de Ministros (art. 100, CN) que tiene a su cargo la administración general del país, sin embargo una lectura apenas más profunda determina que ni siquiera esa jefatura administrativa le fue concedida, toda vez que la responsabilidad política por la administración continúa en manos del presidente (art. 99).

Esa circunstancia también se advierte en otros aspectos de la norma constitucional; así por ejemplo, el jefe de gabinete tiene actualmente la facultad de recaudar las rentas (art. 100), pero esa facultad es también supervisada por el presidente (art. 99). La debilidad de la figura se acentúa aún más tan pronto se advierte que el pretendido “jefe de gabinete” goza de menor estabilidad que el resto de los ministros-secretarios de Estado.

El jefe de gabinete puede ser destituido tanto por el presidente de la Nación como por el Congreso, en tanto que los demás ministros sólo pueden ser removidos por el presidente. Vanossi también ha observado, con razón, que no existe el equilibrio propio de los sistemas parlamentarios en el sentido de que el presidente pueda disolver el Parlamento, como contrapeso

de la censura para permitir la decisión del electorado en la formación de un nuevo gobierno.¹⁸ Esta debilidad lleva al propio Vanossi a afirmar que ni siquiera estamos ante un *primus inter pares* y que el Ejecutivo argentino se ha transformado en un sistema “híbrido”.¹⁹

Sin embargo, los defensores de la nueva figura como Alberto García Lema sostienen que habrá que observar a la nueva figura en el juego de la dinámica política. De ese modo puede ocurrir que con presidentes de gran apoyo popular y personalidad haya jefes de gabinetes de “bajo perfil” en tanto que la figura del jefe de gabinete pueda acrecentarse y asumir roles preponderantes cuando existan crisis políticas de desgaste y pérdida de caudal electoral del presidente.²⁰

El ejemplo más difundido de esa situación ha sido destacada por Carlos Nino en sus *Fundamentos de derecho constitucional* y corresponde a la crisis posterior a 1987 cuando el presidente Alfonsín perdió el apoyo parlamentario y la mayoría de las provincias en favor del líder peronista Antonio Cafiero, de la fracción “Renovadora” del peronismo. Afirma Nino que si en tal circunstancia hubiera existido la posibilidad de nombrar a Cafiero como primer ministro se hubieran superado muchas consecuencias negativas de la crisis posterior.²¹

Para las sociedades y los sistemas políticos en el tercer milenio no son hoy tan claros los límites clásicos de la separación de los poderes ni las diferencias, técnicas, sutiles, entre “parlamentarismos” y “presidencialismos” que gustamos de estudiar los interesados en el derecho constitucional, como si se tratara de modelos perfectos que, como tales —y como sabemos— no existen. Así ocurre que mientras los sistemas parlamentarios buscan recetas y soluciones en los sistemas presidencialistas, en aquéllos ocurre a la inversa. Y mientras tanto, la dinámica de la realidad, la globalización, la información, la “videopolítica” a decir otra vez de Sartori, siguen superando límites, cada vez menos nítidos, entre el derecho público y el privado, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Mi reflexión se dirige a donde debe centrarse el objetivo, que a mi entender no está en los modelos normativos ni en el afán semántico, sino en qué reglas podemos tomar para afirmar los usos y los comportamientos democráticos frente a los nuevos desafíos: los poderes privados, los grandes poderes económicos, la corrupción en la clase política, un uso responsable de la información. Los desafíos del constitucionalismo siguen

⁽¹⁸⁾ VANOSSI, Jorge R. A., *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.

⁽¹⁹⁾ VANOSSI, Jorge R. A., *Comentarios...*, cit.

⁽²⁰⁾ GARCÍA LEMA, Alberto, *La reforma por dentro*. Véase también ROSATTI, Horacio (coord.), *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

⁽²¹⁾ NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit.

siendo los mismos: cómo controlar el poder en defensa de los derechos sagrados y las libertades de los ciudadanos. Hemos evolucionado, es un mundo mejor, hay más libertades, hay más posibilidades, tenemos nuevas fronteras y también nuevos desafíos. Nuestra materia se ha vuelto también más compleja y eso la hace más interesante.

Pero como el derecho constitucional lleva más de doscientos años tiene ya sus reglas que se elevan a la condición de saber científico y una de ellas, tal vez la más sabia y la más importante, es reforzar los controles sobre el poder político para que la libertad impere, más allá de cuál sea el modelo político-constitucional, que dependerá en definitiva como lo enseñara hace muchos años el maestro García Pelayo de la idiosincrasia, la historia y las características de cada Nación.²²

IV. LA ELECCIÓN DIRECTA Y EL COLEGIO ELECTORAL

Cuando regía entre nosotros la elección indirecta para presidente y vicepresidente de la Nación solían alzarse las voces contra un sistema que no respetaba fielmente la voluntad del electorado; en efecto en realidad los ciudadanos elegíamos un conjunto de electores en relación a las bancas legislativas que correspondían a cada distrito (provincias y ciudad de Buenos Aires) y eran esos electores quienes finalmente resolvían la elección. A veces en la historia el resultado de la elección fue producto de un consenso en el colegio electoral, como ocurrió en la elección de Sarmiento o en los acuerdos entre Mitre y Roca. Tales *contubernios* fueron, sin embargo, mitigados a medida en que los partidos políticos afirmaron la disciplina partidaria.

Desde hace ciento cincuenta años se utilizó ese sistema hasta hace muy poco tiempo, cuando se reformó la Constitución en 1994 y se adoptó el sistema de elección directa con doble vuelta, con la sola excepción de la elección de 1973 en que la fórmula Cámpora-Solano Lima se impuso por elección directa. La reforma contó con el fuerte apoyo de los partidos políticos mayoritarios con el propósito de fortalecer la legitimidad democrática del presidente por elección popular. La gobernabilidad de los sistemas presidencialistas depende en parte de que el presidente electo goce de una legitimidad popular importante y de que una porción importante del Congreso colabore aprobando las leyes.

En los Estados Unidos se sigue utilizando el colegio electoral desde hace más de doscientos años. Allí el candidato que obtiene la mayoría simple en un estado por lo general merece el voto de todos sus delegados y el

⁽²²⁾ GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho constitucional comparado", en *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

que obtiene el voto de la mayoría de los delegados en el colegio electoral ocupara la primera magistratura. En las elecciones presidenciales del año 2000 se evidencio que el esquema de selección de delegados por estado —en el que el candidato que obtuvo la mayoría simple recibe el voto de todos los representantes de ese estado— hace posible que un candidato gane la mayoría de los votos en el nivel nacional, pero no sea el elegido para ocupar la presidencia, como ocurrió en el caso de Gore y de Bush, finalmente resuelto por una sentencia de la Suprema Corte.

Ese mecanismo tiene una impronta histórica que se remonta a la desconfianza que mostraban los “padres fundadores” en los Estados Unidos hacia las mayorías populares que pretendieran ejercitar cualquier forma de democracia directa; tenían muy presentes los excesos del asambleísmo francés y a Robespierre y sus “jacobinos”; de allí que el gran invento de la constitución norteamericana fuera el gobierno representativo. Nuestra Constitución Nacional se forjó sobre el mismo modelo en el artículo 1º que concibe una republica representativa, y en el artículo 22 cuando afirma que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes...*

En la visión de James Madison, debían conformarse algunos contrapesos que preservaran a las minorías de los *farmers* de eventuales tiranías de las mayorías. La conformación de un poder judicial independiente y no electivo era una de esas garantías, también lo eran la elección indirecta de los senadores a través de sus respectivas legislaturas y la elección del presidente y vice por el colegio electoral. Alexander Hamilton escribiría en el n° 68 de *El Federalista*: “La elección inmediata debería ser hecha por los hombres mas capaces de analizar las cualidades ajustadas al puesto, y actuar en circunstancias favorables a la deliberación, y a una combinación sensata de todas las razones que fueran apropiadas para gobernar su elección”. Algunos encuentran el fundamento del colegio electoral en el sistema alemán de electores imperiales y en el colegio cardenalicio que designa al Papa.

Es paradójico que el viejo colegio electoral genere polémicas en ambos extremos del continente. En el caso de los Estados Unidos no han faltado las voces que promuevan su supresión a favor de un sistema de elección directa. Una encuesta de Gallup realizada en 1968 preguntaba ¿Estaría de acuerdo o en desacuerdo con una enmienda de la Constitución que suprimiera el colegio electoral y basara la elección del presidente en el voto total de toda la nación? El 81% estuvo de acuerdo, el 12% en desacuerdo y el 7% no expreso ninguna opinión.

En nuestro caso, por el contrario, no faltan quienes han considerado la conveniencia de restablecerlo. El fundamento para su retorno es el mismo que sostiene su mantenimiento en el país del norte: el equilibrio político entre los estados (en nuestro caso provincias).

Los números son elocuentes: nuestro país registra un total de 30'530,323 electores habilitados para votar, conforme al último padrón definitivo. De ellos, solamente 11'450,939 corresponden a la Provincia de Buenos Aires, 2'521,097 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2'655,244 a la Provincia de Córdoba y 2'579,051 a la Provincia de Santa Fe; de manera que cuatro distritos superan los 19'000,000 de electores. En el otro extremo, Tierra del Fuego registra solamente 116,992 ciudadanos habilitados para votar, Santa Cruz 219,549 La Rioja 255,408, Catamarca 276,231 y La Pampa 262,014; de donde resulta que la influencia de las provincias chicas es escasa en la elección presidencial.

Al mismo tiempo, la reforma en el sistema de elección de senadores nacionales, conforme al art. 54 de la Constitución Nacional ha pasado de la elección indirecta por las legislaturas provinciales a la elección directa por el pueblo de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires asignándose las bancas por partido conforme un sistema de lista incompleta.

Frente a ello, la elección directa afirma notablemente el nivel de legitimidad popular obtenido por el presidente electo como consecuencia del margen con que gana los comicios. Por ejemplo, un Presidente que consigue el 60% de los votos en la primera vuelta, con una ventaja importante, comienza su mandato con mayor legitimidad popular y apoyo político que el que llega al poder con porcentaje de votos reducido.

En los últimos 20 años muchos países reformaron los sistemas de elección del presidente, siendo la tendencia mas clara el cambio de sistema de mayoría simple a métodos de mayoría absoluta con segunda vuelta. Es difícil emitir un juicio riguroso sobre el impacto real de los sistemas con segunda vuelta. En la mayoría de los casos, el tiempo transcurrido desde que fueron adoptados no es suficiente para evaluar su impacto potencial en la fragmentación del sistema de partidos a largo plazo ni en cuanto al efecto inmediato de fortalecer al presidente electo.

V. LA EMERGENCIA ECONÓMICA

La doctrina y la jurisprudencia de la emergencia en lo económico y social tiene sus comienzos en la Argentina a partir de las primeras décadas del siglo pasado, como consecuencia de tener que atender a las necesidades y requerimientos que planteaba el Estado Social de Derecho con un texto constitucional de raigambre demoliberal individualista.

En el largo inventario podemos incluir a la ley 9481 de 1914, que suspendió el patrón oro en la moneda convertible; la ley 12.591 fijando precios máximos por razones derivadas de la segunda guerra mundial y que fuera fundada en el adagio *salus populi suprema lex est*; el decreto 1380/ 43 sobre moratorias hipotecarias y fijación de intereses fundadas

“en graves perturbaciones sociales”; las prórrogas de locaciones urbanas y reducción de alquileres; La ley 16.739 suspensiva de sentencias de desalojo. El decreto 36/90 implantando una moratoria de diez años sobre depósitos a plazo fijo; la ley 23.696 de Reforma del Estado y 23.697 de Emergencia Económica; el Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01, estableciendo el llamado “corralito financiero” para la indisponibilidad y cobro programado de los depósitos bancarios; La Ley de emergencia económica 25.561 y los decretos de necesidad y urgencia 214, 320, 905 y 1316 vinculados con la “pesificación” y el reordenamiento del sistema financiero.

A partir del año 2001, sobrevendrá otra vuelta sobre la doctrina de la emergencia con motivo de la crisis vinculada a la salida tardía de la convertibilidad y la llamada “pesificación” de la economía argentina, que tendría su punto inicial en el decreto 1570 que estableció el llamado “corralito financiero” consistente en una indisponibilidad y reprogramación de los pagos a los depósitos efectuados en cuentas bancarias de bancos nacionales y privados y que posteriormente darían lugar a una ley de emergencia económica y a una sucesión de decretos y delegaciones que fueron sucesivamente impugnados por ahorristas a través de la interposición de amparos y medidas cautelares.

En el caso “Smith”, la Corte resolvió una medida cautelar ordenando la devolución de los depósitos en dólares a los ahorristas. Lo hizo sin entrar en mayores análisis pero afirmando que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia eran irrazonables y vulneraban el derecho de propiedad. Tal doctrina fue interpretada como una “vuelta” al control de razonabilidad abandonado en Peralta.

En el caso “Estado Nacional c/ Provincia de San Luis” la Corte amplió los fundamentos e ingresó en un análisis más pormenorizado de la adecuación entre medios y fines, profundizando el criterio antes señalado. Los pronunciamientos se dieron en medio de avatares políticos y de pujas entre la Corte y el Gobierno que terminaron en una nueva integración de la Corte Suprema.

En el caso “Bustos” la Corte avaló la pesificación y las medidas de emergencia adoptadas, en un pronunciamiento que adolece de argumentos constitucionales en su fundamentación. Se refleja la nueva integración del tribunal en donde prevalecen magistrados con formación en derecho común. Penal y civil, principalmente.

Este caótico período de nuestra historia reciente ha sido también materia de estudio por muchos autores entre quienes destaco a los doctores Antonio María Hernández, Julio César Rivera, Emilio Ibarlucía, Alberto Bianchi, Gregorio Badeni, Juan Carlos Cassagne, Andrés Gil Domínguez y María Angelica Gelli, entre otros

La doctrina institucionalista de la necesidad encuentra a la misma como fundamento fáctico de la emergencia, pero no como justificante de los medios que se empleen. Nuestra Corte Suprema ha demostrado la realización de un esfuerzo por encuadrar una emergencia cuasi-perpetua *dentro y no fuera de la Constitución*.

Tales esfuerzos no pocas veces se lograron con un marcado forzamiento de instrumentos jurídicos que colocaron en un límite entre la frustración y la suspensión a los derechos constitucionales. El resultado negativo ha sido en términos de seguridad jurídica. Frente a ello es menester reformular algunos principios de interpretación, toda vez que el criterio de interpretación dinámica aplicado por la Corte deja a nuestro criterio ciertos márgenes de discrecionalidad.

VI. LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO

Conforme los términos del artículo 20 de la Ley 24.156 de “Administración Financiera y Control de Gestión”, las disposiciones generales de la ley de presupuesto deben contener “normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución, y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”.

Sin embargo, la práctica institucional llevada a cabo por el Congreso Federal ha vulnerado reiteradamente los términos del artículo 20 de la normativa mencionada, que dispone cómo debe y cómo no debe hacerse el presupuesto.

No obstante esa inconsecuencia jurídica que le permite al Congreso Federal aprobar en la ley de presupuesto cuestiones referidas a establecer, modificar o suprimir tributos, o ratificar decretos de emergencia que desordenan aún más el sistema legal, la Corte Suprema ha convalidado esa práctica en varios precedentes.

En la causa “Zofracor”, siguiendo en el punto el dictamen del Procurador General de la Nación, y con cita de un dictamen de la Procuración del Tesoro (83:195), dijo:

- a) Que en el sistema constitucional argentino, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria, se limite a aprobar o rechazar lo que proyecta el Poder Ejecutivo, ni que constituya un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo, ya que es *acción legislativa normal y primordial*. En consecuencia, las limitaciones que el Congreso se ha impuesto a sí mismo pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, *incluso en forma implícita*; y

- b) Que pese al loable propósito del artículo 20 de la Ley 24.156, esta norma no prevalece por su jerarquía normativa sobre otras leyes posteriores que dicte el Congreso.

Por su parte, en el año 2006 se sancionó la Ley 26.124 que reformó el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera, lo cual significó una autorización al Jefe de Gabinete de Ministros, de carácter permanente, para modificar el presupuesto general de la Nación.

Según la norma aprobada, el jefe de Gabinete de Ministros “podrá disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de finalidades. De ese modo, desaparecieron los límites que existían anteriormente con una excepción importante: no podrá aumentarse el monto total del presupuesto, mediante decisiones administrativas. Aunque para disponer los aumentos de la recaudación tributaria, sin pasar por el Congreso, se haya recurrido al forzado y abusivo mecanismo de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

Desde mediados de la década de los noventa a la actualidad, se ha evidenciado un incremento en la práctica de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia presupuestaria. El 30 de diciembre de 2011, mediante el dictado del decreto de necesidad y urgencia 324/11, se dispuso un aumento total del presupuesto, facultad que aún con la modificación del art. 37 de la Ley 24.156, el Congreso expresamente se había reservado para sí.

VII. LA TERRITORIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

La vida política, que suele ser tan dinámica como insatisfactoria, tiene por cierto sus bases teóricas. A veces parece difícil encontrarlas entre tanto alboroto de comportamientos egoístas en la lucha por el poder llamada la faz “agonal” frente a la faz “arquitectónica” que describe el funcionamiento estático de las instituciones.

El Estado Nacional, como población que habita un territorio y que se encuentra organizado a través de un gobierno, presupone también algunos otros conceptos o cualidades, como la idea de soberanía, que corresponde al pueblo como un todo, no pudiendo en consecuencia ser fraccionada. Es un sano idealismo al que contribuyeron tanto Rousseau como Sieyès; este último, para fundar las bases del sistema representativo que también adoptaría el artículo primero de nuestra Constitución histórica.

Los grandes idealismos tienen un formidable valor teórico pero no suelen concretarse en la práctica sino que, por el contrario, contrastan

abruptamente con realidades más cruentas. Eso no les hace perder su valor doctrinario, son paradigmas que explican modelos a seguir y más difícilmente a alcanzar. Son algo así como la estrella polar del navegante; como ella, son también perennes porque las grandes teorías son las que permanecen sin ser superadas.

Es probable que el buen Rousseau haya pensado en la expresión de una *volonté generale* tan recta, infalible y clara como los lagos de Ginebra a cuyas orillas escribía y que el buen abad Sieyès encontrara la concordia de su *souveraineté nationale* recorriendo los armoniosos y silenciosos claustros de un monasterio. En ambos casos, sin oír las fuerzas divisorias que naturalmente pugnaban por fraccionarse en diversos intereses, proyectos políticos o ideologías.

Hasta estos lares rioplatenses navegó, también, el influjo de esas teorías, mezcladas con ideales de autodeterminación, independencia, libertad, igualdad y fraternidad. Así podía observarse cómo los diputados a la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que comenzó a sesionar el 31 de enero de 1813, rechazaban a los representantes de la Banda Oriental al acreditarse investidos de “instrucciones” que sujetaban sus mandatos a una representación funcional.

El rechazo a los diputados de Artigas renegaba de una modalidad de ejercicio puro del poder sobre un ámbito territorial y sobre las personas que habitaban el mismo. Esos tres elementos: territorio, población y poder, adelantaban las condiciones para la creación de un Estado; sólo faltaba la organización jurídica y política, que demoraría todos los años que fuesen necesarios para ponerse de acuerdo.

Los unitarios y los federales, no eran partidos sino facciones que dirimían sus diferencias en forma violenta. Muchos abominaban de las divisiones partidarias por encontrarlas sediciosas y anárquicas. En los Estados Unidos, Washington los había refutado en su discurso de despedida, conocido como el “*Farewell address*”. Entre nosotros, también Urquiza los rechazaría en sus célebres cartas, con argumentos de una gran claridad: la existencia de partes se oponía a la unidad del todo entorpeciendo el objetivo preambular de constituir la unión nacional.

Los partidos políticos modernos, recién aparecerán entre nosotros con la llegada de la inmigración europea, durante las últimas décadas del siglo XIX, cuando Juan B. Justo y José Ingenieros fundaron el Partido Socialista y Leandro N. Alem y Aristóbulo del Valle hicieron lo propio con la Unión Cívica Radical. A partir de entonces, fue creciendo el número de agrupaciones que aseguraban canales de acceso al poder, encolumnando las distintas opciones políticas detrás de programas o ideas.

La democracia constitucional del siglo XX pasó a ser aceptada como la “democracia de partidos” y estos pasaron a ser imprescindibles e insus-

tituibles; algunos incluso llegaron a considerarlos como un mal necesario. La reforma constitucional de 1994 les dio cabida en el nuevo artículo 38 que los considera “*instituciones fundamentales del sistema democrático*”.

Hasta hace poco, alguna literatura especializada señalaba que una de las características del llamado sistema “hiperpresidencialista argentino” era el carácter nacional de los grandes partidos políticos y que el Presidente de la Nación era por lo general el jefe de uno de esos partidos. Esa regla parece haberse interrumpido en los tiempos recientes, observándose que tanto el justicialismo como el radicalismo se asemejan más a confederaciones de partidos de distrito que a grandes agrupaciones nacionales con disciplina partidaria vertical.

Un dato empírico en el que esa tendencia se verifica es el poder que tienen los gobernadores para construir alianzas, coaliciones y acuerdos programáticos de manera independiente a sus pertenencias partidarias nacionales. De manera que es el partido de distrito el que cobra relevancia, al igual que sucedía en tiempos de Francisco Ramírez, Estanislao López y Facundo Quiroga.

Es entre el Poder Ejecutivo Nacional y los poderes ejecutivos provinciales entre quienes se desarrolla el equilibrio agonal de los poderes, mientras el equilibrio arquitectónico corresponde a la clásica división entre legislativo, ejecutivo y judicial: son los poderes ejecutivos quienes más han restablecido su fortaleza institucional desde la crisis del 2001. No está ausente la tradición caudillista en la opción de hierro entre orden y anarquía; tampoco las modalidades de lo que Max Weber diera en llamar la dominación carismática.

Encontramos cierta similitud con lo que ocurría con el llamado “orden conservador” durante la generación del 80, sobre el que Natalio Botana explica que el federalismo argentino tuvo cierto grado de funcionamiento cuando los gobernadores de provincias eran importantes referentes políticos, por entonces representantes de la aristocracia demoliberal.

Es probable que en la actualidad se profundice esa tendencia, en la medida en que prosperen las cláusulas de reelección en las reformas constitucionales provinciales –algunas de ellas actualmente en curso– que facilitan la perduración en su vigencia temporal, de importantes figuras políticas del interior del país.

La territorialización de la política permite arrojar distintas conclusiones en orden a la distribución del poder y al rol de los gobernadores. Abre, también, incógnitas en cuanto a lo funcionales que pueden resultar algunas prácticas clientelísticas frecuentes en democracias emergentes y que se alejan de nuestro sentido representativo y republicano. Son las fuerzas políticas las que emergen y debe ser la Constitución Nacional el

cauce por el que se dirijan a promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

VIII. LA “ATENUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO”

Si tiene razón Serrafiero, el problema del “hiperpresidencialismo hegemónico” (en la denominación de Nino) no se va a resolver atenuándolo sino “democratizándolo”. Y si tienen también razón Cherny y Novaro,²³ en cuanto a que el presidencialismo se ha potenciado en la misma práctica, particularmente durante las presidencias de Menem y de Néstor Kirchner, acrecentando las competencias después de una crisis y afirmando la tesis de que el presidencialismo se potencia especialmente cada vez que toma descarnada realidad la dialéctica anarquía/orden, sin embargo, nos preguntamos si las consideraciones sociológicas o aquéllas que ponen el acento en las prácticas, ya sea por la falta o déficit de republicanismo (Botana) o por nuestras tendencias a la “anomia” (Nino, Hernández, Mora y Araujo y Zovatto, entre otros) son aplicables en un análisis sobre la reforma constitucional de 1994, que debería concentrarse en la eficacia del modelo normativo dispuesto y su capacidad o no para transformar la realidad.

En ese sentido, y a la hora de apuntar omisiones normativas de la reforma constitucional, se extraña la ausencia de cláusulas anti-nepotismo, como sí ocurre en el Derecho Comparado Internacional e Interprovincial. Los casos de nepotismo se han propagado en muchos casos ejemplificados en nuestro país, afectándose el principio de representación política cada vez que se advierte que la condición de cónyuge, hijo o pariente cercano otorga privilegios en la lucha política.

Los convencionales constituyentes de 1994 estudiaron cuidadosamente la figura del jefe de gabinete de Ministros como “fusible” y las diferentes hipótesis de cohabitación ante sus casos de debilidad del poder presidencial, pero no pudieron imaginar, jamás en la hipótesis de que un presidente —Néstor Kirchner— nominara a su esposa, aún cuando esa situación ya se había registrado en nuestra historia, más precisamente en la sucesión de Juan D. Perón por María Estela Martínez, aunque allí no se trató de un caso de nepotismo en la candidatura presidencial sino en la de vicepresidente, para la que si nuestra historia registra un caso de nepotismo, el de “julito” Roca hijo de Julio A. Roca y vicepresidente de Agustín P. Justo, aunque en ese caso, el intervalo de tiempo transcurrido atenuó su impacto.

⁽²³⁾ NOVARO, Marcos, “Presidentes, equilibrios institucionales y coaliciones de gobierno en Argentina (1989-2000), en LANZARO, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*. Colección Grupos de Trabajo de CLACSO, 2001.

Aunque es una cuestión difícil en cuanto intervienen las reglas jurídicas sobre los usos y costumbres, procuremos concentrarnos aquí en las primeras, si las reglas en materia de procedimiento de formación y sanción, y las leyes buscaron dar más protagonismo al Congreso, como contrapeso del poder Ejecutivo, al incluir mecanismos o Institutos de Emergencia de naturaleza parlamentaria como lo fueron la delegación legislativa y los reglamentos de necesidad y urgencia; cierto es que el sistema no se parlamentarizó sino todo lo contrario, acentuó la preeminencia del Poder Ejecutivo en “disciplinar” los bloque parlamentarios, aún en los casos en que contó con mayorías en las Cámaras (Presidencias de Néstor y CFK). No por eso dejaron los presidentes la costumbre de recurrir al veto y promulgación parcial de leyes como a la práctica de los decretos de necesidad de urgencia.

Y aún más a prorrogar la legislación de emergencia y desarrollar la práctica de los “superpoderes” que se dio tanto en las presidencias “justicialistas” de Menem y Kirchner, como durante la presidencia de Fernando De la Rúa concediéndole superpoderes al súper ministro de economía, Domingo F. Cavallo.

Un balance que puede hacerse en este punto de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, es que si bien se optó por adoptar distintas reformas que tuvieron como antecedente la reforma provisoria de 1972 para agilizar la dinámica parlamentaria, en los hechos no se discutió a fondo el problema de los límites legislativos entre Presidencia y Congreso, como sí lo hizo la Constitución Francesa de la V República y como sí lo hace la Constitución Chilena —otro modelo de presidencialismo fuerte— donde el Presidente conserva la iniciativa legal, a excepción del Congreso que mantiene una zona de reserva legal para materias determinadas, especialmente de regulación civil.

Tal vez esa era una cuestión baladí si se advierte que nuestro modelo político es el presidencialismo, por todas las razones que ya conocemos, y que los intentos de “parlamentarizar” nuestro modelo, carecen de mayor sustento, inclusive la tesis extrema del Dr. Zaffaroni, especialista en Derecho Penal, quien mantiene que el parlamentarismo no funciona entre nosotros porque hasta ahora se intentaron modelos intermedios o “semi-parlamentarios”, pero nunca se fue a fondo con un parlamentarismo, pero la polémica y los antecedentes nos hacen conocidos y no parece posible entender que ese sea el mejor modelo en nuestro sistema.

Aquí sí volvemos a los usos y costumbres para decir que el problema parece ser la incapacidad para delimitar en cualquier tipo de modelo. Pero el banco de prueba para el tibio intento de parlamentarización diseñado por la reforma de 1994 fue la crisis político-institucional de 2001/2 con las consecuencias bien conocidas.

Si el problema está en el incumplimiento de los límites normativos deberá efectuarse un debate sobre la razonabilidad y efectividad de los mismos para impulsar un acatamiento. El ejemplo paradigmático en el sistema federal fiscal cuya absoluta distorsión ha permitido que en los últimos años los presidentes dispusieran de la “caja” y de la obra pública, en desmedro de los erarios provinciales haciendo que no solamente se encuentren debilitados los controles “horizontales”, sino también los controles “verticales” del poder. El remedio previsto por el constituyente reformador —la coparticipación federal— aún cuando pueda ser técnicamente discutido es un mandato incumplido, pero además, representa un límite formal, normativo y económico al ejercicio del poder que merece la mayor preocupación institucional.

En la Argentina, el caso del diputado electo Eduardo Lorenzo, alias “Borocotó” alcanzó al imaginario popular, de modo que se instituyó un nuevo verbo: “borocotizar” que alcanza a toda persona que se cambia de partido; tal es así que cuando un político cambia abruptamente de lado o de posición se dice que “se borocotizó”.

La valoración de tales conductas también depende, en buena medida, del sistema político en el que se produzcan, toda vez que un sistema parlamentario la exigencia del mandato imperativo como de la “disciplina partidaria”, son mucho mayores, ya que dependerá la conformación de tales mayorías para formar gobierno, no admitiéndose, en general, los apartamientos a lo expresado por la voluntad popular en la elección.

IX. EL PRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA

Una de las amenazas más graves que se cierne sobre nuestra región latinoamericana es la exacerbación del presidencialismo como modelo político, incrementado por la tendencia hacia las reelecciones presidenciales en muchos países, estableciéndose la “reelección indefinida”, al modo de la Constitución Bolivariana de Venezuela.

En los estudios de derecho constitucional comparado, siempre se ubicó a los “presidencialismos latinoamericanos” como una realidad diferenciada del modelo presidencial estadounidense del cual deriva. La diferencia está dada por la tradición caudillista que ha tenido un reflejo en los golpes de estado o gobiernos revolucionarios como un extremo de tal tendencia.

Cuando América Latina recuperaba la democracia durante la llamada “tercera ola” de las décadas de los 70 y de los 80, ningún país tenía la reelección presidencial prevista en su Constitución.

Por el contrario, durante la “tercera ola” de las transiciones constitucionales, el acento estuvo puesto, más bien, en el fortalecimiento de las instituciones que asegurasen el sufragio y la soberanía popular, basada

en el concepto de democracia, entendida en dos sentidos: la participación política de los ciudadanos y la limitación del poder, especialmente frente a los intentos autoritarios y militaristas.²⁴

Si bien puede afirmarse que se han generalizado procesos electorales limpios que no ponen en cuestión la “legitimidad de origen” de los gobernantes; sin embargo la “legitimidad de ejercicio” se ve jaqueada por estilos de gobiernos autoritarios que, a pesar de legitimarse por el sufragio, una vez que alcanzan el poder realizan prácticas hegemónicas que suprimen o disminuyen gravemente el debate público y la libertad de expresión.

El presidencialismo latinoamericano, fuerte de por sí, al punto que Carlos Nino en Argentina lo denominó “hiperpresidencialismo hegemónico”,²⁵ cuyos rasgos generales no han disminuido, sino que se han incrementado, producto del dato ya mencionado, del reeleccionismo, unido a las tendencias populistas que no hacen más que perfeccionar una suerte de *cocktail* explosivo: populismo más reelección.

El ejemplo de la Corte Constitucional de Colombia, al rechazar la convocatoria al referéndum que pretendía promover una reforma constitucional para impulsar una nueva reelección del Presidente Álvaro Uribe fue muy importante para la institucionalidad, por el ejemplo que significó que el Presidente Uribe acatará el fallo.

X. EL POPULISMO

El “populismo” hace gala de jactancia infractora y de actitudes contestatarias del orden establecido. Hay quienes lo caracterizan como una “reacusación a la democracia representativa” y una apelación demagógica al “conductor del pueblo” como líder demiúrgico, convirtiéndose en “una coartada para autoritarismos disfrazados”.²⁶

Uno de sus principales defensores, el filósofo Ernesto Laclau, trata de realizar una construcción distinta, basada en la ideología y en los modelos políticos determinados, en reemplazo de la más difundida y tradicional caracterización de los populismos realizada en la obra de Gino Germani.²⁷

Para Germani los populismos pueden ser tanto de izquierda como de derecha ya que no se corresponden con una ideología determinada sino que

⁽²⁴⁾ HUNTINGTON, Samuel, *La tercera ola*. Alianza. Madrid. También pueden verse NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales*. Tecnos. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*. Il Mulino. Giuffrè Padova. Italia.

⁽²⁵⁾ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos...*, cit.

⁽²⁶⁾ FLORIA, Carlos A., *La incierta ilusión populista*. La Nación, Bs. As. 25/VI/11.

⁽²⁷⁾ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*. Fondo de Cultura Económica. México. Primera impresión 2005. Séptima reimpresión 2013.

se basan en una relación directa entre el líder y la masa que no responde a ninguna articulación ni organización como son, por ejemplo, los partidos políticos, o aún las coaliciones y los movimientos.

La aparición de los populismos se dio en América Latina en la década de los cuarenta y los cincuenta y los fenómenos más estudiados y reconocidos han sido *el peronismo* en Argentina y *el varguismo* en Brasil.

La justificación histórica de estos movimientos populares ha estado dada por la necesidad de realizar una mejor distribución económica y social después de periodos de gobiernos liberales y conservadores pero la coincidencia general ha estado dada por el seguimiento incondicional al líder y una articulación irracional y carismática del diálogo entre ambas partes.

Laclau, en cambio pretende superar la idea de que el populismo no es una ideología distinta del liberalismo o del socialismo, sino todo lo contrario, pretende encontrar una nueva forma política bajo esa denominación que se arrojaría ser una forma de *radicalización de la democracia*.²⁸

El problema está en que la idea de democracia a la que recurre este nuevo discurso de izquierda es muy distinta a la idea de democracia que conocemos desde los textos clásicos y las grandes revoluciones, basada en el Estado de Derecho y en una constitución escrito como garantía de los derechos de las mayorías y —también— de las minorías.

Para esta nueva versión, si un líder encarna un modelo democrático revolucionario y la masa lo acompaña en el proyecto de transformación, resulta ser un mero prejuicio formal, propio del constitucionalismo burgués plantear límites o contrapesos al poder, entre los que se encontrarían la posibilidad de establecer cláusulas reeleccionistas en las constituciones hasta disminuir el papel de los otros poderes, al Legislativo por considerar que allí se albergan los representantes de la oligarquías y al Judicial por entender que al no ser un poder directamente emanado del pueblo carece de legitimidad para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Se trata de una construcción que viene desde la filosofía y desde la sociología para intentar nuevos argumentos para intentar justificar cosas que la historia y la experiencia humana han demostrado ya muchas veces, entre otras, que no se puede llamar democrático a lo que no es democrático. También los países del Este, que estaban durante la guerra fría bajo la esfera de dominación de la Unión Soviética pretendieron llamarse “democráticos” y sabemos muy bien que no lo eran.

Laclau pretende encontrar argumentos para responder a la objeción de que una “hegemonía” carece de una estructura interna y de vínculos

⁽²⁸⁾ LACLAU Ernesto y MOUFFE, Chantal, “Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia”. En: *Sociología*. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición en Español 2004. Primera reimpresión 2011.

entre sus miembros. A esto responde que tales vínculos no deben ser necesariamente los clásicos de las clasificaciones habituales o que provengan de formas racionales de pensamiento. Por el contrario, tiende a destacar la importancia de vínculos irracionales, como el afecto o el amor en las formas de agrupamiento humanas y los compromisos que de la misma derivan para explicar la relación de estructura en una hegemonía.

En *"Hegemonía y estrategia socialista"*, a partir del legado de Gramsci y nutridos en gran medida por el postestructuralismo —en especial la deconstrucción y la teoría lacaniana— Laclau y Mouffe examinan la hegemonía como una categoría central del análisis político y estudian su formulación y desarrollo. El mundo globalizado y neoliberal, explorado mediante esta categoría, deja de ser el único natural y posible, y se presenta como la expresión de cierta configuración de las relaciones de poder.

En ese sentido, los autores sostienen "...La izquierda debe comenzar a elaborar una alternativa creíble frente al orden neoliberal, en lugar de tratar simplemente de administrar este último de un modo más humano. Esto, desde luego, requiere trazar nuevas fronteras políticas y reconocer que no puede haber política radical sin la identificación de un adversario. Es decir que lo que se requiere es la aceptación del carácter inerradicable del antagonismo..."²⁹

La lógica amigo/enemigo no deja de evocar a Carl Schmitt y se nos ocurre contraria a la paz como fundamento del Estado de Derecho basado en el irrestricto respeto a los derechos humanos que algunos de los países vinculados a los modelos populistas comienzan a refutar y renegar de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, especialmente, frente a la Carta Democrática Interamericana y a la Organización de los Estados Americanos.

Parte del discurso populista en ciernes se caracteriza por un ataque ideológico al Poder Judicial, pretendiendo deslegitimarlo por su naturaleza contramayoritaria cuando en tales ataques se esconden las pretensiones hegemónicas de monopolizar el poder y la representación popular a partir del liderazgo del poder ejecutivo.

Una democracia con un poder judicial fuerte es una democracia más fuerte, que ofrece mayores garantías y oportunidades a los ciudadanos. La tradición constitucionalista asigna un papel fuerte a un juez independiente, pero lo refiere al juez como "guardián del derecho", de modo que el derecho es, a su vez, principio y base de su poder.

La nueva versión del "populismo" latinoamericano, no ya como situación transitoria sino como "modelo" que se complementa con liderazgos

⁽²⁹⁾ LACLAU Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, cit.

presidenciales fuertes, tiene a su vez manifestaciones, entre las que se encuentran los “tres demonios” que aquejan al sistema representativo y a la democracia constitucional y que resulta menester considerar y corregir, a saber: el clientelismo; el transfuguismo y el nepotismo.

Autores como Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino³⁰ advierten que en las sociedades modernas las relaciones clientelares han logrado sobrevivir y adaptarse, tanto frente a la administración centralizada como frente a las estructuras de la sociedad política —elecciones, partidos, parlamentos—.

De ese modo, también O’Donnell³¹ ha descripto al clientelismo como un elemento principal, aunque no el único, que conforma una “institución informal, permanente y ubicua” con enorme influencia en la mayoría de las democracias latinoamericanas.

La relación entre “punteros políticos” y “población desprotegida”, en muchos casos, responde a un sistema de subsistencia alimentaria que resulta complejo cuestionar desde el discurso jurídico frente a la situación de extrema vulnerabilidad y profunda pobreza como la que padecen millones de personas.³²

La imposibilidad de cumplir con sus necesidades de un modo compatible con las exigencias de la vida, que le asegure el ejercicio sin trabas de las facultades que le corresponden como individuo, como miembro de la sociedad y como partícipe del gobierno político, atenta contra el ámbito de libertad que es presupuesto necesario para el ejercicio del sufragio.³³

En la Argentina, el caso del diputado electo Eduardo Lorenzo, alias “Borocotó” alcanzó al imaginario popular, de modo que se instituyó un nuevo verbo: “borocotizar” que alcanza a toda persona que se cambia de partido; tal es así que cuando un político cambia abruptamente de lado o de posición se dice que “se borocotizó”.

La valoración de tales conductas también depende, en buena medida, del sistema político en el que se produzcan, toda vez que un sistema parlamentario la exigencia del mandato imperativo como de la “disciplina partidaria”, son mucho mayores, ya que dependerá de la conformación de tales mayorías para formar gobierno, no admitiéndose, en general, los apartamientos a lo expresado por la voluntad popular en la elección.

⁽³⁰⁾ BOBBIO Norberto, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de política*. Siglo Veintiuno Editores, México, 1994.

⁽³¹⁾ O’ DONNELL, Guillermo, *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires, 1997.

⁽³²⁾ DINATALE, Martí, *El festival de la pobreza: El uso político de planes sociales en la Argentina*. Ediciones La Crujía, Buenos Aires, 2004.

⁽³³⁾ FAYT, Carlos S., *Los derechos del hombre y sus garantías constitucionales*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1945.

En tiempos recientes ocurrió en Guatemala, país que contiene una cláusula de inhabilidad del cónyuge para acceder a la primera magistratura, que la esposa del Presidente en ejercicio aspiró al cargo, a cuyo fin la pareja se divorció, circunstancia que dio lugar a una condena por parte del Tribunal Electoral al entender que se configuró un caso de “fraude a la ley”, siendo que la pareja continuaba conviviendo en el Palacio Presidencial quitando así relevancia al acta formal del divorcio en una decisión jurídicamente opinable.

XI. EL DEBATE SOBRE EL PRESIDENCIALISMO

Se ha instalado una polémica acerca de la conveniencia de adoptar el parlamentarismo, en defensa tanto del presidencialismo como de su vinculación con el federalismo. No se trata de un debate nuevo sino que, parafraseando al filósofo italiano Giambattista Vico, reaparece en el “*corsi et ricorsi*” de nuestra historia reciente.

Por más convincentes y razonables que resulten los argumentos esgrimidos, tal debate no debería reducirse a un plano meramente teórico. Si bien es cierto que no hay nada más práctico que una buena teoría, no es menos cierto tampoco que irremediablemente las ideas deberán pasar la prueba de su confronte con la cruda realidad. Es bueno recordar el consejo de Esteban Echeverría en su “Ojeada Retrospectiva” “...*No salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones, tener siempre clavado el ojo de la inteligencia en las entrañas de nuestra sociedad...*”

En el otro extremo, en algunos círculos políticos, la discusión parece alimentarse por el resultado electoral del 28 de junio y una mayor dispersión del poder que llevaría a la necesidad de celebrar acuerdos en el Congreso: la propuesta de un Consejo Económico y Social y la convocatoria presidencial al diálogo político aparecen así, para algunos, como síntomas de una nueva situación o de un nuevo modelo que contrasta con la concentración del poder. Se trata de una “sensación” que en todo caso es muy bienvenida, pero el diálogo y el debate democráticos de ningún modo justifican el cambio del modelo constitucional.

Es que en la Argentina, las situaciones coyunturales o, en su caso, de mediano plazo, suelen ser terreno fértil para tales ensayos; al punto tal que un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha relativamente reciente y en forma pública, ha sugerido tanto la conveniencia de girar hacia el parlamentarismo, como también de adoptar un Tribunal Constitucional que asuma las tareas de “control de constitucionalidad”, en cabeza de la propia Corte y demás tribunales inferiores de la Nación y de las provincias.

Durante la presidencia del Dr. Raúl Alfonsín, tales deliberaciones se daban cita en el denominado “Consejo para la Consolidación de la Democracia”, cuyos *Dictámenes* constituirían la base teórica de la última reforma constitucional ocurrida hace casi quince años. Las hipótesis de laboratorio iban desde el semi-presidencialismo francés, mitigando después hacia el modelo portugués para recaer finalmente en el modelo de la constitución peruana de 1979. A pesar de tantos estudios comparados, el texto de 1994 se conformaría con un umbral más bajo: un Jefe de Gabinete que no sería ni jefe de Gobierno ni Jefe de la Administración, pero podría servir de “fusible” frente a las crisis políticas.

Hemos tenido Jefes de Gabinete fuertes, como lo fueron Eduardo Bauzá en los primeros tiempos de Menem y Christian Colombo durante la presidencia de De la Rúa; pero en general han tenido bajo perfil, colaborando sin hacer sombra a nuestros presidentes, cuando en realidad es de la esencia de un primer ministro “ser” la sombra del presidente y un “*primus inter-pares*” frente los demás ministros.

La constitución no lo diseñó así pero nada impediría que ocurra en la práctica a través de la asignación de funciones.

La preocupación era morigerar los efectos del denominado “*hiper-presidencialismo hegemónico*” y de los “bloqueos” que se producen cuando el Presidente no cuenta con mayorías propias en el Congreso. Algunos politólogos, como Linz y Lipjardt insistían en ese diagnóstico; observando que en la práctica ese déficit se compensaba cuando el presidente de la Nación era al mismo tiempo el jefe del partido mayoritario. Las recomendaciones se inclinaban, entonces, hacia a la adopción de modelos menos “confrontativos” y más “consoasociativos”.

El coordinador del Consejo era Carlos Santiago Nino, un filósofo del derecho de gran reconocimiento internacional, especialmente en las universidades de Oxford y de Yale, quien participaba de largas conversaciones con el presidente, avizorando un escenario plausible: un acuerdo entre los sectores pertenecientes a la “junta coordinadora” radical y el “peronismo renovador” que afirmara la democracia deliberativa. Nino pensaba que si después de la derrota en las segundas elecciones legislativas de 1987, Alfonsín hubiera podido designar a Antonio Cafiero como primer ministro de un gabinete de coalición, hubiera evitado el desgaste padecido hasta finalizar su mandato.

Pero ya se sabe que en esta parte del mundo, bien al sur del continente, la realidad suele superar a la imaginación. En 1987 Carlos Menem se impuso en las elecciones internas del Partido Justicialista y al día siguiente el país amaneció empapelado con su imagen de grandes patillas y el torso cruzado con la banda presidencial. Y si una imagen vale más que mil palabras,

renacía así una tradición presidencialista que se remontaba a Rivadavia, Rosas, Urquiza, Mitre, Roca, Yrigoyen y Perón.

Otro hito relevante fue la crisis de 2001 cuando el Presidente De la Rúa pudo recurrir a la constitución reformada nombrando un jefe de Gabinete opositor. Sin embargo, el Dr. Duhalde fue designado por el Congreso para concluir el mandato bajo el mecanismo de acefalía previsto en el artículo 88 de la constitución histórica. Mientras resonaba el ruido de las cacerolas al grito de *“que se vayan todos”*, de la crisis se salía con *“la vieja política”* y las elecciones presidenciales de 2003 mostraban alta participación. Como en tantos episodios de nuestra historia, la dramática opción entre anarquía y orden marcó el fortalecimiento del poder ejecutivo.

En las entrañas de nuestra historia se esconde la tradición caudillista que Max Weber llamó *“dominación carismática”*. La sanción de la Constitución de 1853 fue un freno y un límite más que la exacerbación de esa tendencia. Alberdi recomendaba darle todo el poder al presidente, pero a través de una Constitución. La limitación más fuerte a ese *“monarca constitucional”* era la imposibilidad de reelección sucesiva que nos prevenía de la llamada crisis del segundo mandato.

Nuestro presidencialismo surgió junto al federalismo diseñado en la Constitución para superar las sangrientas disputas del siglo XIX. El pacto convencional originario presupone que, junto al principio de la soberanía del pueblo, existen también derechos originarios de las provincias provenientes de pactos preexistentes, conservando los poderes que no delegaron expresamente en el gobierno federal.

En cambio, el origen histórico de los sistemas parlamentarios se encuentra más bien en las luchas históricas del Parlamento frente a la Corona, y de las sucesivas concesiones de los monarcas, existiendo una mayor conexión y coordinación entre parlamento y gobierno que en los sistemas presidencialistas. Allí el gobierno se forma por acuerdos en el legislativo y por eso requiere de partidos muy orgánicos con una férrea disciplina partidaria; en cambio entre nosotros, la legitimidad del ejecutivo surge directamente de la elección popular.

El propio gabinete de ministros es una institución que Nicolás Matienzo consideraba de origen parlamentario y que no figura en la constitución estadounidense. Durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear, la importancia de sus ministros daba brillo y sustancia al gobierno; sin embargo en los últimos años hemos asistido a poderes ejecutivos que no realizaron reuniones de gabinete ni cumplieron con la práctica de informar periódicamente al Congreso sobre los asuntos de su cartera, conforme lo manda la constitución vigente.

Por otra parte, la experiencia de haber adoptado algunos instrumentos de los sistemas parlamentarios no resultó muy exitosa, como lo demuestra

el caso de los “decretos de necesidad y urgencia” y de la “delegación legislativa”, que en lugar de contribuir a mitigar el “hiperpresidencialismo”, lo agravaron al trasladar competencias legislativas hacia el Poder Ejecutivo.

En tal sentido, Valenzuela explica que “mientras el hecho de adoptar el parlamentarismo puede parecer convincente para los politólogos, la idea de un cambio de esa envergadura es anatema para la mayoría de los ciudadanos de América Latina. La gran autoridad simbólica atribuida al presidencialismo salta de las páginas de la historia y se extiende en la política de la región como un coloso. Aun si los presidentes democráticos exitosos han sido pocos y muy espaciados, ha habido suficientes leyendas como la de Benito Juárez en México (1861–63; 1867–72) para conservar a América Latina como el continente del presidencialismo *par excellence*. Brasil, único en la región por haber permanecido oficialmente monárquico desde su independencia en 1822 hasta 1889, no aprobó en 1993 un referendo para cambiar hacia el parlamentarismo. La razón decisiva parece haber sido el temor a que deshacerse del presidencialismo le quitara representación vital a los ciudadanos”.³⁴

Si queremos “parlamentarizar” el sistema convendría comenzar por el simple argumento de devolverle su protagonismo al Congreso, como lo alcanza cuando allí se discuten los grandes temas nacionales.

De poco nos servirán las reformas si las mismas sirven a los intereses del poder más que a las necesidades de participación ciudadana. Sería mucho mejor poner nuestro empeño en cumplir con la Constitución y las leyes vigentes. En la Argentina el problema se encuentra más en nuestras prácticas que en la bondad de las normas. Como explicaba Ortega y Gasset, mucho mejor que corregir los abusos es cambiar los usos.

XII. CONSIDERACIONES FINALES

El hiperpresidencialismo argentino, lejos de haberse “atenuado”, se ha incrementado a partir de la reforma constitucional, conforme lo hemos señalado en estas páginas y conforme también lo han analizado los más destacados especialistas en la materia. Así lo destacaba Horacio Rosatti en un trabajo del año 2001, titulado “El Presidencialismo Argentino después de la reforma constitucional”³⁵ en el que todavía mantenía esperanzas en el funcionamiento del Jefe de Gabinete de Ministros. Menos esperanzado fue, en cambio, el análisis publicado por uno de los principales constituyentes de 1994, Alberto García Lema en un importante artículo publicado en “La

⁽³⁴⁾ VALENZUELA, Arturo, *Presidencias latinoamericanas interrumpidas*, cit.

⁽³⁵⁾ ROSATTI, Horacio, *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*. Rubinzal-Culzoni editores, 2001.

Ley” en 2014.³⁶ Por otra parte, el Dr. Alberto B. Bianchi, en un reciente discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires se refiere a “El Poder del Poder Ejecutivo”³⁷ como un fenómeno universal que presenta una problemática particular en la Argentina.

Por nuestra parte, nos remitimos a numerosos trabajos sobre la materia que no han sido desarrollados aquí por razones de espacio.

Entre todos ellos, destacamos el capítulo específico denominado “El Hiperpresidencialismo Hegemónico” que forma parte de nuestra obra “Instituciones de Derecho Político y Constitucional”.³⁸ En efecto, no había espacio para extenderme aquí sobre temas como la potestad reglamentaria o el uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia, temas que damos por afirmados remitiéndonos a otros trabajos.

La segunda consideración es que, conforme a la teoría clásica de Montesquieu, que refiere a los “frenos y contrapesos” del Poder, el acrecentamiento de uno de los poderes debe requerir la reacción y compensación por parte de los otros dos, siendo que en nuestro caso se ha registrado, en la práctica, un debilitamiento del papel del Congreso, asimilado muchas veces a una “escribanía” del Poder Ejecutivo cuando en general solo obtiene resultado favorable en el trámite parlamentario sus iniciativas. En tal sentido, la sanción de la ley que le otorga superpoderes al Poder Ejecutivo es una prueba cabal de esa situación.

En cuanto al Poder Judicial, se ha registrado un ataque ideológico al que ya hicimos referencia, y cuya manifestación más destacada ha sido el conjunto de leyes denominadas “democratización de la justicia”. El Dr. Alberto B. Bianchi también afirmó que existe una “deferencia” de la Corte Suprema para con la política presidencial que se manifiesta a lo largo de toda nuestra historia a partir de 1865 con el fallo “Baldomero Martínez c/ Otero” en el que la Corte legitima lo actuado por el Presidente Mitre como gobernante de facto, doctrina que sería intensamente desarrollada a partir del golpe de estado de 1930 (Fallos 2:127).

En esa línea, y en cuanto al periodo que aquí nos ocupa, el autor señala el amplio apoyo de la Corte a la política de privatizaciones del Presidente Menem, entre los que se destaca el caso “Rodríguez” de 1997 (Fallos 320:2851) y el caso “Grupo Clarín S. A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional” en el que declaró constitucional la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522, dando así un fuerte respaldo a la Presidente Cristina Fernández de Kirchner (Fallos G. 439, XLIX; XLIX y G. 451, XLIX; 29/10/2013).

⁽³⁶⁾ GARCIA LEMA, Alberto, “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, *La Ley* 02/06/2014 Cita Online: AR/DOC/1539/2014.

⁽³⁷⁾ Hemos accedido a ese texto por gentileza de su autor.

⁽³⁸⁾ DALLA VIA, Alberto R., *Instituciones de derecho político y electoral*. Abeledo Perrot, 2013.

La tercera y última consideración final se vincula con la administración de los recursos en un estado federal, de manera que el manejo de la “caja” por parte del jefe del Poder Ejecutivo afecta tanto a la decisión horizontal de los poderes como al federalismo como control “vertical” del poder, actuando de mecanismo informal para disciplinas “aliadas”, tanto en el Congreso Nacional como en las provincias y municipios.

Conforme lo demuestran muchos análisis, la mayor parte de los recursos que integran el Tesoro Nacional son derechos de exportación concentrados en “retenciones” a productos agropecuarios e impuestos directos con el impuesto al cheque concebido como impuesto de emergencia y el impuesto a las ganancias cuya alícuota se ha incrementado al aumentarse el mínimo imponible. Mientras siga incumplida la disposición transitoria 6° que manda dictar una nueva ley de coparticipación federal de impuestos y no se produzca un profundo debate sobre el “federalismo fiscal” se mantendrá esta alteración que no es solo normativa sino también, y muy especialmente, la renuncia de un control real sobre el poder económico en el Estado Federal.

¿ES NECESARIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN? *

Lautaro Ríos Álvarez **

SUMARIO: I. Introducción. II. Ventajas de mantener la constitución de 1980. III. Razones que justifican la elaboración de una constitución democrática. IV. Obstáculos que dificultan la elaboración de una nueva constitución. V Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca en esta V versión de los Encuentros Regionales de Derecho Público —instancia académica que debemos al esfuerzo y la perseverancia del Prof. Hugo Tórtora Aravena— consiste en una pregunta: “¿Es necesaria una nueva Constitución?”.

(*) Discurso Inaugural de los V Encuentros Regionales de Derecho Público organizados por la Universidad Andrés Bello en septiembre de 2012. Este discurso abrió un debate que no ha decaído hasta el presente por dos razones: la primera es que una nueva Constitución figura en el Programa de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet, elegida en 2013. La segunda es que esta inquietud tiene dos posiciones que se enfrentan hasta el día de hoy. Ambos extremos intenté sintetizarlos en esta presentación. En fecha reciente, la Presidenta ha señalado un calendario tentativo para decidir esta cuestión, anuncio que ha hecho revivir una discusión encarnizada que sólo podrá resolver democráticamente una Asamblea Constituyente o, al menos, un referéndum que se pronuncie sobre la proposición que elabore el Congreso Nacional o la Asamblea referida. El fundamento de esta conclusión está en el Art. 5º de la Constitución que declara que “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, etc.”; siendo así que el poder constituyente es de la esencia de la soberanía.

(**) El autor ha sido profesor de Derecho Constitucional Universidad de Valparaíso, Chile y es Profesor Emérito de la misma; Magíster en Derecho Público de la Universidad de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Profesor Extraordinario Visitante Universidad Santo Tomás de Aquino de Tucumán; Primer Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; Miembro Correspondiente de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional.

Esta interrogante genera de inmediato en la ciudadanía dos respuestas contradictorias: Hay quienes estiman que la Constitución vigente se ha legitimado y se ha venido consolidando por su constante aplicación tanto por los órganos de autoridad como por la propia ciudadanía al invocarla en defensa de sus derechos; y que sustituirla por una nueva, cuya fisonomía se desconoce, desestabilizaría toda la institucionalidad que nos organiza como nación.

Hay otros, en cambio, que —considerando su origen espurio, es decir, su falta de generación democrática y, además, que ella representa la prolongación del régimen dictatorial que la dictó— están convencidos de la necesidad imperiosa e ineludible de dictar una nueva Constitución que emane del único poder legitimado para crearla: el depositario de la soberanía nacional, esto es, el poder constituyente originario perteneciente al pueblo.

Como en estas Jornadas tendremos que examinar ambas alternativas para poder contestar la pregunta que nos interpele, analizaremos las ventajas de mantener la Constitución Política de 1980, las razones que justifican el proyecto de una Constitución democrática y los eventuales obstáculos que podrían dificultar esta tarea.

II. VENTAJAS DE MANTENER LA CONSTITUCIÓN DE 1980

1. *Larga preparación.* Entre las fortalezas que se adjudican a la Carta del 80 se señala que ella fue el fruto del estudio más intenso y prolongado en toda la historia constitucional de la República. Este estudio, a corta distancia de producido el golpe militar, fue encomendado a tres instancias sucesivas: la primera, esencialmente académica, fue la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (C. E. N. C.), también conocida como “Comisión Ortúzar”;¹ vino luego su revisión por una instancia político-gremial, el Consejo de Estado; encargándose su afinamiento final, en forma previa a su aprobación por el órgano que detentaba el poder constituyente, a una Comisión especialmente designada para ello. Sólo después de este proceso de estudio y decantación, el Presidente y la Junta de Gobierno procedieron a aprobarla por la unanimidad de sus miembros, sometiéndola posteriormente a su ratificación plebiscitaria.

Se afirma que nunca un Proyecto de Constitución fue estudiado con tanta prolijidad y esmero, a través de 417 sesiones de trabajo de la Comisión

⁽¹⁾ La Comisión de Estudio fue creada oficialmente por D.S. N° 1.064 de Justicia, D.O. de 12-XI-1973; pero ella había iniciado su trabajo el 24-IX-1973 y el 26 del mismo mes había elaborado las “Metas Fundamentales de la Nueva Constitución”.

Ortúzar, la que funcionó durante 5 años, entre 1973 y 1978; prosiguió este estudio mediante 57 sesiones plenarias del Consejo de Estado, sin contar las sesiones de Comisión y las 150 indicaciones recibidas de distintos sectores de la ciudadanía, en que se emplearon 20 meses de labor. El anteproyecto final fue revisado por la Comisión Especial referida; por todo lo cual, el proceso de su gestación se prolongó por un lapso de siete años.

Se concluye que sería insensato privar de efectos a una Constitución que contó con tan ilustres colaboradores, significó tanto esfuerzo intelectual y tantos sacrificios y contó —gracias a ello— con la estimación pública manifestada en su aprobación plebiscitaria.²

2. *Sólida estructura.* Los órganos intervinientes en la elaboración de la Carta de 1980 tuvieron a la vista numerosas Constituciones democráticas dictadas —algunas de ellas— con cercanía cronológica a la nuestra. Así, consideraron la Constitución portuguesa de 1976, la Carta española de 1978, la Constitución francesa de 1958, el Código Político italiano de 1947 y la Grundgesetz alemana de 1949, entre otras.

La Constitución del 80 adoptó una estructura en que se mezcla la tradición constitucional chilena —especialmente las Cartas de 1833 y de 1925— y el importante aporte del neoconstitucionalismo que privilegia a la persona como centro de imputación del derecho público, en sustitución del Estado, y enaltece su dignidad como cualidad definitoria de su trascendencia y como fuente de los derechos fundamentales que el Estado no otorga sino sólo reconoce. Además, estableció las “Bases de la Institucionalidad” en su primer capítulo, las que operan como los cimientos de todo el edificio constitucional.

Bastaría examinar los sucesivos capítulos de la Constitución del 80 para advertir la sólida estructura dogmática e institucional que la caracteriza y que no debiéramos desperdiciar.

3. *Legitimación subsiguiente.* Se sostiene que aún cuando la Carta del 80 hubiese tenido un origen ilegítimo —que no lo habría tenido gracias al plebiscito que la ratificó— ella fue legitimada de varias maneras antes y durante los gobiernos democráticos que sucedieron al Régimen Militar.

La primera muestra de su legitimación consistiría en que, tanto el gobierno que le dio origen como las fuerzas políticas opositoras a él, asumieron el compromiso tácito de someterse tanto a las reglas —establecidas en las Disposiciones Transitorias— como a los resultados del Plebiscito de 1988, celebrado con la participación de todas las fuerzas políticas existentes a esa fecha, en un proceso controlado —además— por el Tribunal Calificador de Elecciones, vigente y operante en dicho plebiscito. Este

⁽²⁾ El plebiscito de 1980 arrojó una aprobación del 67,04 % (sumados a ella los votos en blanco) y un rechazo del 30,19%.

sometimiento a la Carta de 1980, cumplido por ambas partes, constituiría otra forma de legitimación de dicha Carta.

4. *Legitimación por su aplicación en la generación de las autoridades.* Ella consiste en que, a partir de las elecciones presidencial y parlamentarias posteriores al triunfo del NO en 1988, la elección de todas las autoridades así como los actos electorales que dieron a éstas legitimidad democrática, se ciñeron a las normas de la Constitución; de tal manera que, desconocerla, sería desconocer el título en que se funda la investidura legítima de quienes fueron y son nuestros gobernantes, nuestros legisladores e —indirectamente— nuestros jueces.

5. *Legitimidad por el reconocimiento y protección de la Constitución a los derechos fundamentales.* Las autoridades constituidas a su amparo han brindado protección a la ciudadanía y ésta ha venido ejercitando los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de 1980 y resguardados por las acciones constitucionales establecidas en ella.

Reclamar el amparo de la Constitución en el ejercicio de los derechos reconocidos en ella supone y requiere el reconocimiento de la legitimidad de la Constitución que es la fuente de los derechos cuyo respeto se invoca.

6. *Reconocimiento y aplicación de la Constitución tanto en el proceso legislativo como en las reformas constitucionales.* Una forma específica de legitimación de la Carta de 1980 es la aplicación que ha venido haciendo —durante más de dos décadas— el legislador democrático, tanto de la forma de generar la ley como de las materias de dominio legal que ha venido desarrollando en el proceso legislativo.

Lo mismo ha venido ocurriendo en las numerosas reformas introducidas a la Constitución una vez restablecida la democracia. Ellas se han aprobado en conformidad a las normas constitucionales contenidas en ella.

Si se desconociera la legitimidad de la Constitución habría que anular toda la legislación establecida bajo sus normas, así como todas las reformas constitucionales que la han perfeccionado.

7. *Reconocimiento por su aplicación jurisdiccional.* Todos los tribunales chilenos, es decir, los tribunales ordinarios unipersonales, los tribunales superiores de justicia, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y todos los tribunales especiales, han venido aplicando en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones, durante más de dos décadas, las normas de la Constitución vigente así como la legislación dictada en conformidad a ella. Tanto estos tribunales como los sujetos —de carácter público o privado— que recurren a ellos han reconocido implícitamente la vigencia y validez de la Constitución y de las leyes que han invocado al ejercer las acciones judiciales respectivas.

Carecería de congruencia invocar la Constitución y las leyes para obtener la tutela judicial de un derecho y luego desconocer la validez de la fuente invocada.

8. *Reconocimiento por la enseñanza del derecho constitucional.* Los profesores que imparten esta disciplina enseñan —entre otras materias afines— los principios y normas de la Constitución vigente. Cambiar la Constitución sería echar por tierra la enseñanza profesada a varias generaciones de estudiantes, de abogados y jueces, provocando en ellos una completa incertidumbre acerca de las nociones constitucionales aprendidas en la cátedra.

9. *Existencia de una jurisprudencia sistematizada de las normas de la Constitución.* La aplicación jurisdiccional de las normas constitucionales ha generado una rica jurisprudencia de su normativa más importante. Esta jurisprudencia ha sido sistematizada por diferentes catálogos como son —a modo de ejemplo— la colección de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus índices, la compulsada por la Revista de Derecho y Jurisprudencia, por la Gaceta Jurídica, por la Revista Fallos del Mes y por diversas obras especializadas que han catalogado esta jurisprudencia por artículos o por materias.

Elaborar los catálogos de jurisprudencia, sistematizarlos y aplicarlos cuando viene al caso es una tarea gigantesca que se desperdiciaría inútilmente si se cambia la Constitución.

10. *Existencia de estudios doctrinales y pedagógicos acerca de la Constitución de 1980.* A partir de la vigencia de la Constitución —e inclusive desde antes— se han venido desarrollando diversas clases de estudios sobre ella.

Tales estudios abarcan su génesis histórica, sus bases políticas, los principios constitucionales, los valores que ella encarna y finalmente las materias comprendidas en los sucesivos capítulos de la Constitución. Sólo por poner un ejemplo, entre muchos otros destacables, cabe citar los XIII Tomos del Tratado de Derecho Constitucional emprendidos por el Profesor Alejandro Silva Bascuñán. Pues bien, todos estos estudios quedarían obsoletos si se cambiara la Constitución que ellos explican, complementan y desarrollan.

11. *Posibilidad abierta de perfeccionar la Constitución vigente.* Todas las razones anteriores que abogan por la preservación de la Carta de 1980 no obstan a las modificaciones, adaptaciones y reformas que decida introducir el Poder Constituyente derivado conforme a las normas previstas para ello por la propia Constitución, como ha venido ocurriendo pacíficamente hasta ahora.

No sería necesaria una nueva Constitución para perfeccionar la vigente.

III. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA ELABORACIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

1. Naturaleza del tránsito de la Constitución de 1925 a la de 1980

La Carta Fundamental de 1925 consultaba, en su capítulo X, el órgano, el procedimiento, y el quórum necesario para su reforma. Ninguno de estos requisitos esenciales fue respetado al originar la Constitución de 1980.

1. *Incompetencia del órgano y nulidad de su actuación.* La Carta del 80, en lugar de ser aprobada por ambas Cámaras, por el Congreso Pleno y por el Presidente de la República como prescribía la Carta de 1925, fue sancionada por un órgano espurio —el Gobierno Militar— que no sólo carecía de la autoridad y competencia para dictarla, conforme al Art. 4º de la CPR de 1925, sino que además había incurrido en el delito de sedición previsto en el Art. 3º de ésta y en el Art. 121 del Código Penal.

De consiguiente, por expresa disposición de la oración final del Art. 4º de la Constitución de 1925 —que los Comandantes en Jefe de las FF. AA. y el General Director de Carabineros juraron respetar— la Carta de 1980 es absolutamente nula por incompetencia del órgano que la dictó, por la forma irregular en que fue elaborada y por el carácter antijurídico y sedicioso de la Junta de Gobierno (Arts. 3º y 4º – CPR. de 1925).

2. *Carácter inconstitucional del procedimiento que dio origen a la Carta del 80.* La Constitución de 1925, en sus Arts. 108 al 110, señalaba un procedimiento perfectamente acotado en que intervenían las dos Cámaras legislativas, su reunión en un Congreso Pleno, la aprobación o las observaciones del Presidente de la República y la eventual consulta a la ciudadanía mediante un plebiscito cuando un proyecto de reforma constitucional presentado por éste fuera rechazado totalmente por el Congreso o cuando éste hubiera rechazado total o parcialmente las observaciones que aquél hubiera formulado al texto aprobado por el Congreso.

El procedimiento seguido por la Junta de Gobierno Militar fue autoinstituirse en poder constituyente originario³ —bajo el pretexto de la refundación de la República— tomando las medidas necesarias para llegar al resultado, previsto de antemano, de la supuesta ratificación plebiscitaria del proyecto aprobado por aquél. Para lograr este designio se tomaron todas las medidas adecuadas, incluida la ausencia de un padrón electoral, el control de las mesas receptoras de sufragio y la inexistencia de un Tribunal Calificador de Elecciones que había sido disuelto.

En estas circunstancias, la Constitución así aprobada es también absolutamente nula por vicios esenciales del procedimiento utilizado y por

⁽³⁾ Ver Arts. 1º y 3º del D.L. Nº 128 (D.O. de 16-XI-1973) y Arts. 1º, 4º y 7º del D.L. Nº 527 (D.O. de 26-VI-1974).

contravenir las normas expresamente establecidas en la Carta de 1925 acerca de su reforma.

3. *Ausencia de debate democrático.* La reforma de la Constitución y, particularmente, el establecimiento de una nueva Carta Fundamental, requiere esencialmente de un debate entre todas las corrientes democráticas y un acotado control de las decisiones que se adopten.

A este objetivo esencial se dirigía, tanto el debate de la reforma en cada Cámara como el quórum de aprobación de las modificaciones propuestas, así como el trámite y la aprobación del Congreso Pleno y la sanción final del Presidente de la República, con todas sus variables, incluida la eventualidad de un plebiscito.

Todo este debate fue burdamente sustituido por el voto conforme de los cuatro miembros de la Junta de Gobierno más el voto del autoinstituido Presidente de la República. La falta de esta deliberación —esencial en una reforma democrática— contribuyen a viciar de nulidad el resultado toda vez que éste se obtuvo mediante la infracción radical de las normas previstas para este efecto en la Carta de 1925.

Por consiguiente, la Carta de 1980 naufraga en la más absoluta nulidad de derecho público por la falta de competencia de sus órganos generadores, por la falta de observancia del proceso establecido para reformar la Constitución en la Carta de 1925 y por la falta del debate democrático indispensable para legitimarla.⁴

2. Forma en que la Constitución de 1980 se nos impuso

La Carta del 80 fue estudiada por un sector de la ciudadanía adicto al Régimen Militar, con absoluta prescindencia de la opinión del resto de los chilenos. Se intentó darle apariencia democrática mediante una consulta plebiscitaria que adoleció de numerosas irregularidades: La votación se efectuó sin los registros electorales, que habían sido destruidos; las mesas receptoras de sufragios fueron designadas por los Alcaldes nombrados por el Régimen Militar y estaban compuestas solo por personas de la absoluta confianza de éste; el recuento de los votos se hizo sin apoderados de los opositores al texto aprobado por el Gobierno y sin que nadie pudiera constatar la autenticidad del recuento de los sufragios emitidos.

Cuando personeros calificados de la oposición quisieron denunciar las numerosas irregularidades cometidas, tanto en la votación como en el conteo de los votos, se estrellaron contra la falta de competencia de la Comisión Escrutadora para resolver cualquiera reclamación en contra del proceso.

⁽⁴⁾ Ver nuestra Ponencia "Razón y Fuerza en la Constitución de 1980", presentada en las XIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, celebradas en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile el 23-25 de noviembre de 1988. Publicada en la *Revista Chilena de Derecho* de la Fac. de Derecho de la misma Universidad, Vol.16, N° 2, 1989, págs. 325 y ss.

En estas circunstancias, la Carta de 1980 se nos impuso por la fuerza del gobierno de facto que dirigía el país, sin posibilidad alguna de participar en su elaboración, lo que es incompatible con el espíritu republicano y democrático.

3. Necesidad de que un país democrático se rija por una Carta democrática

Resulta sorprendente constatar que, después de incurrir en los graves vicios antidemocráticos que hemos descrito, la Constitución de 1980 proclame, en su Art. 4º, que “Chile es una República democrática”.

Sólo es “República democrática” aquella que acoge en igualdad de condiciones a todos sus miembros; es decir, que pertenece a todos (*res publica*) y que —por ende— no ha excluido ni desterrado a nadie para constituirse y que, además, ha dictado sus normas de convivencia mediante decisiones consensuadas entre los representantes de todos.

Siendo así que los chilenos nos miramos y somos mirados desde el extranjero como un pueblo de raíces y de convicción democrática, resulta inconcebible —por no decir vergonzoso— que en doscientos años de vida independiente no hayamos sido capaces de darnos siquiera una sola Constitución generada democráticamente.

No es el justificado repudio a la Constitución de 1980, ni a la forma en que ella fue elaborada, ni a la manera en que se nos impuso, ni a los contenidos autoritarios que subsisten en ella, lo que justifica el anhelo de elaborar una nueva Constitución. Es la necesidad que nace desde lo más profundo de nuestras raíces democráticas lo que nos impulsa a hacer realidad este sueño insatisfecho.

Se ha dicho recientemente en el Editorial de un diario de circulación nacional que nuestro mundo político estaría afectado por “la tentación del asambleísmo plebiscitario”. Y se ha justificado este decir porque “Tras el asambleísmo se esconde casi siempre la voluntad de imponer a una parte del país una decisión para la cual no existe consenso; por eso, se trata de una estrategia radicalmente antidemocrática”.⁵ Parece no haberse percatado el editorialista de que lo que afirma en el párrafo anterior es precisamente lo que hizo la Constitución de 1980 —imponer al país una decisión para la cual no existía consenso— y es lo que las asambleas democráticamente elegidas tratan de evitar.

Nunca debe olvidarse que fueron las Asambleas Constituyentes las que dieron nacimiento a las democracias de Occidente.

Las Constituciones del medioevo —y hasta comienzos del s. XIX— eran Cartas “otorgadas” por los monarcas absolutos. Así nació la célebre *Magna Carta Libertatis* concedida a los nobles en 1215 por Juan I de Inglaterra. Así

⁽⁵⁾ Ver Editorial de *El Mercurio* de Santiago del martes 21 de agosto de 2012, pg. A-3.

también Luis XVIII proclamó ante los franceses: “Concedemos y otorgamos a nuestros súbditos en nuestro nombre y en el de nuestros sucesores...” la Constitución del año 1814.

En cambio, la venerable Constitución norteamericana de 1787 comienza diciendo: “*Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos la presente Constitución...*” En Francia, los Estados Generales, transformados en Asamblea Constituyente, dieron nacimiento a su primera Carta de 1791.

Fue Emmanuel Sieyès quien concibió la idea del *Poder Constituyente*, para diferenciarlo del *Poder Legislativo*.⁶ Dice el Prof. Alejandro Silva Bascuñán que “Se denomina Poder Constituyente la facultad que tiene todo cuerpo político de establecer su propia Ley Fundamental”.⁷ Este poder radica en el depositario de la Soberanía, que es el pueblo.

Muchos países de la América Latina se han dado una nueva Constitución originada en una Asamblea Constituyente. No sólo es el caso de Venezuela, de Ecuador o de Bolivia, que algunos señalan —inapropiadamente— como nacidas de gobiernos populistas. También vio la luz, en una Asamblea Nacional Constituyente, el Código Político de Costa Rica de 1949. La Constitución Política del Perú de 1979 tuvo su origen en una Asamblea Nacional Constituyente. Así nació también la Ley Fundamental de Colombia de 1991, por determinación de una Asamblea Nacional Constituyente. Una Convención Nacional Constituyente aprobó, en 1992, la Constitución de Paraguay. La Carta de Venezuela de 1999 se elaboró, en ejercicio del Poder Constituyente originario, otorgado por el pueblo a la Asamblea Nacional Constituyente. Lo mismo ocurrió con la Constitución de Ecuador, elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, en Montecristi, entre los años 2007 y 2008 y aprobada por referéndum del 28-IX-2008. También la Nueva Constitución de Bolivia de 2009 fue aprobada en Sucre por una Asamblea Constituyente en 2007 y luego ratificada por el referéndum popular de 21-X-2008.

Y si estos pueblos han sabido reconocer la insuficiencia de las Constituciones por las cuales se regían para resolver sus problemas ancestrales así como los nuevos requerimientos de un mundo en constante evolución, no vemos por qué nosotros, con nuestra madurez democrática, con la sabiduría que caracteriza a nuestro pueblo para distinguir lo esencial de lo prescindible, y con la vocación por participar en nuestro destino que se ha venido despertando vigorosamente, tanto a raíz de nuestros progresos como de nuestros retrasos, no seamos capaces de darnos una Constitución a la medida de nuestro nivel cultural, de nuestras aspiraciones, de nuestros recursos, y de nuestras posibilidades.

⁶ SIEYÈS, Emmanuel: *¿Qué es el Estado Llano?*, Instituto de Estudios Políticos (traducción de José Rico), Madrid, 1950, págs. 147-148.

⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., 1997, T. I, pg. 99.

4. Necesidad de desbaratar todos los enclaves autoritarios que aceptamos por la fuerza y que debemos eliminar por la razón

Se ha dicho que la Constitución de 1980 es una camisa de fuerza que nos impuso la dictadura militar para cumplir su designio de establecer en Chile su modelo de “democracia protegida”, de tal manera que se nos hiciera casi imposible modificarla. “De esta Constitución no se moverá ni una coma”, había pronosticado su principal artífice, el General Augusto Pinochet.

Para lograr este propósito, la Carta instituyó, como poder fiscalizador de la observancia de la Constitución, al Consejo de Seguridad Nacional (Capítulo XI) —conformado mayoritariamente por los Comandantes en Jefe de las FF. AA. y el General Director de Carabineros— el que, además, podía designar a cuatro senadores (Art. 45.d) y a dos miembros del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su intervención decisiva en la declaratoria de todos los estados de excepción constitucional. La Carta estableció como normas de desarrollo de las materias claves de la Constitución las leyes orgánicas constitucionales que requerían, para ser modificadas o derogadas, el quórum de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio. La Junta de Gobierno se esmeró en dictar, hasta un día antes de la entrega del poder, la casi totalidad de estas leyes de amarre. Y así dejó atado al Congreso no sólo por la ignominiosa institución de los senadores vitalicios y designados,⁸ que componían alrededor del 30% del Senado (Art. 45), sino también por la virtual imposibilidad de alcanzar el quórum necesario para modificar o derogar dichas leyes que atraviesan de punta a cabo la Carta del 80. La conformación de las circunscripciones y los distritos electorales —calcados sobre el mapa electoral que reveló el plebiscito de 1988— el sistema electoral binominal, las odiosas restricciones a los derechos fundamentales y a su defensa en los Estados de Excepción,⁹ son otras de las numerosas ataduras que heredó nuestro sistema constitucional del Régimen Militar. Su afán de control de todo el poder no sólo se revela en la disminución del poder del Congreso y su intervención aguda en su generación sino hasta en medidas absurdas, como la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados —prevista en el Art. 32 N^o 5^o— la que no se condice con el régimen presidencial.¹⁰

⁽⁸⁾ Esta institución espuria hizo decir al ex Senador Francisco Bulnes Sanfuentes: “Creo que un Senado mutilado, como el que nos ofrece la Constitución del 80, nos expondrá a un autoritarismo sin freno, a una verdadera dictadura legal”: “El Senado en las Constituciones de 1925 y 1980”. *Discurso de incorporación a la Academia Chilena de Ciencias Sociales*, Edit. Universitaria, Stgo. 1986, pg. 27.

⁽⁹⁾ Ver el Art. 41 de la C.P.R. original, especialmente sus numerales 3^o y 7^o.

⁽¹⁰⁾ Ver nuestra Ponencia “Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática”, presentada en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en noviembre de 1987 en la Universidad de Concepción y publicada aparte en la Revista de Derecho N^o 183 de 1988, de dicha Universidad.

Es cierto que algunos de estos enclaves autoritarios fueron morigerados en la reforma constitucional de 1989 y otros desaparecieron con las modificaciones introducidas a la Carta del año 2005. Pero quedan importantes vestigios de la “democracia encamisada” que nos legó el Régimen Militar, los que ahogan la democracia auténtica que deseamos y merecemos y nos impiden abrir los cauces de la participación política, elegir a nuestras autoridades conforme a un sistema representativo y proporcional de las diversas corrientes de opinión y sentirnos libres de ataduras que resultan insoportables después de transcurridos 24 años desde el grito libertario que nos restituyó algún vestigio de democracia.

5. El poder electoral y la forma de ejercerlo en democracia

Ha dicho Georges Burdeau que el Cuerpo Electoral es “El primero de los poderes”. Ha señalado que “En el mecanismo de la Constitución de 1958 *el cuerpo electoral constituye el órgano más importante del Estado*”. Y ha justificado su apreciación añadiendo que “Si todos los demás poderes parecen colocados sobre éste (citando a Ortolán: “De la souveraineté du peuple”, 1848) es porque éste los sostiene a todos”.¹¹

Entre nosotros, don Jorge Huneeus había recalcado —a fines del s. XIX— que el Poder Electoral (es) “*el primero y el más importante de todos*, puesto que designa a las personas llamadas a desempeñar el Poder Legislativo, al Jefe del Ejecutivo y a los Municipales. Designa igualmente a aquellas que ejercen el Poder Constituyente... etc.”.¹²

Poca importancia se ha dado entre nosotros al cuerpo electoral, llamado a ejercer la soberanía en nombre de la Nación. El Gobierno Militar lo excluyó absolutamente de la vida política. Actualmente, a raíz de la conversión del sufragio obligatorio en voto voluntario, su trascendencia se ha visto degradada. Se convoca a elecciones, sufragan los que quieren hacerlo y luego el cuerpo electoral queda relegado en el desván hasta la próxima elección.

El cuerpo electoral no es considerado para ejercer el referéndum ni en la aprobación de ciertas leyes de trascendencia para el futuro de la Nación ni para sancionar las reformas que se introducen en la Constitución.

El plebiscito nacional —con carácter vinculante— sólo es considerado como un trámite marginal en el proceso de reforma de la Constitución, en el caso excepcional contemplado en el inc. 4º del Art. 128 de la Carta; sin perjuicio de los plebiscitos de nivel comunal que consulta el inc. 5º de su Art. 118.

⁽¹¹⁾ BURDEAU, Georges: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Traducción de Ramón Falcón Tello), Edit. Nacional, Madrid, 1981, pg. 593.

⁽¹²⁾ HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Imp. Cervantes, Stgo., 1890, T. I, pg. 66.

De la iniciativa popular legislativa, es decir, en la elaboración de las leyes, no existen vestigios siendo así que ella es particularmente necesaria para llenar lagunas legales o mandatos del constituyente que a veces resultan incumplidos por el legislador. Tampoco es necesario abundar en la inexistencia de la iniciativa popular constituyente, sea para la reforma o para el cambio de la Constitución, o la aprobación de tratados internacionales de especial relevancia para el futuro del país, como se consulta —a modo de ejemplo— en la Constitución Federal de Suiza.¹³

Las naciones, al delegar el ejercicio de su soberanía en autoridades elegidas por ellas, no están condenadas a soportar su ineficiencia o su descrédito por todo el período que dura su mandato. Para remediar tales equivocaciones existe la revocación de éste mediante la institución del *recall*, tal como se aplica en algunos Estados de Norteamérica y en Suiza donde tiene vigencia en Berna y en Argovia. También se aplica en el Perú conforme al Art. 31 de su Constitución. Sería oportuno instituir la remoción popular de las autoridades indeseables en una nueva Constitución.

Resulta curioso que teniendo Chile un *índice de democratización* que sitúa a nuestro país en el quinto lugar, a continuación de Canadá, Inglaterra, EE. UU. y Suiza, pero antecediendo a naciones como Francia, Italia y Alemania,¹⁴ no hayamos sido capaces todavía de incorporar progresivamente la participación política de la ciudadanía en nuestras instituciones constitucionales. Ella debe adquirir especial relevancia en una nueva Constitución.

6. La inserción de Chile en el mundo y, especialmente, en Latinoamérica. La delegación de soberanía

La Constitución de 1980 concibe a Chile como una Nación aislada del resto del mundo, sin ninguna referencia al derecho internacional como fuente jurídica, sin ninguna apertura a la comunidad latinoamericana o suramericana de naciones, sin expresión de una voluntad de incorporarse a ella y con escasas referencias a los tratados internacionales que vinculan a Chile con el resto del mundo.¹⁵

Vemos cómo, en el panorama internacional, los países se han ido integrando en grandes uniones o comunidades de Estados — como la Unión Europea, la Unión de Estados Sudafricanos, la Asociación de Estados del Sudeste Asiático— que tienen como objetivo unir sus recursos y su poder

⁽¹³⁾ Ver, al efecto, los Arts. 138 al 142 de la Constitución Federal de Suiza de 1999.

⁽¹⁴⁾ Ver Gutiérrez Olivos, Sergio, *Discurso de recepción a don Francisco Bulnes Sanfuentes a la Academia Chilena de Ciencias Sociales*, Ed. Universitaria, Stgo., 1986, págs. 35–36.

⁽¹⁵⁾ Ver nuestra Ponencia conjunta con el Prof. Manuel Núñez Poblete: “Chile, una Constitución insular” en XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público: *Revista Chilena de Derecho*, P.U.C.CH., N° especial, 1998, pg. 229–236.

político para mejorar su influencia económica y la calidad de vida de sus miembros. América Latina no ha sido ajena a estos movimientos y hemos podido asistir a la creación de la OEA (Organización de los Estados Americanos), de la Comunidad Andina, del CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), del MERCOSUR, de UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) y la Alianza del Pacífico (Chile, Perú, Colombia y México) creada en diciembre de 2011.

Para dar vida a estas organizaciones no basta con crearlas en el papel sino que es necesario dinamizarlas a partir de la voluntad real de los pueblos que las componen, de las acciones de los organismos creados para materializar sus fines y de la incorporación de esa voluntad a las respectivas Constituciones Políticas.

En América Latina, las Cartas de Brasil (Art. 4º, párrafo final), de Colombia (Art. 9º, inc. 2º), de Argentina (Art. 75, Nº 24), de Venezuela (Art. 153º), de Perú (Art. 44º, inc. 2º), de Uruguay (Art. 6º, inc. 2º), de Ecuador (Art. 4º), de Paraguay (Art. 145) y de Bolivia (Art. 265º), promueven vigorosamente la integración de los pueblos de América Latina con la visión de crear una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

La Constitución de la República Argentina va más allá: otorga al Congreso la facultad de “Aprobar tratados de integración que *deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos*. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes” (Art. 75, Nº 24).

En Chile, para poder reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional aprobada por el tratado de Roma de 17-VII-1998, se tuvo que recurrir al curioso mecanismo de introducir la Disposición Transitoria Vigésimo Cuarta a la Constitución vigente.

Hemos sostenido que la única manera de poner término a la inferioridad económica de América Latina —proveedora de materias primas al resto del mundo e importadora de tecnología y productos elaborados en el exterior— y de superar las absurdas y desgastadoras rencillas que nos separan —contendias fronterizas, carrera armamentista, desigualdades económicas y culturales inconcebibles— sería la creación de un gran Estado Suramericano asentado sobre un rico territorio de 17'800,000 km²., con una población de 400 millones de habitantes y con un PIB estimado, en el año 2011, en más de cuatro billones de dólares.¹⁶

¹⁶ Ver Ponencia sobre “Bases Fundamentales para una Constitución Política de los Estados de América del Sur” presentada al Congreso Internacional organizado por la Universidad de Valparaíso (junio de 2011) para celebrar el Centenario de la fundación de la Escuela de Derecho (publicación pendiente).

Para crear esa Federación de Estados es necesario que la voluntad política de sellar la unión entre todos los pueblos de Suramérica esté manifestada en las respectivas Cartas Fundamentales, como ya ocurre con la mayoría de ellas pero con la exclusión de Chile y de otros países del área. Sería necesario también que las Constituciones Políticas de estos países consideraran — como ocurre en el caso argentino — dar facultad al Poder Legislativo para aprobar tratados de integración regional que contemplen la delegación de competencias y de jurisdicción a las organizaciones supraestatales que deban crearse. Con todo, lo más importante es despertar la conciencia de todos nuestros pueblos acerca de la conveniencia de encarar unidos nuestro destino continental.

En la nueva Constitución deberá considerarse al Derecho Internacional como una fuente de nuestro derecho interno; completar la regulación de los tratados internacionales y su jerarquía en el sistema de fuentes; esclarecer el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos; conectar a Chile con el resto de América y comprometerlo con el destino de ésta. En resumen, abrir a Chile políticamente hacia el mundo que le circunda y no mantenerlo como si fuese una isla dentro del continente.

IV. OBSTÁCULOS QUE DIFICULTAN LA ELABORACIÓN DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

1. Falta de interés de la población en cambiar la Constitución

Se ha venido repitiendo, majaderamente, que entre las necesidades y aspiraciones que motivan a la población chilena, no se encuentra el cambio constitucional. Que hay problemas mucho más acuciantes que la preocupan, como el desempleo, las falencias en salud, el déficit de viviendas, la baja calidad de la educación, el aumento de la delincuencia y la inseguridad personal reinante.

Sin desconocer la evidente preocupación por estos asuntos, cabe señalar que se trata de problemas inmediatos o de corto plazo; la elaboración de una nueva Constitución es una perspectiva proyectable a varias décadas, es decir, de una visión a largo plazo que no es incompatible con la necesidad de subsanar los problemas inmediatos.

No obstante lo dicho, preciso es recalcar que la opción por una nueva Constitución no está ausente ni es ajena a la inquietud pública. A fines del año 2009 el Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales (ICSO) de la Universidad Diego Portales organizó una minuciosa encuesta acerca de

este tema.¹⁷ En los rubros: “Opinión sobre nueva Constitución”, “Relevancia del debate constitucional” y “Legitimidad de la Constitución del 80 y sus reformas”, los resultados se indican en los cuadros siguientes:

| Opinión sobre nueva Constitución | De acuerdo / Muy de acuerdo | En desacuerdo / Muy desacuerdo | NS/NC |
|--|-----------------------------|--------------------------------|-------|
| Una democracia requiere que la ciudadanía pueda ratificar una Constitución. | 85 % | 9 % | 6 % |
| Chile requiere de una nueva Constitución aprobada democráticamente por la voluntad de la ciudadanía. | 61 % | 39 % | - |
| En su opinión personal ¿sería pertinente o adecuado establecer una nueva Constitución en Chile? | Sí 59 % | No 41 % | - |

| Relevancia del debate constitucional | De acuerdo / Muy de acuerdo | En desacuerdo / Muy desacuerdo | NS/NC |
|--|-----------------------------|--------------------------------|-------|
| Existen otras prioridades más relevantes que la de establecer una nueva Constitución para Chile. | 55 % | 45 % | - |
| El debate constitucional es un tema irrelevante para la opinión pública. | 50 % | 48 % | 2 % |
| A la gente común no le interesa el tema de la Constitución. | 46 % | 48 % | 6 % |
| Una nueva Constitución permitiría reducir la brecha entre la población y el sistema político. | 57 % | 37 % | 6 % |
| No existe el consenso político suficiente para abordar el tema constitucional en el país. | 46 % | 48 % | 6% |

⁽¹⁷⁾ Ver sus resultados al final del artículo “Elites, opinión pública y cambio constitucional” de don Claudio Fuentes, Director del ICSCO, en FUENTES, Claudio, *En nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Ed. Böll Cono Sur, Imp. Salesianos, Santiago, 2010, págs. 45–84.

| Legitimidad de Constitución del 80 y sus reformas | De acuerdo | En desacuerdo | NS/NC |
|--|------------|---------------|-------|
| Las reformas a la Constitución en 1989 y 2005 eliminaron su carácter de antidemocrática. | 39 % | 52 % | 9 % |

Finalmente, en la importante materia de los mecanismos para promover una nueva Constitución, los resultados fueron los siguientes:

| Mecanismos consultados | De acuerdo | En desacuerdo | NS/NC |
|--|------------|---------------|-------|
| Reformas parciales en el Congreso. | 36 % | 59 % | 5 % |
| Reforma en el Congreso para permitir referéndum. | 41 % | 54 % | 5 % |
| Comisión presidencial que discuta el tema. | 25 % | 67 % | 8 % |
| Consulta ciudadana no vinculante. | 38 % | 57 % | 5 % |
| Convocatoria a Asamblea Constituyente. | 52 % | 41 % | 7 % |

De los resultados del primer cuadro se deduce que una notoria mayoría concuerda en que sería pertinente o adecuado establecer una nueva Constitución en Chile.

Del segundo cuadro se desprende que, si bien existen otras prioridades más relevantes, un alto porcentaje de los consultados estima que es de interés establecer una nueva Constitución y que el debate constitucional es un tema relevante.

Del tercer cuadro se infiere que existe un acuerdo mayoritario en que las reformas hechas a la Carta de 1980 no eliminaron su carácter antidemocrático.

Y del último cuadro puede concluirse que, entre los mecanismos consultados para promover una nueva Constitución tiene el más amplio respaldo la convocatoria a una asamblea constituyente.

Por todo lo cual cabe colegir que no es verdad el rumor divulgado por la prensa consistente en la falta de interés de la ciudadanía en el cambio constitucional. La encuesta del ICSO demuestra lo contrario.

2. Falta de interés del mundo político en el cambio constitucional

Es cierto que la clase política, generalmente, está mucho más preocupada de la coyuntura cotidiana que del futuro político del país.

Sin embargo, en ocasiones relevantes para la marcha del Estado — como son los cambios de gobierno — afloran preocupaciones trascendentes como es la que protagoniza este encuentro académico.

No debe olvidarse que, en la última elección presidencial, tres de las cuatro candidaturas al gobierno del país, plantearan en sus programas el cambio de la Constitución. Así lo hicieron, en efecto, los candidatos Sres. Eduardo Frei Ruíz-Tagle, Jorge Arrate Mac-Niven, y Marco Enríquez-Ominami Gumucio.

Ahora bien, si la mayoría de los consultados en la encuesta parcialmente reproducida en el punto anterior y tres de los cuatro postulantes al gobierno de Chile se pronunciaron por una nueva Constitución, pareciera haber llegado el momento de iniciar el debate acerca de su contenido, en vez de continuar estancados en la falsa creencia que el tema no interesa a la ciudadanía ni a la clase política.

3. Dispersión de las alternativas de cambios

Otro obstáculo que se ha señalado consiste en las numerosas y contradictorias alternativas que se ofrecen para materializar los cambios.

Así, por ejemplo, respecto al sistema de gobierno, unos están conformes con el sistema presidencial existente, con alguna reducción de sus poderes en beneficio del Congreso Nacional. Otros son fervientes partidarios del gobierno semipresidencial, con un Jefe de Estado distinto del Jefe de Gobierno que sería políticamente responsable. Otros preconizan un cambio substancial al sistema parlamentario.

Es evidente que una nueva Constitución despertará numerosas controversias que sería interminable describir. Sin embargo, todas ellas no solo son necesarias sino deseables a la hora de elaborar una Constitución a la medida de Chile, con resguardo de lo esencial de sus tradiciones políticas pero con la vista puesta en el futuro mucho más que en el pasado. No se debe temer a la abundancia del debate; lo que sí se debe temer es que subsistan en la nueva Constitución temas que quedaron sin debatir o sin una clara definición.

4. Dificultades para la implementación del procedimiento de la reforma

Tal vez sea éste el problema más arduo que se presente para proceder a la reforma. Sin embargo, ello va a depender de la alternativa que se adopte entre las que tienen mayor número de partidarios. Así, es distinto el procedimiento necesario para una reforma practicada por el Congreso Nacional transformado en Asamblea Constituyente, con referéndum popular posterior, del procedimiento consistente en la designación de una Comisión

preparatoria —sea ella de iniciativa presidencial o parlamentaria— que redacte un proyecto con alternativas, para ser ellas discutidas sea en el Congreso o en una Asamblea Constituyente; o del procedimiento adecuado para convocar derechamente a una Asamblea Constituyente que estudie y resuelva soberanamente las bases y el contenido de la nueva Constitución.

En cualquier caso, las dificultades que debe abordar el procedimiento de reforma no pueden constituir un pretexto válido para eludir dicha reforma si ello es la voluntad ampliamente mayoritaria del cuerpo electoral.

-oOo-

Hemos intentado exponer un cuadro general de las ventajas e inconvenientes de mantener la Constitución heredada del Régimen Militar, en contraposición con la necesidad de una República democrática de darse una Carta Fundamental elaborada mediante un procedimiento, con unas instituciones y con una participación dignas de su espíritu democrático.

Corresponderá a las ponencias que se presenten en cada mesa de trabajo la tarea de esclarecer si es necesaria una nueva Constitución o si basta con reformar en el curso del tiempo la Carta vigente. Ellas también deberán perfilar cada uno de los temas que será necesario abordar, cualquiera sea el tipo de cambios que se proyecten.

Hago votos porque la discusión que ahora se inicia sea un debate respetuoso de las opiniones adversas, como es lo propio de todo debate universitario; que abarque el mayor número de las cuestiones esenciales que debe abordar y resolver toda Constitución; y que —al final de este evento— los participantes salgamos enriquecidos con el intercambio de ideas en torno a la Constitución, centro de gravedad de nuestras inquietudes, y satisfechos de haber aportado lo mejor de nosotros a este debate tan importante para el futuro institucional de nuestra patria.

V. BIBLIOGRAFÍA

BURDEAU, Georges (1981), *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Traducción de Ramón Falcón Tello), Edit. Nacional, Madrid, pág. 593.

GUTIÉRREZ OLIVOS, Sergio (1986), *Discurso de recepción a don Francisco Bulnes Sanfuentes a la Academia Chilena de Ciencias Sociales*, Ed. Universitaria, Stgo., págs. 35–36.

HUNEEUS, Jorge (1890), *La Constitución ante el Congreso*, Imp. Cervantes, Stgo., T. I, pág. 66.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1988), "*Disposiciones constitucionales obstaculizadoras de la normalidad democrática*", presentada en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público celebradas en noviembre de 1987 en la Universidad de Concepción y publicada aparte en la Revista de Derecho N° 183 de 1988, de dicha Universidad.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1989), "Razón y Fuerza en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 16, N° 2, págs. 325 y ss.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro y NÚÑEZ POBLETE, Manuel (1998): "Chile, una Constitución insular", en *Revista Chilena de Derecho*, P.U.C.CH., N° especial, pág. 229–236.

SIEYÈS, Emmanuel (1950): *¿Qué es el Estado Llano?*, Instituto de Estudios Políticos (traducción de José Rico), Madrid, págs. 147–148.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, Stgo., T. I, pág. 99.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: "Bases Fundamentales para una Constitución Política de los Estados de América del Sur". Publicado en Tomo I del Congreso Internacional de la Universidad de Valparaíso, pg. 331. Y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 16, Madrid (2012), págs. 285–304.

UN NUEVO BORBÓN CIÑE LA CORONA DE ESPAÑA: FELIPE VI SUSTITUYE A JUAN CARLOS I

Joan Oliver Araujo *
Vicente J. Calafell Ferrá **

SUMARIO: I. El reinado de Juan Carlos I (1975–2014): tres etapas diferenciadas. II. La abdicación de Juan Carlos I: ¿conveniente o necesaria?, ¿voluntaria o forzosa? III. La ley orgánica 3/2014, por la que se hace efectiva la abdicación del rey: una norma singular en todos los sentidos del término. IV. Felipe VI (2014): balance de un año de reinado.

I. EL REINADO DE JUAN CARLOS I (1975-2014): TRES ETAPAS DIFERENCIADAS

En el largo reinado de Juan Carlos I, desde su coronación en noviembre de 1975 hasta su abdicación en junio de 2014, pueden distinguirse tres etapas bastante definidas y bien diferenciadas entre sí: a) una primera fase (1975–1982), entre el acceso al Trono y la llegada al gobierno del Partido Socialista Obrero Español, de claro *incremento del prestigio político y del afecto popular* del nuevo Monarca, por su destacado papel en el proceso de desmantelamiento de la dictadura franquista y de consolidación de la democracia en España; b) una segunda fase (1982–2010), que comprendería

(*) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares. Consejero del Consejo Consultivo de las Islas Baleares. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares.

(**) Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares. Doctor en Derecho.

el largo período — casi treinta años — central del reinado, de *normalización de la Monarquía Parlamentaria en España*, pues en este tiempo el Rey perdió el protagonismo político que había tenido inicialmente y pasó a ser la figura institucional simbólica que establece la Constitución; y c) una tercera fase (2010–2014), desde el comienzo del llamado “caso Urdangarín” hasta su abdicación, de acelerado *declive personal e institucional del Rey*, en la que don Juan Carlos — con una conducta pública y privada cada vez más cuestionada y en un contexto de crisis económica y política generalizada — fue perdiendo rápidamente el prestigio y la consideración de que había gozado, hasta el punto de poner en serio peligro la continuidad de la Monarquía. Veamos con detenimiento cada una de estas tres etapas.

A) En la *primera fase*, Juan Carlos I fue realmente útil a la sociedad española, al facilitar el tránsito pacífico de una larga y ominosa dictadura militar a una democracia plenamente equiparable a las europeas de nuestro entorno político. Ciertamente, el nuevo Rey contribuyó de manera determinante a desmontar el franquismo, que conocía a la perfección (pues se había educado en su seno y a la sombra del dictador). Así, entre otras destacadas actuaciones de esta época, cabe recordar que eligió de forma acertada y arriesgada a Adolfo Suárez como Presidente del Gobierno — cuestión distinta es la ingratitude con la que, años más tarde, prescindió de él —, promovió la aprobación de la decisiva Ley para la Reforma Política, controló a los sectores de las Fuerzas Armadas que — añorantes del franquismo — no encontraban su lugar en el nuevo orden político, paró finalmente — a pesar de algunas ambigüedades previas — el intento de golpe militar del teniente coronel Tejero el 23 de febrero de 1981, facilitó e incluso favoreció la alternancia democrática en el poder con el paso de un Gobierno de la Unión de Centro Democrático (que aglutinaba el centro-derecha) a otro del Partido Socialista Obrero Español (representante de la izquierda moderada), y llevó a cabo sus buenos oficios como representante del Estado español en las relaciones internacionales (que alcanzarían un punto culminante pocos años después con la integración de España en las instituciones europeas). Como ha afirmado Javier Moreno Luzón, la Transición española a la democracia “adquirió todos los rasgos de un momento fundacional: guiados por sus dirigentes, los ciudadanos superaron sus pasadas divisiones — el terrible legado de la Guerra Civil y de la interminable tiranía de Franco — y construyeron juntos un largo periodo de paz, libertad y progreso”. Pues bien, no cabe duda de que el Monarca tuvo un importante papel en este exitoso proceso, saliendo “reforzado del envite”. Además, desde el primer momento, el Rey pareció plenamente consciente de la función que le correspondía desempeñar en el nuevo modelo político. Como ha observado el profesor Torres del Moral, “si la Monarquía abso-

luta no tiene cabida en un régimen democrático, la parlamentaria sí, y los ejemplos los tenemos en Europa, con varios países dotados de una similar forma política sin desdoro”, y “esto es algo que don Juan Carlos entendió muy bien desde su inicio, lo que puede rastrearse en sus discursos más significados de sus tres primeros años de reinado. Porque en los países europeos que decidieron mantener la Monarquía frente a su alternativa republicana, la evolución desde su carácter absoluto al parlamentario tuvo un largo recorrido que duró dos siglos o más: en Inglaterra, desde la Gloriosa Revolución de 1688 hasta el final del reinado victoriano; en otros Estados, desde la restauración posnapoleónica hasta la segunda posguerra mundial. En la España posfranquista se cumplió tal cometido en tres años: los que van de la muerte de Franco a la promulgación de la Constitución; y se hizo así con unos soportes jurídicos en un principio poco propicios y solo después, una vez promulgada la Ley para la Reforma Política, algo más favorables”.

B) En la *segunda fase*, con la democracia ya asentada, conjurado el peligro militar golpista y con un Ejecutivo socialista (presidido por Felipe González) largamente en el gobierno, la figura del Monarca se difuminó en gran medida y se convirtió en el símbolo vacío de poder que dibuja la Constitución. Durante esta segunda etapa, puede decirse que el Rey ni benefició ni perjudicó a nuestra democracia, sino que sencillamente fue indiferente. Quedaba así constatado que, por paradójico que pueda resultar, la insustancialidad política en que se resume el estatuto constitucional de la Corona en un régimen parlamentario es, precisamente, su mayor garantía de éxito y pervivencia, porque si el Rey no puede decidir, tampoco se le pueden pedir responsabilidades por los actos que realice como Jefe del Estado (de este modo, el artículo 64.2 de la Constitución establece que “de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”). Asimismo, el hecho de que España viviera en este período la época de convivencia democrática, progreso económico y bienestar ciudadano más larga y fructífera de su historia hizo que la estima social de la Corona — como institución representativa de ese Estado *refundado*, capaz de superar en breve tiempo su penoso y traumático pasado inmediato— se mantuviera en cotas elevadas. Como ha recordado Joan Rida, “hasta 2004, la Monarquía era la institución mejor valorada por los españoles en todas las encuestas oficiales. En 1995 llegó a alcanzar 7,5”. Es cierto, no obstante, que en esos momentos ya empezaban a ser comentados en círculos bien informados aspectos poco ejemplares de la vida privada del Rey; sin embargo, se trataba de circunstancias desconocidas por la población en general, pues la prensa se cuidó mucho de guardar silencio sobre esos hechos, bajo la idea de que los servicios prestados por el Monarca en el asentamiento de

la democracia en España debían compensarse cerrando los ojos y la boca ante aquellas actuaciones poco edificantes.

C) En la *tercera fase*, el Monarca, debido a su conducta pública y privada, se fue convirtiendo en un lastre cada vez más pesado para nuestro Estado social y democrático de Derecho. Esta última etapa de su reinado —aunque ya iba sumando antecedentes en los años previos— se inició de lleno en 2010, con el proceso penal contra el yerno del Rey (Iñaki Urdangarín) por un escándalo de corrupción en el que, posteriormente, sería imputada su hija mediana (la Infanta Cristina). Solo por citar algunos hechos de los que dieron cuenta los medios de comunicación, basta recordar las presiones “agobiantes” efectuadas por la “Casa Real” sobre la cadena privada de televisión Telecinco, que denunció en 2009 su Consejero Delegado; los polémicos y constantes viajes de don Juan Carlos a Rusia como lobista, en uno de los cuales —según publicó el diario ruso *Kommersant* en 2006— abatió a un oso amaestrado que, supuestamente, antes había sido emborrachado con vodka para facilitar su caza; los viajes y cacerías —como la de elefantes en Botswana en abril de 2012, en la que se fracturó la cadera, y cuyo revuelo le llevó a formular una insólita disculpa pública a la salida del hospital— con su amiga íntima de aquellos momentos, la empresaria alemana Corinna zu Sayn-Wittgenstein; el cada vez más notorio distanciamiento de su esposa, la Reina Sofía —que, por otra parte, llevaba su delicada situación matrimonial con una dignidad merecedora del reconocimiento de la sociedad española—; los síntomas evidentes de que la salud ya no lo acompañaba plenamente —con episodios como el de enero de 2014, durante la celebración de la Pascua Militar, cuando tuvo serias dificultades para leer su discurso—; las noticias sobre su fortuna personal en el extranjero (1.700 millones de euros según el diario belga *Het Laatste Nieuws*); las demandas de reconocimiento de paternidad extramatrimonial; o, en fin, las —al parecer— constantes presiones desde el entorno de la Corona al juez José Castro (instructor del “caso Urdangarín”) para que no imputara a la Infanta Cristina por delito fiscal. En pocas palabras, parecía que don Juan Carlos se había cansado de ser Rey y, lo que era más grave para la institución que encarnaba, de guardar las formas. Ante cada traspie del Rey, los medios monárquicos invocaban afanosamente su papel en pro del orden democrático y constitucional durante la Transición y en el golpe militar del 23 de febrero de 1981, como si los servicios prestados hacía más de treinta años a la incipiente democracia española le sirvieran por sí solos para disculpar todos sus errores actuales. Lo cierto, sin embargo, es que, a esas alturas, aquella actuación del Rey —incluso sin entrar en sus claroscuros— ya estaba totalmente amortizada y no causaba la menor impresión en las jóvenes generaciones.

Esta sucesión de desafortunadas actuaciones del Monarca — que, además, tenían lugar en un contexto de persistente y acusada crisis económica y de creciente crítica ciudadana hacia la clase política y el funcionamiento de las instituciones públicas — hizo que la popularidad de don Juan Carlos y de la Monarquía bajara del 7 al 3, y la caída aún no había tocado fondo. Ante el temor de que esta dinámica arrastrara no solo al propio Monarca, sino a toda la dinastía, y aconsejado — o presionado, como se prefiera — por su círculo más próximo (en particular, por su esposa y por su hijo, que veía cada vez más complejo su acceso al Trono), don Juan Carlos se vio seguramente abocado a tomar la decisión de abdicar la Corona de España. Ahora, en su nueva condición de Rey emérito y libre de ataduras, se dedica a viajar por los lugares más exclusivos (Hollywood, Saint-Tropez, etc.) y a llevar abiertamente — sin los disimulos a que le obligaba su condición de Monarca reinante — una vida de lujo y placer; a fin de cuentas, hoy, haga lo que haga, ya no perjudica significativamente los intereses de su hijo, el actual Rey Felipe VI. En acertado juicio de esta fase final, el profesor Fernando Rey ha señalado que “aquellas decisiones personales (viajes y compañías) poco afortunadas, los problemas de salud, pero, sobre todo, el proceso penal contra su yerno, dilatado en el tiempo de modo que periódicamente se echa sal en la herida”, llevaron “a la Monarquía a un 3,72 de popularidad según el último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas. En medio de la crisis generalizada de todas las instituciones, si la Monarquía se hubiera sabido mantener por encima, ello hubiera sido un factor impresionante de estabilidad y de confianza hacia el sistema”; sin embargo, “al erosionarse la confianza, como le ha ocurrido a las demás instituciones, mucho me temo — concluye el catedrático de la Universidad de Valladolid — que la Corona ha quedado a merced del oleaje político”. Y el profesor Jorge de Esteban, con su lucidez habitual, ha valorado esta última etapa del reinado de don Juan Carlos afirmando que la decisión de abdicar seguramente “hubiera sido más acertada hace tres o cuatro años, cuando el escándalo de Urdangarín todavía no había contaminado a la Corona española. Si se hubiese producido en esa ocasión, el Rey habría dejado el Trono en loor de multitudes, porque hay que reconocer que los españoles han vivido durante su reinado la época más importante de progreso y bienestar de toda su Historia. Pero no se supo reaccionar a tiempo y, en consecuencia, en estos últimos años el prestigio de la Corona se ha debilitado gravemente, poniendo en evidencia que el mayor error cometido por parte del Rey y de la Familia Real ha sido dejar que su vida privada invadiese su vida pública. Con esto no quiero decir — sigue razonando — que el Rey y su familia no tengan derecho a una vida privada. La tienen, pero con dos matizaciones: su vida privada debe ser la mínima

posible y debe estar siempre presidida por la discreción, porque un Rey lo es durante las veinticuatro horas del día. Además hoy ya no se puede contar con cierta complicidad de la prensa, como ocurrió al principio de este reinado, cuando los medios de comunicación eran muy respetuosos con el Rey y su familia”.

II. LA ABDICACIÓN DE JUAN CARLOS I: ¿CONVENIENTE O NECESARIA?, ¿VOLUNTARIA O FORZOSA?

El día 2 de junio de 2014, a primera hora de la mañana, todos los medios de comunicación lanzaban la noticia de que el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, iba a comparecer para realizar un anuncio de especial trascendencia institucional. Dado el acelerado y —para los monárquicos— alarmante descenso del prestigio del titular de la Corona en los dos últimos años, muchos pensaron que el Rey Juan Carlos había decidido —ante la pléyade de críticas que recibía desde todos los ámbitos y su visible deterioro físico— tirar la toalla y abdicar la Corona de España. Acertaron los que hicieron dichas cábalas, pues sobre las diez y media de la mañana, el Presidente del Gobierno compareció ante los medios para informar que el Rey le había comunicado su “voluntad de renunciar al Trono e iniciar el proceso sucesorio”. En concreto, el contenido de su intervención fue literalmente el siguiente:

Buenos días a todos. Su Majestad el Rey don Juan Carlos acaba de comunicarme su voluntad de renunciar al Trono y abrir el proceso sucesorio. Los motivos que han llevado al Rey a tomar esta decisión es algo que su Majestad desea comunicar oficialmente a todos los españoles a lo largo de esta misma mañana. Quiero decirles que he encontrado al Rey convencido de que este es el mejor momento para que pueda producirse con toda normalidad el cambio en la Jefatura del Estado y la transmisión de la Corona al Príncipe de Asturias.

Por mi parte, les anuncio que voy a convocar un Consejo de Ministros extraordinario para este martes con el objetivo de cumplir las previsiones constitucionales en esta materia. Les adelanto que por tratarse de una abdicación será necesario aprobar una Ley Orgánica, tal y como señala el artículo 57.5 de nuestra Constitución. Yo espero que en un plazo muy breve las Cortes Españolas puedan proceder a la proclamación como Rey de España del que hoy es Príncipe de Asturias.

Estoy convencido de que los españoles sabremos escribir esta nueva página de nuestra historia en un clima sereno, con tranquilidad y con agradecimiento a la figura de su Majestad el Rey. En este sentido, quiero, como Presidente del Gobierno, rendir homenaje a la persona que durante treinta y nueve años ha

encarnado el punto de encuentro de todos los españoles y el mejor símbolo de nuestra convivencia en paz y en libertad.

Fue el principal impulsor de la democracia tan pronto como accedió al Trono que ahora abandona. Supo ser su baluarte cuando la vio amenazada. Ha sido el mejor portavoz y la mejor imagen del Reino de España por todos los rincones del mundo y un defensor infatigable de nuestros intereses en todo aquello que pudiera contribuir a mejorar el bienestar de los españoles. Renuncia al Trono una figura histórica, tan estrechamente vinculada a la democracia española que no se puede entender la una sin la otra. A todos nos deja una impagable deuda de gratitud.

Quiero expresar también nuestra más firme confianza en quien está constitucionalmente llamado a sucederle en su magistratura, el Príncipe de Asturias. Su preparación, su carácter y la amplia experiencia en los asuntos públicos que ha ido adquiriendo a lo largo de estos últimos veinte años constituyen una sólida garantía de que su desempeño como Jefe de Estado estará a la altura de las expectativas más exigentes.

Por último, quiero transmitirles a todos que este proceso se va a desarrollar con plena normalidad, en un contexto de estabilidad institucional y como una expresión más de la madurez de nuestra democracia.

Muchas gracias.

El laconismo de este comunicado del Presidente del Gobierno se vio compensado por el anunciado mensaje institucional que, poco después de las 13 horas del mismo día 2 de junio, pronunció el propio Rey Juan Carlos I desde el Palacio de la Zarzuela. Su contenido íntegro fue del siguiente tenor:

Me acerco a todos vosotros esta mañana a través de este mensaje para transmitir, con singular emoción, una importante decisión y las razones que me mueven a tomarla. En mi proclamación como Rey, hace ya cerca de cuatro décadas, asumí el firme compromiso de servir a los intereses generales de España, con el afán de que llegaran a ser los ciudadanos los protagonistas de su propio destino y nuestra Nación una democracia moderna, plenamente integrada en Europa. Me propuse encabezar entonces la ilusionante tarea nacional que permitió a los ciudadanos elegir a sus legítimos representantes y llevar a cabo esa gran y positiva transformación de España que tanto necesitábamos.

Hoy, cuando vuelvo atrás la mirada, no puedo sino sentir orgullo y gratitud hacia vosotros. Orgullo, por lo mucho y bueno que entre todos hemos conseguido en estos años. Y gratitud, por el apoyo que me habéis dado para hacer de mi reinado, iniciado en plena juventud y en momentos de grandes incertidumbres y dificultades, un largo período de paz, libertad, estabilidad

y progreso. Fiel al anhelo político de mi padre, el Conde de Barcelona, de quien heredé el legado histórico de la Monarquía española, he querido ser Rey de todos los españoles. Me he sentido identificado y comprometido con vuestras aspiraciones, he gozado con vuestros éxitos y he sufrido cuando el dolor o la frustración os han embargado.

La larga y profunda crisis económica que padecemos ha dejado serias cicatrices en el tejido social, pero también nos está señalando un camino de futuro cargado de esperanza. Estos difíciles años nos han permitido hacer un balance autocrítico de nuestros errores y de nuestras limitaciones como sociedad. Y, como contrapeso, también han reavivado la conciencia orgullosa de lo que hemos sabido y sabemos hacer y de lo que hemos sido y somos: una gran nación. Todo ello ha despertado en nosotros un impulso de renovación, de superación, de corregir errores y abrir camino a un futuro decididamente mejor. En la forja de ese futuro, una nueva generación reclama con justa causa el papel protagonista, el mismo que correspondió en una coyuntura crucial de nuestra historia a la generación a la que yo pertenezco.

Hoy merece pasar a la primera línea una generación más joven, con nuevas energías, decidida a emprender con determinación las transformaciones y reformas que la coyuntura actual está demandando y a afrontar con renovada intensidad y dedicación los desafíos del mañana. Mi única ambición ha sido y seguirá siendo siempre contribuir a lograr el bienestar y el progreso en libertad de todos los españoles. Quiero lo mejor para España, a la que he dedicado mi vida entera y a cuyo servicio he puesto todas mis capacidades, mi ilusión y mi trabajo. Mi hijo Felipe, heredero de la Corona, encarna la estabilidad, que es seña de identidad de la institución monárquica.

Cuando el pasado enero cumplí setenta y seis años consideré llegado el momento de preparar en unos meses el relevo para dejar paso a quien se encuentra en inmejorables condiciones de asegurar esa estabilidad. El Príncipe de Asturias tiene la madurez, la preparación y el sentido de la responsabilidad necesarios para asumir con plenas garantías la Jefatura del Estado y abrir una nueva etapa de esperanza en la que se combinen la experiencia adquirida y el impulso de una nueva generación. Contará para ello, estoy seguro, con el apoyo que siempre tendrá de la Princesa Letizia.

Por todo ello, guiado por el convencimiento de prestar el mejor servicio a los españoles y una vez recuperado tanto físicamente como en mi actividad institucional, he decidido poner fin a mi reinado y abdicar la Corona de España, de manera que por el Gobierno y las Cortes Generales se provea a la efectividad de la sucesión conforme a las previsiones constitucionales. Así acabo de comunicárselo oficialmente esta mañana al Presidente del Gobierno. Deseo expresar mi gratitud al pueblo español, a todas las personas que han encarnado los poderes y las instituciones del Estado durante mi reinado y a

cuantos me han ayudado con generosidad y lealtad a cumplir mis funciones. Y mi gratitud a la Reina, cuya colaboración y generoso apoyo no me han faltado nunca.

Guardo y guardaré siempre a España en lo más hondo de mi corazón.

Tras los seis minutos que duró la intervención del Monarca, hubo una cascada inmensa de comentarios, tanto desde el campo mediático como desde el mundo académico, unos favorables y otros críticos. Fueron muchas las voces que, desde muy diversos ámbitos, se pronunciaron sobre la conveniencia o la necesidad de la abdicación y sobre el carácter voluntario o forzoso de dicha decisión. Hubo opiniones para todos los gustos: algunos afirmaron que el Rey no había mencionado expresamente los motivos verdaderos que le habían obligado a abandonar el Trono, mientras que otros sostuvieron que la lectura reposada del mensaje regio demostraba lo contrario.

En general, la abdicación de don Juan Carlos fue enjuiciada como una decisión conveniente e incluso necesaria. En este sentido, la profesora Yolanda Gómez consideró que el último discurso del Rey mostraba “una visión responsable de las exigencias que el momento histórico” demandaba. La renuncia al Trono se produjo, además, en un contexto de sucesos análogos acaecidos en otras Monarquías parlamentarias europeas, ya que escasamente un año antes habían abdicado la Reina Beatriz de Holanda (abril de 2013) y el Rey Alberto II de Bélgica (julio de 2013) —sin olvidar que, en febrero de 2013, también el Papa Benedicto XVI había renunciado al Pontificado—. Esta coincidencia temporal hizo que, desde la esfera académica, se hicieran algunas interpretaciones que venían a desdramatizar y, en cierto modo, a normalizar esta forma de finalización del reinado, dejándola de ver como un suceso anómalo o patológico de apertura de la sucesión en la Jefatura del Estado. Así, para María Asunción García Martínez, “las tres abdicaciones que han tenido lugar sucesivamente reflejan una nueva forma de entender la sucesión a la Corona. La forma tradicional de que esta se abra solo a la muerte del rey («el rey ha muerto, viva el rey») parece que emprende un camino de racionalización; el hecho de que se trate de una magistratura vitalicia no se contradice con la renuncia a la misma por parte de su titular cuando las condiciones vitales o políticas lo aconsejen, sin que ello, como lo ha demostrado la práctica, suponga ninguna quiebra del sistema”. En la misma línea, Fernando Rey sentenció que, “en cualquier caso, la abdicación es un paso democráticamente saludable y mucho más después de treinta y nueve años” de reinado. También la opinión pública se mostró a favor de la decisión de don Juan Carlos. En una encuesta de Sigma Dos de junio de 2014, el 76% de los ciudadanos preguntados aceptó

y valoró positivamente la abdicación; además, de los datos demoscópicos se desprende un cambio significativo en la opinión de los españoles sobre el Rey con respecto a la encuesta elaborada por la misma entidad el mes de enero anterior, pues la valoración favorable de la persona del Monarca había pasado del 41,3% a principios de año al 65% una vez producida la abdicación.

Por lo que respecta al carácter voluntario o forzoso de la abdicación, y más allá de las palabras o los silencios del discurso de don Juan Carlos, parece que, como ha recordado Jorge de Esteban, la propia historia de la Monarquía española —y de los Borbones en particular— demuestra que, si bien las razones de las abdicaciones (o de las renunciaciones) son diversas, “todas vienen a decirnos, salvo si acaso la abdicación de Carlos V, que no fueron totalmente voluntarias sino que siempre existió alguna razón de peso que les empujó a ello. Dicho de otra manera, los monarcas que abdicaron no lo hacen voluntariamente, sino que de una forma u otra se les obliga a abdicar. En el caso actual del Rey Juan Carlos, la abdicación tampoco parece que sea enteramente voluntaria, tal y como parece que fueron, por ejemplo, las que se han producido en Holanda y Bélgica”. En efecto, como ya hemos señalado al exponer la tercera y última etapa del reinado de Juan Carlos I, una suma de motivos —reacción extraordinariamente tibia ante la imputación de su hija y su yerno, episodios muy poco edificantes en diversos ámbitos de su vida privada, evidente deterioro de su salud...; todo ello, además, en un contexto de severa crisis económica y política— había llevado en los últimos tiempos a un desprestigio creciente y vertiginoso de la figura del Rey y de la propia Corona, cuya supervivencia como institución parecía exigir inaplazablemente el cambio de su titular. En suma, como sintetizó el periodista Agustín Valladolid, “el trasfondo de esta renuncia esconde distintas causas que, encadenadas, la han convertido en inevitable”; por lo tanto, “la abdicación del Rey Juan Carlos ha sido una decisión voluntaria, pero no del todo libre”.

III. LA LEY ORGÁNICA 3/2014, POR LA QUE SE HACE EFECTIVA LA ABDICACIÓN DEL REY: UNA NORMA SINGULAR EN TODOS LOS SENTIDOS DEL TÉRMINO

La abdicación del Rey Juan Carlos I a la Corona de España —que, como toda abdicación, fue, al menos formalmente, de iniciativa regia— se comunicó al pueblo español y a todas las instituciones del Estado el día 2 de junio de 2014. Sin embargo, no surtió efectos jurídicos hasta el 19 del mismo mes, día en el que el *Boletín Oficial del Estado* publicó la Ley

Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hacía efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey don Juan Carlos I de Borbón. Dicha ley era verdaderamente singular en todos los sentidos del término, y no tenía ninguna vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico, pues solo pretendía servir de puente —levantado, ciertamente, a toda prisa— entre el Monarca reinante y su inmediato sucesor. Como afirmó Serrera Contreras, con esta ley orgánica exprés, “el asunto quedó decidido de forma rápida y eficaz”.

Por su evidente carácter *ad casum*, parece que esta disposición, aprobada con premura —por el procedimiento de urgencia y en lectura única— para dar solución jurídica a la concreta situación derivada de la sorpresiva decisión del Rey, no podía ser la ley orgánica que, desde finales de 1978, reclama infructuosamente el artículo 57.5 de la Constitución como norma (general, a nuestro entender) por la que se resolverán “las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona”. Como ha escrito el profesor Jorge de Esteban, “el supuesto de la abdicación del Rey es necesario regularlo con mayor detalle del que establece la Constitución en su artículo 57.5”, por lo que “es mucho más lógico que todos los detalles para aceptar la abdicación del Rey se regulasen en la ley orgánica general..., en lugar de esperar a una ley especial”; si bien es cierto que, “en el caso de la abdicación, sería necesaria, de no existir la ley general, una ley especial”.

La referida Ley Orgánica 3/2014 contenía un solo artículo, con la siguiente redacción: “1. Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón abdica la Corona de España. 2. La abdicación será efectiva en el momento de entrada en vigor de la presente ley orgánica”. Y su disposición final única disponía que “la presente ley orgánica entrará en vigor en el momento de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”. Por tanto, tal como daba a entender la exigua parte dispositiva de dicha ley, con su aprobación, las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español (artículo 66.1 de la Constitución), parecían limitarse a *tomar nota* de que el Rey había abdicado —curiosamente, como si la cosa no fuera del todo con ellas— y a fijar el día a partir del cual dicha abdicación tendría efectos jurídicos (el 19 de junio de 2014). No parece, sin embargo, que el papel de las Cortes Generales deba interpretarse en unos términos tan magros, pues —como ha indicado la profesora Yolanda Gómez—, aunque históricamente la abdicación se ha considerado una decisión unilateral del Monarca, la vigente Constitución Española, al hacer referencia a una ley orgánica, implica al Parlamento en la decisión. En la misma línea argumental, el profesor Manuel Pulido sostiene que “las Cortes Generales toman, por tanto, en nuestro sistema el protagonismo derivado del acto de abdicación real y de la toma de posesión del nuevo Rey”; por consiguiente, “la Constitución, la ley y las

Cortes Generales, en definitiva nuestro sistema constitucional, garantizan la normalidad sucesoria en la Jefatura del Estado”. Por ello, posiblemente, es más acertado entender —con el profesor Javier Tajadura— que “la abdicación, que es un acto unilateral del Rey, debe ser incorporada al ordenamiento mediante su traducción por las Cortes en ley”, pues han de ser estas, “en cuanto órgano representativo de la soberanía nacional, quienes transformen la voluntad del Rey en derecho positivo”.

La abdicación de Juan Carlos I fue efectiva, pues, el 19 de junio de 2014, fecha en la que —tras ser sancionada y promulgada por él mismo como último acto de su reinado— entró en vigor la Ley Orgánica 3/2014. Ese mismo día, tras el juramento ante las Cortes Generales que prescribe el artículo 61.1 de la Constitución, Felipe de Borbón y Grecia (el tercer hijo del Rey Juan Carlos, aunque el único varón), pretiriendo —como veremos a continuación— a sus hermanas Elena y Cristina, fue proclamado nuevo Rey de España con el título de Felipe VI. De este modo, don Juan Carlos y doña Sofía dejaban de ser reyes *efectivos*, pero no por ello quedaban despojados del título de Rey y Reina, ya que, en virtud de la modificación —también apresurada— del régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes (regulado en el Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre) por el Real Decreto 470/2014, de 13 de junio, se estableció que ambos conservaran vitaliciamente su uso con carácter honorífico. Dicho reconocimiento, que continuaba “la senda de precedentes históricos y de la costumbre en otras monarquías”, fue la forma elegida por el Gobierno para —según rezaba el Preámbulo del citado Real Decreto 470/2014— “plasmear la gratitud por décadas de servicio a España y a los españoles”.

A nuestro modo de ver, esas prisas con las que se tramitó y aprobó la Ley Orgánica 3/2014 deben ser censuradas por diversos motivos. Por un lado, porque el apresuramiento que presidió todo el proceso tras el anuncio público de la abdicación transmite la pésima sensación de que el relevo en la Jefatura del Estado se llevó a cabo con imprevisión y precipitación o —aún peor— con total secretismo. Por otro, porque el muy breve y limitado *iter* parlamentario seguido (procedimiento de urgencia y en lectura única) no parece el cauce más respetuoso con la posición institucional de las Cortes Generales, ya que estas —al ver severamente reducidas sus facultades de debate y enmienda del proyecto de ley— quedaban prácticamente relegadas al papel instrumental de mera comparsa, que debe vestir con urgencia la decisión del Rey. Respecto a la primera crítica, acertó Serrano Alberca al notar que “habría habido tiempo suficiente desde el mes de enero, que al parecer fue cuando se comenzó a vislumbrar la abdicación, para prever una ley orgánica general que solucionara los problemas pendientes. Esta ley orgánica se hubiera podido tramitar en un tiempo relativamente breve

antes de la abdicación del Rey y en ella se debían haber previsto al menos dos cuestiones importantes: una, el procedimiento de la abdicación y, dos, la situación personal del Rey después de la abdicación, es decir, los temas concernientes a la inviolabilidad y al fuero". Y en cuanto al modo en que se llevó a cabo la tramitación parlamentaria de Ley Orgánica 3/2014, hay que convenir con el profesor Marc Carrillo en que, "a pesar de la relevancia constitucional de esta ley, la urgencia en aprobarla supuso la adopción de un procedimiento parlamentario para su debate y aprobación que por su propia naturaleza impedía, de facto, el debate parlamentario. Porque, en efecto, acogerse al procedimiento de urgencia en lectura única (artículo 150 del Reglamento del Congreso y artículo 129 del Reglamento del Senado) no produce otros efectos que la ausencia, *de facto*, de debate en el que, en cualquier caso, los diputados están sometidos —valga la metáfora jurídica— a un contrato de adhesión, consistente en aceptar o rechazar el contenido de la disposición objeto de aprobación. En términos objetivos, es decir, de cultura institucional respetuosa con las previsiones constitucionales, si de lo que se trataba era de hacer palpable la solidez de las instituciones, no parece que la Monarquía como forma de gobierno haya salido bien parada con la flagrante improvisación con la que se ha puesto en marcha el proceso y la ausencia de debate sobre la ley *ad hoc*, reguladora de la abdicación".

Ante estas críticas, se podría argüir que, siendo realistas, parece bastante improbable que —salvo en supuestos extremos— el Parlamento vote o modifique la voluntad manifestada por el Monarca de abandonar el Trono. De acuerdo con Fernando Santaolalla, cabe observar que, "como la experiencia acaba de demostrar, estas leyes no pasan en la práctica de tener carácter simbólico, pues es muy difícil imaginar que las Cortes se negasen a su aprobación. Su supuesto genuino sería, según ocurrió con la Constitución gaditana, evitar abdicaciones o renunciaciones como las impuestas en Bayona a Carlos IV y Fernando VII". Desde esta óptica, pues, habría que entender que la acelerada tramitación de la Ley Orgánica 3/2014 no supuso un menoscabo del rol constitucional de las Cortes Generales en el proceso de abdicación de Juan Carlos I. Sin embargo, creemos que la Constitución, al atribuir a las Cortes Generales —que representan al pueblo español, titular de la soberanía y fuente de legitimación de todos los poderes del Estado— importantes cometidos en relación con la Corona (y en particular, por lo que se refiere a la sucesión), les asigna una función más importante que la, *de facto*, simple ratificación de la decisión regia. A nuestro modo de ver, al disponer la forzosa intervención de las Cortes Generales en dichos casos, la Constitución viene a recalcar la plena integración de la Monarquía en el orden democrático establecido en España en 1978. Por decirlo en palabras del citado autor, la reserva constitucional de tales leyes es, en

la actualidad, “la ocasión para permitir un engarce de la Monarquía con el sistema democrático. Son varios los actos del Título II de la Constitución que obedecen a este espíritu: la posibilidad de las Cortes de prohibir un matrimonio real (artículo 57.4) o el juramento y proclamación del Rey y del Príncipe de Asturias (artículo 61) ante las mismas, son recordatorios de que estas dignidades forman parte de un orden constitucional en el que la soberanía corresponde al pueblo. Nada más y nada menos”. Pues bien, si este es el significado constitucional de la intervención de las Cortes Generales, no parece que forzar la tramitación parlamentaria exprese de un asunto tan relevante como la abdicación del Jefe del Estado fuera la opción más respetuosa con las instituciones y las formas democráticas, por mucho que la adopción de esos trámites abreviados no contradijera la letra de la Constitución ni de los Reglamentos de las Cámaras.

En esta exigencia constitucional de dar plena participación a las Cortes Generales en el proceso de abdicación se basaba, justamente, el Gobierno —según lo expresado en la Memoria del análisis de impacto normativo del proyecto de ley— para justificar la necesidad de una ley orgánica específica que hiciera efectiva la abdicación. Así, afirmaba que “debe optarse por la solución que propicie una mayor intervención de los representantes del titular de la soberanía, el pueblo español en su conjunto, en un acto tan fundamental para España como es la sucesión en la Jefatura del Estado. Es este el espíritu y finalidad que laten en el artículo 57.5 de la Constitución. Lo que se esgrime normalmente como principal argumento por los defensores de la tesis de la no necesidad de una ley orgánica, que es la inconveniencia de someter la norma que dé eficacia de un acto personalísimo del Rey al debate y posibilidad de enmienda propios de la tramitación parlamentaria, es precisamente lo que justifica la aplicación de la tesis contraria, para hacer efectivo el principio democrático que inspira todo el ordenamiento constitucional”. Sin embargo, esta acertada fundamentación pierde fuerza si después, a la hora de tramitar el proyecto de ley, se opta —como así se hizo— por un procedimiento parlamentario que limita al máximo la capacidad de debate y enmienda de las Cámaras.

IV. FELIPE VI (2014): BALANCE DE UN AÑO DE REINADO

La abdicación de Juan Carlos I, y el consiguiente relevo en la Jefatura del Estado en la persona de Felipe VI, ha abierto una nueva etapa en el devenir de la Monarquía en la España actual. En este contexto sucesorio, el primer interrogante que se plantea es el de determinar si el acceso del nuevo Monarca al Trono ha traído consigo cambios (sustanciales, pero también

formales, dada la importancia simbólica de la institución) en relación con el reinado anterior o si, una vez pasada la novedad, nos encontramos con que todo sigue igual. El tema, evidentemente, no carece de importancia, porque —como ha notado el profesor Jorge de Esteban— “la crisis actual que afecta a la Monarquía es consecuencia de los escándalos que han cometido miembros hasta ahora de la Familia Real, de ahí que la cuestión es si el cambio en la Jefatura del Estado puede detener el deterioro de la institución monárquica. Para ello no solo hay que hacer las cosas bien procesalmente, sino que se deberían hacer también determinados gestos coincidiendo con el nuevo Monarca para convencer a la mayoría de los españoles de que se debe mantener la Monarquía, al menos mientras no se supere la crisis generalizada que padecemos y no se encauce mínimamente el problema del separatismo. En definitiva —sigue afirmando el catedrático emérito de la Universidad Complutense—, creo que en la actual situación de emergencia nacional bien valdría la pena dar un voto de confianza al nuevo Rey”, porque “comenzar un nuevo reinado no sucede todos los días”.

Sin embargo, cuando se trata de la Monarquía, que es por definición una institución anacrónica y residual en un Estado moderno, la exigencia de cambio y adaptación a los nuevos tiempos puede resultar particularmente difícil y, en algún caso, incluso contradictoria con su misma naturaleza. En este sentido, son certeras las palabras pronunciadas en su día por Sabino Fernández Campo, ex Secretario General y ex Jefe de la Casa del Rey, al afirmar que “la Monarquía es un régimen anticuado”, por lo que “es peligroso tratar de modernizarlo en exceso”. Por ello, la evolución de la forma monárquica de Jefatura del Estado —sin duda necesaria para mantener su encaje institucional y su legitimidad social en las democracias modernas— se debate en un delicado equilibrio entre “renovarse o morir” y “cambiar para que todo siga igual”. No obstante, también parece evidente que la continuidad actual de la institución exige tener muy presente que —como ha sentenciado el profesor Antonio Torres del Moral— “la Monarquía no responde a un principio democrático racional y, por ello, es necesario que sea absolutamente ejemplar e impoluta de manchas morales, jurídicas y penales”. Y, según concluye el ilustre catedrático de la UNED, la principal responsabilidad en la consecución de este logro recae, precisamente, en los propios integrantes de la realeza, porque, en definitiva, “la Monarquía depende muy mucho de que los reyes y príncipes —sus profesionales— se la crean. Si ellos la cuestionan con sus hechos —ya que no con sus palabras—, nadie va a apuntalarla”.

La abdicación de Juan Carlos I —como advirtió el profesor Agustín Ruiz Robledo— “originó una miríada de interrogantes sobre los más diversos aspectos de la Monarquía”. La solución a algunas de estas cues-

tiones —por ejemplo, la reforma constitucional de la sucesión a la Corona o el estatuto personal del Rey abdicado— exige una respuesta de naturaleza jurídica que, evidentemente, no está en manos del nuevo Monarca adoptar. Sin embargo, el tema más acuciante que planteaba de inmediato la abdicación del Rey —producida en un momento en que el prestigio de la Monarquía se encontraba en su punto más bajo— era, precisamente, el modo en que Felipe VI iba a entender y ejercer la Jefatura del Estado. La crisis de legitimidad social de la Corona era tal que, sin duda, requería con urgencia una serie de actos firmes y concluyentes mediante los que el Rey, recién proclamado, marcara claras distancias con la línea seguida en los últimos tiempos por su predecesor y corrigiera, también sin tardanza, viejos vicios adquiridos o defectos consolidados durante el largo reinado juancarlista. Las primeras medidas a tomar eran, por lo tanto, de la exclusiva responsabilidad del nuevo Rey, que sabía a la perfección que el puro continuismo inmovilista iba a ser rechazado de plano por una sociedad española que no quería “más de lo mismo”. Además, dada la deriva de la Corona en los últimos años, parecía evidente que esos cambios debían afectar tanto al ámbito íntimo del Monarca como al funcionamiento de la institución. Pues bien, un examen del primer año de Felipe VI en el Trono permite apreciar la existencia de ciertos signos de un nuevo estilo en la manera de entender el papel de Rey, tanto en su proyección pública o institucional, como en el terreno privado o familiar.

Por un lado, por lo que se refiere su *esfera familiar*, era perentorio que el nuevo Rey hiciera un gesto inequívoco de distanciamiento de su hermana Cristina. La imputación de la Infanta —junto a su marido— por unos presuntos delitos contra la Hacienda Pública la había convertido en un lastre demasiado pesado para la imagen de la Familia Real y del propio don Juan Carlos, que estaba manejando el asunto con torpeza. En efecto, el Monarca, ejerciendo más de padre que de Rey, no actuó con la prudencia y la firmeza exigibles ante un problema que estaba llevando a la Corona al borde del abismo; como dijimos en su momento, “todo lo que el Rey haga a favor de Cristina irá en contra de las posibilidades de Felipe de llegar a reinar y, sobre todo, de mantenerse en el Trono”. Era, pues, necesario y urgente que Felipe VI adoptara, en el ámbito de sus atribuciones, una resolución terminante y con la suficiente trascendencia mediática para mandar el claro mensaje de que, con él en el Trono, la Corona no iba a tolerar esa situación ni un minuto más. Fue así cómo —tras, al parecer, haber fracasado en el intento de hacer que la Infanta Cristina renunciara a sus derechos sucesorios— se llegó a la aprobación del Real Decreto 470/2015, de 11 de junio, por el que el Rey revocaba la facultad de doña Cristina de usar el título de Duquesa de Palma de Mallorca, que Juan Carlos I le había

conferido en 1997 con ocasión de su matrimonio con Iñaki Urdangarín. La decisión de despojar del Ducado de Palma a la Infanta tenía, ciertamente, un valor simbólico —en consonancia con las atribuciones del Rey—, pero en absoluto irrelevante por lo que significaba de cambio de rumbo con respecto a la actitud mantenida por su padre. El nuevo Rey hizo lo único que estaba en su mano hacer (ya que carece del poder de privar a la Infanta de sus derechos dinásticos, puesto que le vienen atribuidos por la Constitución), pero hizo más de lo que había hecho el anterior Monarca. Ante la revocación del título nobiliario, el entorno de la Infanta respondió comunicando a la prensa que doña Cristina ya había manifestado al Rey, en una carta manuscrita enviada días antes, su renuncia al Ducado de Palma, a lo que la Casa del Rey replicó que dicha misiva había llegado al Monarca después de que este le notificara su decisión. Este cruce de reproches, nada edificante, demuestra que el tema de su hermana —mientras esta no tome la única decisión digna posible, que es la de renunciar a sus derechos sucesorios antes de iniciarse el juicio oral— sigue siendo una rémora para la renovación de la Monarquía que parece haberse propuesto Felipe VI.

Por otro lado, por lo que respecta a la *esfera institucional*, hay que convenir con el profesor Javier García Fernández en que, “tras la abdicación de Juan Carlos I, se advierte un esfuerzo por parte del nuevo Rey para mostrar transparencia”. Uno de los grandes defectos de la Monarquía española durante el reinado de Juan Carlos I ha sido, efectivamente, la situación de opacidad y oscurantismo casi totales de numerosos aspectos del funcionamiento de la Corona, en especial por lo que atañe al ámbito económico. No causa sorpresa, pues, que el diario *El Mundo*, en su documento “Cien propuestas para la regeneración democrática en España” publicado en el año 2004, incluyera entre ellas la necesidad de que los presupuestos de la Casa Real estén sometidos a la necesaria transparencia. El nombramiento, en agosto de 2007, de un interventor para llevar las cuentas de la Casa Real fue un primer movimiento en dicha línea, pero totalmente insuficiente, pues se trataba de un cargo designado por el Rey para formar parte del personal de su Casa, con una función más propia de gerente de las cuentas del Monarca que de órgano de control efectivo y que, al carecer de la imprescindible independencia, difícilmente podía realizar una fiscalización que tuviera un mínimo de credibilidad. Como subrayaba el citado periódico en su editorial del 29 de agosto de 2007 con ocasión de dicho nombramiento, “de lo que se trata, en última instancia, es de controlar el destino del dinero público, y es lógico que haya transparencia. La opacidad solo contribuye a crear una aureola de secretismo, a levantar sospechas” y a dar argumentos “a quienes aspiran a una República como modelo de Estado”. Por ello, ya entonces se planteó que todos los gastos del Rey con

dinero público tenían que estar sometidos al control de la Intervención General del Estado y del Tribunal de Cuentas y que —como es práctica habitual en todas las Monarquías democráticas de Europa occidental— la contabilidad de la Casa Real debía ser pública.

En este sentido, la llegada al Trono de Felipe VI ha supuesto un avance en materia de transparencia de la Corona, pues tanto la Casa del Rey —en cuanto organismo público encargado de prestarle apoyo en su función de Jefe del Estado— como el propio Monarca han adoptado diversas iniciativas tendentes a incrementar la publicidad, el ejercicio ejemplar y la fiscalización de su actividad. Estas medidas se enmarcan en los principios de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobada pocos meses antes de la proclamación del nuevo Monarca, que incluye la Casa del Rey dentro de su ámbito de aplicación. Así, en el terreno contable, cabe destacar la suscripción, el 18 de septiembre de 2014, de un convenio de colaboración entre la Casa del Rey y la Intervención General del Estado para que esta última realice informes anuales de auditoría a partir del ejercicio económico de 2015, que la Casa del Rey se compromete a publicar junto con las cuentas anuales aprobadas. También hay que mencionar la aprobación del Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto, de modificación de la estructura de la Casa del Rey, por el que, amén de otras novedades, se establecen unos principios éticos y de conducta comunes que deben presidir la actuación de todas las personas que prestan servicio en dicho organismo. A su vez, el nuevo Rey ha tomado alguna decisión relevante con vistas a la ejemplaridad y publicidad de las actuaciones privadas o personales de los integrantes de la Corona. En concreto, don Felipe acordó, con aplicación a partir del 1 de enero de 2015, un nuevo régimen de regalos a los miembros de la Familia Real inspirado en el previsto en la citada Ley 19/2013 para los altos cargos de todas las Administraciones públicas. Entre otras disposiciones, este nuevo régimen establece que los miembros de la Familia Real no aceptarán para sí regalos —se distingue entre personales e institucionales, debiendo estos últimos incorporarse al Patrimonio Nacional— que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni aceptarán favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones.

EL DENOMINADO “WRIT OF CERTIORARI” ARGENTINO (o la sublimación del carácter discrecional de la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina)

Eduardo Pablo Jiménez *

*Creo no equivocarme si afirmo que la Corte Suprema ha estado
luchando —consciente o inconscientemente— desde el fondo de
su historia, por la obtención de una jurisdicción discrecional.*

Alberto Bianchi

La palabra es mi angustia y mi posibilidad.

Elio Aprile

(*) El autor es Profesor Titular Concursado en las cátedras de Teoría Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata) y Elementos de Derecho Internacional (Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Es también Magister en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco, España), con estudios de Derecho Constitucional Profundizado (Universidad de Cambridge, Reino Unido). Ha publicado una veintena de libros de su factura o en colaboración, y aproximadamente unos doscientos artículos en revistas jurídicas de Argentina, Perú, España e Italia). Se desempeñó en calidad de profesor visitante en las universidades Católica de Lima (Perú), Complutense, Carlos III, Valencia (España) y Cagliari (Italia). Cumple funciones además como Vocal de la Cámara Federal de la ciudad de Mar del Plata (Argentina), por concurso desde el año 2014.

El Dr. Jiménez desea agradecer especialmente a la Dra. Soraya Chaar, por su colaboración en la recopilación jurisprudencial que nutre y complementa los contenidos de esta aproximación teórica al tema.

I. INTRODUCTORIO

Creemos necesario comenzar este aporte, agradeciendo al muy querido maestro Domingo García Belaunde, quien creyó —de seguro desde el afecto, que siempre nubla la consideración académica cuando de amigos se trata— que nos encontrábamos en condiciones de efectuar un aporte de interés, analizando la figura del “writ of certiorari negativo” instaurado en la República Argentina con la entrada en vigor de la Ley 23.744, modificatoria del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Claramente es éste un tema que hace a la vigencia del Derecho Procesal Constitucional, habiendo significado entre nosotros la aparición de esta figura, la consolidación de un claro marco de jurisdicción discrecional en el espacio de actuación que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nuestra esperanza radica entonces, en que estas pocas líneas permitan al lector, una acabada comprensión de las características de la figura, ello en el contexto del sistema legal argentino. Pero ante todo, nuestra esencial vocación radica aquí en poder estar a la “altura del convite” con que hemos sido honrados.

Dicho lo anterior, cabe ahora destacar aquí, abordando la faz iniciática de nuestro estudio, que una vez finalizado el derrotero de una causa judicial con el dictado de sentencia definitiva —dada por el superior tribunal de la causa— el litigante discrepante con ella puede interponer “Recurso Extraordinario”, dentro del plazo y con las condiciones formales y sustanciales que a tal fin impone la Ley.¹

Aun así, ello no quiere significar que en todos los supuestos, la petición será atendida por el Alto Tribunal.

¿Porque decimos esto?

Es que la Corte Suprema puede descartar conforme el dictado de la sana discreción de sus integrantes² el recurso intentado, mediante la apli-

⁽¹⁾ En este caso, la Ley 48, Art. 14, Art. 285 del CPCN, Art. 10 de la Ley 4055; Art. 21 del Dec. Ley 1285/58, Ley 25.488, y Acordadas de CSJN 2/2007 y 4/2007.

⁽²⁾ Esto implica, según su exclusivo arbitrio, y sin necesidad de fundar su decisión. Bien aporta aquí el calificado jurista argentino Alberto Bianchi, en su estudio introductorio al trabajo de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Técnica Jurídica del Recurso Extraordinario y del Recurso de Queja*, EDIAR, pp. 20/21, que “(...) en pocas palabras, la Corte Argentina y la de Estados Unidos se parecen muy poco. Para llegar hasta sus estrados, están previstos recursos distintos, con reglas de interposición y de resolución distintas también. También ha diferido sustancialmente la tramitación interna del expediente. Cada Tribunal, a su vez, ha manejado la discrecionalidad en sentido opuesto, y en nada se parecen la organización interna de uno y de otro”. Coincidimos con esta postura, la que será ampliada y desarrollada en los párrafos que siguen.

cación del instituto jurídico denominado "writ of certiorari", creado por Ley 23.744, que modifica al Art. 280 del CPCN.³

Bastará entonces, con que la Corte indique que ese planteo en realidad no importa agravio suficiente, o aún, que el mismo es insustancial o carente de trascendencia, para que la cuestión no sea tratada por el Tribunal.

Quienes apoyan esta modalidad de acrecentamiento en el poder discrecional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostienen su postura indicando que en realidad la Alta Corte, como un "Poder de Estado" que es, no puede encontrarse obligado a tratar "todas las causas" que llegan a su concurso, y que la actuación de su "sana discrecionalidad" basta para definir cuáles asuntos son insustanciales y cuales no lo son.

En suma, estiman los panegíricos de esta posición que de esta manera, la Corte Suprema puede avocarse, finalmente, al análisis de aquellas causas consideradas por ella "realmente importantes".

Por otra parte, aquellos que objetan la figura, refieren que una Corte, así sea cabeza de un Poder del Estado, no puede dejar de fundar sus decisiones, y aun las que rechazan peticiones ciudadanas por considerarlas insustanciales o baladíes, ya que todo peticionante en justicia merece —cuanto menos— que sus representantes (los magistrados que integran la Corte, cabalmente lo son), fundamenten sus proceder. Ello sin perjuicio de que se compartan o no los fundamentos que sus integrantes esgriman para fundar el rechazo de una pretensión de Recurso Extraordinario Federal.

En definitiva, es real y contundente que el Congreso de la Nación, instituyó al "writ of certiorari" en Argentina a partir de un proceso democrático, que no cabe deslegitimar en los hechos, pero ello no empece a que constatando la evolución de la figura, nos encontremos cada vez con más "rechazos secretos", frente a planteos de recursos extraordinarios.

La duda que se deriva necesariamente de esta constatación, es si la sociedad democrática debe aprender a formular planteos más sustanciales al pretender la apertura de la jurisdicción de la Corte Suprema, o si contrariamente, el Congreso de la Nación debe reevaluar la postura adoptada, instando al intérprete final del texto fundamental, a volver a fundar todas sus decisiones, aún aquellas que se derivan de su sana discrecionalidad.

Es del caso señalar aquí, además, que como contracara de la figura recién presentada (el certiorari negativo), se erige un posicionamiento del Alto Tribunal, nacido pretorianamente, que en casos en que no podrían considerarse estricta-

⁽³⁾ Expresa la norma, en lo que nos compete: Art. 280 Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de Autos. *La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el Recurso Extraordinario, por falta de agravio federal suficiente, o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*" (textual del art., el resaltado nos pertenece).

mente cumplidos los recaudos generales de admisión del Recurso Extraordinario establecidos en el art. 14 de la Ley 48, la Corte igualmente recibió el planteo.⁴

Con ello, puede señalarse sin temor a error que nuestro más alto Tribunal de Justicia estableció desde antiguo, excepciones a la rígida indicación de la ley 48 en la materia.⁵

También y en igual sentido, existe otra alternativa contraria al “certiorari negativo”, igualmente vigente en el ordenamiento jurídico argentino, llamada en doctrina “Recurso Per Saltum”.

A diferencia del supuesto anterior, esta figura jurídica no ha sido creada por el legislador, sino instituida de modo “pretoriano” por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ello acaeció al fallar el caso “Dromi”.⁶ Allí, el Alto Tribunal, invocando la existencia de “gravedad institucional”,⁷ en la más intensa acepción del concepto, admitió la recepción en su seno de un Recurso Extraordinario contra una sentencia de primera instancia, dictada en un proceso de amparo, pasando allí por alto la intervención de la Cámara de Apelaciones, que era su alzada natural, definida por Ley del Congreso.

¿Cuáles son entonces, las características de esta peculiar figura, que como lo señalamos párrafos más arriba, es contrapartida jurídica del “writ of certiorari negativo” antes presentado?

El “Per Saltum” o “By Pass”, como es conocido en los Estados Unidos, significa en un sentido amplio, “saltar” o “pasar la intervención” de tribunales intermedios, existentes entre la primera y la máxima instancia

⁽⁴⁾ Cfr. CSJN Fallos 98:309; 103:373; 146:122; 156:397; 167:423; 182:293, entre muchos otros.

⁽⁵⁾ Ver, para ampliación de este punto, el muy cuidado detalle de casos que enumera y desarrolla en éste sentido Fernando Barrancos y Vedia, en su obra *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional* (Edit. Abeledo-Perrot, pág. 39 y ss).

⁽⁶⁾ Cfr. CSJN., en “LL” 1990-E-1997.

⁽⁷⁾ Así, ha sindicado la jurisprudencia argentina, que “(...) el supuesto de gravedad institucional se configura cuando el apelante demuestra que lo decidido excede el mero interés individual de las partes para afectar el de la comunidad” (Cfr. CSJN, 05/12/1883 “Sade S.A. y otros c/ Estado Nacional”; id 29/11/1983 “Zerbino, Daniel H.”; id. CSTucumán, 21/09/78, “Galíndez, Enrique y otro c/Editora El Pueblo de Tucumán”), entendiendo el sentido amplio de éste concepto, como el que “(...) comprende aquellas cuestiones que exceden el interés individual de las partes, afectando de manera directa a toda la comunidad” (Cfr. STSan Luis, 11/02/1992 “Fiscalía de Estado de la Provincia de San Luis s/Avocamiento “Per Saltum”/”); id CFed. Rosario, Sala “B”, 07/05/1986 “Miguel, Rodolfo c/Agua y Energía Eléctrica”) enfatizando también en similar sentido, que “(...) La gravedad institucional se configura cuando se afectan intereses de la comunidad o se comprometen instituciones básicas de la Nación” (Cfr. CNFed. Cont. Adm., Sala I, 15/05/1992 “Gentile, Oscar A. c/Estado Nacional/ANA”. Enfatizaron también nuestros tribunales de justicia, que “(...) la gravedad institucional, a los efectos de la procedencia del Recurso Extraordinario, existe cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad, vulnera un principio institucional básico y la conciencia de la comunidad, o puede resultar frustratorio de un derecho de naturaleza federal, con perturbación de la prestación de servicios públicos” (Cfr. CNFed. Crim. Y Correcc., Sala II, 17/11/1998, “Videla, Jorge Rafael y otros”).

judicial. Según lo enseñaba el querido maestro Germán J. Bidart Campos, esta alocución hace referencia a un salto en las instancias procesales, y se aplica a hipótesis en que la Corte Suprema conoce de una causa judicial radicada ante tribunales inferiores, saltando la intervención de los jueces de una o más instancias. La justificación de esta figura, también guarda relación con el rol institucional que se pretende asuma nuestro más alto Tribunal de Justicia, actuando con mayor intensidad su sana discreción.

En este supuesto, a diferencia del anterior, la Corte Suprema no "deja de hacer" su tarea, sino que la hace antes del tiempo procesal propio. Amparada en la regla de la "gravedad institucional", el Alto Tribunal asume el conocimiento de una causa pendiente, en supuestos excepcionales que requieren de una impostergable definición, ya sea porque la cuestión así lo requiere, porque la trascendencia institucional del debate generado en el expediente impide mayores demoras en la resolución del asunto, o porque asume con su actuación, un firme propósito de "pacificación nacional", que no puede esperar los tiempos que de uso impone el curso regular del proceso.⁸

Hecha esta aclaración preliminar, necesaria para entender que los institutos jurídicos presentados involucran el tránsito de la Corte Suprema de Justicia Argentina a una dirección prevalentemente discrecional de su actuación en casos nimios, o que generan "gravedad institucional", pasaremos al estudio que nos fuera requerido, referido a la actuación del "writ of certiorari" en el sistema constitucional argentino.

II. ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL "CERTIORARI NEGATIVO" EN EL SISTEMA JURÍDICO NORTEAMERICANO (y sus influencias en la normativa propia)

Enseña Alberto Spota que la Suprema Corte de los Estados Unidos "(...) rechaza por certiorari negativo, algunos cientos de miles de causas, por falta de importancia o trascendencia, por año",⁹ pero agrega a ello, que si bien al igual que lo normado por el art. 280 del CPCN Argentino, la

⁸ Entendemos nosotros que esta figura, de creación pretoriana, detenta cauces constitucionales, en tanto y en cuanto respete la existencia de una "causa judicial", que genere una instancia a partir de la cual se produzca el mentado "salto". Con lo dicho pretendemos dejar en claro que no podría generarse una intervención "per saltum", sino hasta que un juez dicte cuanto menos, una sentencia, ya que recién en ése caso, podemos hablar de "instancia concluida". También es del caso afirmar aquí que la procedencia de ésta modalidad recursiva extraordinaria no puede alterar las reglas de competencia locales, o sea, no podría haber un planteo de "per saltum" a la Corte Suprema de Justicia, si la causa tramita en jurisdicción provincial, con lo que solo podrá actuarse en la sede federal.

⁹ SPOTA, Alberto, *Recurso Extraordinario*, Edit. La Ley, pág. 43.

aplicación de esta regla no exige explicitación de justificación razonable para ser utilizada,¹⁰ el propio Tribunal *se impuso un límite*, de creación “pretoriana”, y que surge de norma alguna, pero es de inveterada aplicación por parte de ese Alto Tribunal de Justicia.

La así denominada “regla de cuatro”, es el resultado de la mecánica operativa interna de esa Alta Corte, dada en el procedimiento de circulación de los expedientes entre los magistrados a fin de emitir sus votos. Sucede que desde hace más de 100 años, la Corte Suprema de los Estados Unidos instituye un sistema de “doble vuelta de circulación” de los expedientes en estudio, en la que si cuatro de sus miembros¹¹ entienden que el expediente merece ser estudiado, entonces los otros cinco miembros no pueden tener capacidad jurídica para suscribir el rechazo automático del recurso extraordinario, que el Certiorari permite.¹²

Creemos nosotros, con Spota, que esta regla bien pudo haber sido incluida al legislarse esta temática en nuestro derecho, a lo que agregamos que también la Corte Argentina podría incorporarla así sea de forma “pretoriana”, como así lo ha hecho cuando admitió la utilización del “Per Saltum”, también de esa manera, sin ley que avale su implementación.

Es entonces que con aplicación de esta regla, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo ya el 1 de diciembre de 1902, que “(...) aun cuando se encuentre que se ha planteado una cuestión que abstractamente considerada sea adecuada para conferir jurisdicción, si además resulta que dicha cuestión es completamente formal, tan absolutamente desprovista de fundamento como para ser baladí (“*frivolous*”) o ha sido resuelta de manera tan explícita por una o varias sentencias de este Tribunal de modo de no dar lugar a una controversia real, la causa será desestimada”.¹³

⁽¹⁰⁾ Ello así, pues según lo enseña el propio Spota (Autor y Op. cit., pág. 43), “(...) basta con invocar la norma que autoriza la descalificación de la causa como intrascendente, o explicitar esa intrascendencia, sin necesidad de dar otras razones para marginar la necesidad de dictar sentencia motivada”.

⁽¹¹⁾ Recordamos que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica posee nueve miembros, y a la fecha, su similar argentina cinco, que en los hechos son solo tres, luego de las renunciaciones de los magistrados Raúl Zaffaroni y Carlos Fayt, cuyas plazas a la fecha aún no han sido cubiertas con nuevos jueces por parte de los Poderes Políticos habilitados para ello (Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado Nacional).

⁽¹²⁾ Por ello es que aclara Spota (Op. citada, pág. 44 vta.), que “(...) acaece entonces, de esta suerte que, si cuatro Ministros en la circulación interna entienden y así lo dicen, brevemente o no, que el expediente en estudio requiere ser considerado o decidido, sobre la base de valoración de los hechos y el derecho debatidos, necesariamente, los otros cinco no pueden rechazar el expediente, con lo que nosotros denominamos certiorari negativo”, agregando a seguido, que “(...) esta regla es rigurosamente respetada por costumbre constitucional procesal de la Suprema Corte de los Estados Unidos”.

⁽¹³⁾ Cfr. SCJUS, en Autos “Equitable Life Assurance Society vs. Brown” 187 US 308, en voto del Chief Justice White.

Posteriormente, la doctrina norteamericana¹⁴ explicita y aclara los contornos de aplicabilidad en la figura, cuando distinguen entre las cuestiones que son consideradas "baladíes", como lo serían aquellas en que "(...) falta en forma manifiesta todo fundamento"¹⁵ y aquellas situaciones "(...) definidas por sólidas fundamentaciones enunciadas en decisiones anteriores".¹⁶ Robertson y Kirkham, refieren también la opinión del "justice" Sanford, al fallar el precedente "Milheim v/Moffat Tunnel Improvement District",¹⁷ señalando que el planteamiento de una cuestión federal no resulta "baladí", si su decisión exige análisis y desarrollo.

Aun luego de lo expuesto, no podemos dejar de resaltar aquí que la nota distintiva del "certiorari negativo" norteamericano, es la que impuso pretorianamente la antes desarrollada "regla de cuatro", que permite matizar el rechazo discrecional de la causa, y que obliga, al obtenerse cuatro votos de los nueve que se encuentran en juego, a que la causa en cuestión, deba ser estudiada y votada por sí o por no, pero fundadamente, por todos los miembros de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Lamentablemente, el "certiorari" vernáculo, no permite esta valiosa y garantizadora modalidad de actuación en la figura, que en nuestro criterio, la completa y perfecciona.

III. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL "CERTIORARI" VERNÁCULO (o la profundización del ámbito de las discrecionalidad)

Esta peculiar modalidad procesal, introducida entre nosotros por la Ley 23.774, ha sido tomada — como antes se lo indicó — del sistema judicial estadounidense.¹⁸

⁽¹⁴⁾ REYNOLDS, Robertson and Francis KIRKHAM, *Jurisdiction of the Supreme Court of the United States*, Edit St. Paul, Minn. West Publishing Co, 1936, Cap. 9, pág. 95/97, citados por Fernando Barrancos y Vedia en su *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional*, Edit. Abeledo-Perrot, pág. 32.

⁽¹⁵⁾ Cfr. SCJUS, 192 US 29 "Wabash, Railway co vs. Flannigan".

⁽¹⁶⁾ Cfr. SCJUS, en Autos "Equitable Life Assurance Society vs. Brown" 187 US 308, en voto del Chief Justice White, citada, además, Autos "Campbell vs. City of Olney, 262 US 352; íd. "Roe vs. State of Kansas", 278 US 191, entre muchos otros.

⁽¹⁷⁾ SCJUS 262 US 710, del 11/07/23.

⁽¹⁸⁾ En esa Nación, su Tribunal Superior puede considerar el fondo de una causa, saltando lo que se consideran obstáculos formales de admisibilidad. Señala con acierto Osvaldo Gozaini en el punto (Del autor citado, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado" Edit. La ley, 3ª Edición, Tº II, pág.192), que "(...) la diferencia está en que en nuestro país, se le ha dado una práctica diferente, permitiendo a la Corte Suprema inhabilitar la instancia federal sin dar mayores fundamentos". Claramente, el Certiorari positivo de los estados Unidos, puede válidamente asimilarse a nuestro "per saltum".

El artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, en su segundo párrafo, abre el criterio de sana discrecionalidad de la Corte para seleccionar las causas en que intervendrá permitiendo el rechazo de un Recurso Extraordinario Federal interpuesto en tiempo y forma por un litigante, con la sola invocación de este precepto legal, y aduciendo o la falta suficiente de agravios, o que las cuestiones a ser tratadas en ese caso, son nimias, insustanciales o baladíes, en criterio del Tribunal.¹⁹

Claro es, que una modalidad desestimatoria del tratamiento de una causa judicial por la vía del “writ of certiorari”, no confirma el acierto o error de la decisión puesta en crisis, toda vez que nos encontramos aquí esencialmente, frente a “(...) una facultad discrecional, conferida por la Ley a la Corte Suprema para seleccionar aquellos casos en los que intervendrá”.²⁰

Bien enseña en este punto Osvaldo Gozaíni,²¹ que la ley le otorga a la Corte Suprema la posibilidad de rechazar el tratamiento del recurso válidamente interpuesto, con fundamento: a) en la simple invocación de que no existen en la causa ninguna de las cuestiones que el art. 280 del CPCN, habilita a tratar (discrecionalidad técnica), b) en que la cuestión a ser tratada deviene insustancial, con lo que no se daría la presencia de alguno de los supuestos del art. 14 de la Ley 48, o aún insuficiente, esto es, carente de mínima fundamentación²² y c) en que la temática en cuestión no amerita trascendencia ninguna, con lo que exhibiría interés o gravedad institucional inexistente. Para Palacio,²³ esta categoría comprendería además a aquellas cuestiones que, sin incidir en el interés de la comunidad, presentan una proyección jurídica económica.

Es claro que, dicho lo que antecede, la actuación del denominado “certiorari negativo” en el sistema constitucional argentino, ofrece ciertas aristas de corte institucional y constitucional que —según lo interpretamos— resulta imposible soslayar en el ámbito de este estudio.

⁽¹⁹⁾ La jurisprudencia emanada del propio Tribunal de Justicia, defiende la aplicación de ésta modalidad procesal, en tanto ha sostenido que “(...) corresponde declarar inadmisibile el Recurso Extraordinario interpuesto, atento no acreditar el cumplimiento de las exigencias previstas por el Art. 280 del Código Procesal (del voto de la mayoría)” (Cfr. CSJN 15/02/94 “Pace, Julia c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles” “DT” 1994-B, 2026, “DJ” 1994-2-1110).

⁽²⁰⁾ Cfr. CSJN 04/10/1994 “Arnaudo, Alejandra c/Shurrer Presser, Aldo y otros” “LL” 1995-A-447, “DJ” 1995-I-483.

⁽²¹⁾ Gozaíni, Osvaldo “Código...” citado, T^o II, pág 193.

⁽²²⁾ Esta postura corre en línea con una jurisprudencia ya consolidada de nuestra CS, que prescribe la obligatoriedad de los jueces o tribunales inferiores, de acatar los fallos del Alto Tribunal (Cfr. CSJN Fallos 245:429; 252:186; 255:119; 270:35; 307:468, entre muchos otros).

⁽²³⁾ PALACIO, Lino, *El Recurso Extraordinario Federal*, Edit. Abeledo-Perrot, 1992, pág. 204.

IV. ACERCA DE LA ACTUACIÓN CONCRETA DEL "WRIT OF CERTIORARI" (o la exhibición del carácter eminentemente discrecional de la jurisdicción extraordinaria actual de la Corte Suprema Argentina)

Esta modalidad de rechazo, que —como vimos— se impone legalmente desde el año 1990, fue de todos modos avalada y precedida por un desarrollo jurisprudencial anterior de la Corte²⁴ y asimismo, desde el dictado de Acordadas por el propio Tribunal,²⁵ admitiéndose además su constitucionalidad, desde innumerables precedentes de la mismísima Corte Suprema de Justicia,²⁶ ameritándose para ello un criterio de especialidad, aplicable para problemas de corte constitucionalidad, y real "(...) trascendencia jurídica, institucional, social o comunitaria".²⁷

Así, recuerda Barrancos y Vedia,²⁸ que en Fallos 192:240, el 15 de abril de 1942, "(...) nuestro Alto Tribunal, en la causa "Juan Polizza", dijo que no procede el recurso extraordinario fundado en cuestiones manifiestamente inconsistentes y excluidas de toda controversia seria por reiteradas y uniformes decisiones de la Corte Suprema", pero resalta que fue en la causa "Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c/Cia., de Omnibus Ciudad de Buenos Aires", resuelta el 16 de noviembre de 1942²⁹ donde la Alta Corte sentó ésta doctrina en forma clara y precisa, al enfatizar que "(...) 3) ha decidido el Tribunal que la impugnación de inconstitucionalidad de las normas aplicadas en el juicio, debe tener, a los efectos de sustentar el Recurso Extraordinario contra la sentencia que declara su validez, un mínimo de fundamento (Fallos 188:120; 1909:392; 191:85; 192:240). De manera que las que carezcan de toda base, tampoco permitirán la apertura de la tercera instancia extraordinaria, cuyo objeto es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a esta Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia, a juicio del recurrente (Fallos: 148:62; 186:432). 4) Que tanto la jurisprudencia nacional mencionada en el precedente considerando, como la norteamericana, han admitido que las cuestiones federales pueden ser insubstanciales por carecer naturalmente de todo fundamento, o porque reiterada y clara jurisprudencia de la Corte Suprema impida cualquier controversia seria

⁽²⁴⁾ Ver en particular CSJN, Fallos 294:220, en el que se desestima la alegación de cuestión federal por insustancial.

⁽²⁵⁾ Ver Ac. CSJN 44, del 22/09/89.

⁽²⁶⁾ Ver, por todos, CSJN Fallos 316:64; 2454.

⁽²⁷⁾ Así lo ha expresado el querido maestro Germán J. Bidart Campos en su "¿Es inconstitucional el art. 280 del Código Procesal en cuanto permite a la Corte rechazar el Recurso Extraordinario con la sola invocación de dicha norma?" ("ED" t.151, pág. 426).

⁽²⁸⁾ Barrancos y Vedia, Fernando, *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional* citado, p. 32.

⁽²⁹⁾ Cfr. CSJN Fallos 194:220, con voto de los jueces Repetto, Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Ramos Mejía En particular resaltamos sus considerandos 3 y 4.

respecto de su solución (...) En el segundo supuesto, siempre que no sea dudosa la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema en precedentes repetidos, ni se adelanten que puedan inducir seriamente a considerar la conveniencia de modificarla, el Recurso Extraordinario debe denegarse, porque la cuestión federal en que se lo funda resulta notoriamente ineficaz para la modificación del pronunciamiento recurrido (Fallos: 190:368 y 400; 192:240)".

Señala aquí acertadamente Alberto Bianchi,³⁰ que con el dictado de la Ley 23.774, "(...) era la primera vez, desde el año 1863, que el viejo mecanismo del Recurso Extraordinario sufría una modificación legislativa" aclarando además, que "(...) hasta ese momento, los intentos de reforma que tuvieron lugar no llegaron a plasmarse en un texto legal"³¹, pero merece ser también destacado, que la Ley 23.774 no hizo más que prestar reconocimiento legal a una situación de hecho ya existente, al menos en lo que respecta a aquellas cuestiones federales "insuficientes", como se lo adelantó párrafos más arriba.

La reforma legislativa ha operado sin duda un cambio sustancial en lo que hace a la habilitación legal para que el máximo tribunal de justicia opere un rechazo —sin mayor fundamentación y en forma discrecional— respecto de asuntos que implican en principio, cuestión federal suficiente, ahora con la sola invocación del art. 280 del CPCCN.

Con lo dicho, se ratifica legislativamente la obligación del cimero Tribunal, en el sentido de dar tratamiento solo a aquellos recursos extraordinarios que, en su criterio,³² fuesen portadores de cuestiones federales trascendentes.³³

Existe también otra cuestión que amerita debate, ya para el caso de habilitación del segundo supuesto de rechazo del R.E., en tanto la Ley hace referencia a cuestiones "insustanciales" o "carentes de trascendencia".

Cabe recordar además, que el primer supuesto de rechazo discrecional, remitía a las cuestiones "insuficientes" habiéndose preguntado Bianchi³⁴ cuál sería la diferencia entre una cuestión federal insuficiente y una cuestión federal insustancial o carente de trascendencia, respondiendo

⁽³⁰⁾ BIANCHI, Alberto, "La Corte Suprema y el ejercicio de funciones discrecionales" en AAVV, *Función Política de la Corte Suprema*, Edit. Ábaco, pág. 161.

⁽³¹⁾ BIANCHI, Alberto "La Corte..." citada en nota anterior, pág. 161. Allí destaca entre los esfuerzos legislativos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 23.774, a "(...) la actuación de la Comisión designada a tal fin, por Dec.772/83".

⁽³²⁾ Ya que en éstos casos, solo la Corte decide cuando existe la mentada "trascendencia".

⁽³³⁾ Bien aporta en el punto Narciso Lugones, que lo que debe ser trascendente, es aquí la cuestión debatida en sí, mas no el agravio aducido por parte interesada (Cfr. Del autor citado "Recurso Extraordinario", Depalma, 1992, pág. 392).

⁽³⁴⁾ Autor y Op. citada, pág. 164.

que en la práctica, realmente no hay ninguna, pudiendo la Corte rechazar ambas según su sana discreción. Coincidimos con esta reflexión, la que por otra parte, se encuentra avalada por el accionar jurisprudencial de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.³⁵

Claro es que de lo expuesto, se deriva que esta figura legal ha contribuido en forma eficiente a la consolidación de la existencia de efectivos poderes discrecionales, en cabeza del Alto Tribunal de Justicia.

V. DESCARTANDO LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 280 DEL CPCN (el triunfo de la Corte Suprema, en su afán de obtener una jurisdicción discrecional)

Hemos dejado sentado con anterioridad, que la modalidad "certiorari negativo" implementada por Ley 23.774, puede generar objeciones de constitucionalidad al admitir que nuestro Superior Tribunal de Justicia pueda desechar un Recurso Extraordinario válidamente interpuesto, con solo aducir el art. 280 del CPCN y sin fundar su decisorio.

Proponía a su tiempo Alberto Spota incorporar legislativamente la "regla de cuatro",³⁶ ya que como bien lo señalaba "(...) si sobre nueve hombres, cuatro piensan que el tema en debate merece ser analizado, los otros cinco están obligados a realizar ese análisis y a decidir y fundar en derecho razonadamente bajo la forma de sentencia, su decisión", enfatizando con ello su postura, compartida por nosotros, de que esta norma (en referencia a la "regla de cuatro" "(...) hubo de ser incluida en nuestro artículo 280, para impedir impresionantes anacronismos como han acaecido y acaecen entre nosotros".

Es que existen razones sociopolíticas, demográficas y otras vinculadas a la necesidad de dar un uso razonable al tiempo de la Corte que pueden ser exhibidas como motivaciones suficientes que legitiman la existencia de una norma de este tipo, pero omitió el propio Congreso de la Nación, al legislar la figura del "certiorari negativo", establecer un límite en el uso racional de la nueva regla de derecho, que nosotros imaginamos como la institucionalización de una regla que valide la decisión de una mayoría de la Corte para no aplicarla.

⁽³⁵⁾ Ver, por todos, Autos "Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer" "LL" 1993-C, pág. 174.

⁽³⁶⁾ Cfr. Spota, Alberto "Recurso Extraordinario" citado, pág.44. Debe ser recordado que al momento de efectuar Spota sus críticas, nuestra Corte Suprema de Justicia de la nación estaba compuesta por nueve miembros, y es por ello que habla de la "regla de cuatro" que si se impusiera, debiese ser adaptada a la cantidad de miembros que hoy integran nuestra Corte Suprema (cinco) y la tornaría en una "regla de dos".

Pero, ¿puede ser tildado de inconstitucional, teniendo en consideración el modo de la formulación normativa que exhibe hoy el art. 280 del CPCN?

La realidad es que, sin perjuicio de ciertas falencias técnicas que apuntamos sobre la idoneidad del modelo adoptado, reclamando reevaluar su conveniencia o perfectibilidad, no podríamos tacharlo “prima facie” de inconstitucional por el modo de su formulación.

Con lo expuesto, no nos cabe duda de que la admisión y reconocimiento de la trascendencia en las cuestiones litigiosas que se presentan al conocimiento de una Corte Suprema de Justicia, involucran al específico campo de su jurisdicción extraordinaria discrecional.

Ello le permite auto habilitarse —y más aún cuando la cuestión ha sido legislada por el Congreso de la Nación— para entender, o no hacerlo, en determinados asuntos de corte constitucional, institucional, social, comunitario, económico etc., sin que tenga necesariamente que vincularse a estrictas reglas formales del Recurso Extraordinario, considerando las características y posibles derivaciones de algunos de los motivos que involucran la petición de que se trate.

Cabe adunar a las anteriores consideraciones, que la propia Corte Suprema ha defendido la constitucionalidad de la figura, señalando —como ya lo expusimos— que un rechazo por “certiorari negativo” no confirma el acierto o error de la decisión puesta en crisis, sino que se trata de una facultad discrecional en materia de selección de asuntos a considerar.³⁷

Finalmente, ha sido el recordado Germán J. Bidart³⁸ Campos quien echó luz definitiva sobre el punto, haciéndose cargo de posibles objeciones a la constitucionalidad de la norma, desde un acertado posicionamiento que nosotros compartimos.

En principio, y si bien el art. 116 sostiene que la Corte Suprema entiende en “todas las causas”, ello lo es conforme las reglas y excepciones que a tal fin establezca el Congreso,³⁹ que es justamente lo que ha hecho el cuerpo legislativo nacional, al dictar la Ley 23.774.

Respecto a que tal determinación pueda ser adoptada con la sola invocación a lo dispuesto en el art. 280 del CPCN, y sin mayor fundamento adicional, también puede sostenerse que no ostenta arbitrariedad la declaración que así lo hace, ya que ello es conforme a la norma habilitante, que

⁽³⁷⁾ Cfr. CSJN, 04/10/1994, “Arnaudo, Alejandro c/Shurrer Presser, Aldo J. y otros” “LL” 1995-A-447, “DJ” 1995-I-483.

⁽³⁸⁾ Del autor citado “¿Es constitucional...?” ya referida, pág. 427.

⁽³⁹⁾ Ha explicitado acertadamente Bidart Campos (Op. y pág. citada), que “(...) en el caso, la Ley 23.774 bien puede darle al Tribunal la válvula para abrir y cerrar el acceso a su jurisdicción apelada” agregando a ello, que “(...) es indudable que toda vía recursiva admite que su reglamentación legal prescriba requisitos y condiciones, por lo que en muchos casos, articulado el recurso, éste pueda ser improcedente, inadmisibile, denegado, etc.”.

tampoco resulta arbitraria cuando delega tal determinación en el sano y razonable criterio del Tribunal.⁴⁰

Ello por cierto, no inhibe de críticas al accionar de la Corte Suprema de Justicia, cuando torna "sana discrecionalidad" en "arbitrariedad". Es por tal razón, que aun sosteniendo la constitucionalidad de la norma que instaura en nuestro sistema constitucional al "certiorari negativo", propiciamos mejorar el contexto de la figura, en el sentido que propiciara Alberto Spota, ya que como es sabido, no todo aquello que es constitucional, es conveniente o útil.

Creemos en cambio, que el contexto antes narrado habilita a preguntarnos si es bueno sublimar, como se lo ha hecho, el rol de plena discrecionalidad en su obrar, tal hoy lo detenta nuestro cimero Tribunal de Justicia.

Lo señala en este sentido, y compartimos su apreciación, Silvia Palacio de Caeiro,⁴¹ cuando sostiene sin eufemismos que "el writ of certiorari", desde el modo en que ha sido legislado entre nosotros, muestra el carácter discrecional de la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema.

Enfatiza esta cuestión Alberto Bianchi,⁴² cuando destaca que la Corte, hasta el año 1990, ya había avanzado a modo de "bomba aspirante" abriendo el Recurso Extraordinario hasta el límite de obviar, en ciertas ocasiones, el cumplimiento de sus requisitos esenciales, careciendo de la misma fuerza en el punto referido a la desestimación de causas consideradas baladíes o insustanciales, ya que frente a un planteo federal propiamente dicho, debía necesariamente fundar sus decisorios.

Es que la reforma al art. 280 del CPCCN, aportó la contracara de los roles discrecionales de nuestra Corte Suprema de justicia, la que al fin y al cabo, es también un Poder de Estado que debe —como los otros dos— utilizar su sana discreción en modo no arbitrario y en concordancia con los fines de la Carta Fundamental.

Claro es entonces que se encuentra habilitada hoy nuestra Corte Suprema de Justicia, y conforme al modelo vigente, para avanzar hacia los confines procesales que estime conducentes, de la mano de la fórmula

⁽⁴⁰⁾ Resalta aquí también acertadamente Bidart Campos (Op. y pág. citadas). Que "(...) basta repasar la tipología de la arbitrariedad de sentencia, tanto en la doctrina como en el derecho judicial de la Corte, así como en la razón constitucional que presta arraigo a su diseño, para darse cuenta de que el certiorari del art. 280, para nada tipifica una situación encuadrable en dicha arbitrariedad". Agrega a ello, que "(...) en verdad, es suficiente que reenviando a tal artículo, la Corte rechace un recurso, porque la ley que puede excepcionar y reglar su jurisdicción apelada, está dando los parámetros claros a utilizar por la Corte a su sana discreción. Y como si bien es muy cierto que la ley no podría suprimir totalmente la jurisdicción apelada de la Corte (...) también es muy cierto que una excepción razonable viene a ser la que, como válvula regulable por la misma Corte, implica el certiorari".

⁽⁴¹⁾ De la autora citada "El Recurso Extraordinario Federal" en AA. VV. (Dir. Pablo Manili) "Tratado de Derecho Procesal Constitucional" Edit. La Ley, T^o III, pág. 420.

⁽⁴²⁾ BIANCHI, Alberto "El ejercicio de funciones discrecionales..." citada, pág. 166.

“gravedad institucional”, pero también a retraerse en la medida en que lo considere necesario, cuando se enfrente a una cuestión federal que considere intrascendente, nimia o convenientemente sustanciada en las instancias judiciales anteriores.

V. PARA CONCLUIR (acerca de los confines de la “trascendencia institucional”)

No hay duda ninguna de que hoy se requiere para “abrir” un Recurso Extraordinario, no solamente acreditar la existencia de agravio arbitrario e inclusión en los perfiles normativos que ofrece el art. 14 de la Ley 48, sino además, que la presentación denote “trascendencia institucional”, lo que será en todos los casos evaluado preliminarmente por la Corte Suprema en el contexto de su “sana discrecionalidad”.

Señala con efectividad conducente Alberto Bianchi,⁴³ que “(...) existe hoy día un alto grado de ejercicio de poderes discrecionales en la Corte” destacando el destacado jurista ese implacable tránsito, que “(...) comenzó tímidamente hace aproximadamente seis décadas como un pequeño nicho, y se ha expandido al presente al punto tal que parecería que la otrora regla se ha convertido en excepción”.

Considerando que las palabras transcritas, fueron expresadas en el año 2000, hoy —a quince años de haber sido escritas— adquieren una altura premonitoria. Ese alto grado de ejercicio de roles discrecionales en la Alta Corte de Justicia, se ha tornado hoy en norma habitual de actuación, no solo en esas delicadas circunstancias, sino aún en otras.

Por ello creemos nosotros que una actitud de autolimitación en la Corte Suprema, restringiendo la operatividad del “certiorari negativo” a una modalidad de posible “regla de dos”, cuando su integración se consolide en forma definitiva y se designen sus dos miembros faltantes, aportaría seguramente aire fresco, pleno de institucionalidad a su funcionamiento.

Quede claro entonces, que a la fecha, nuestra Corte Suprema ha logrado poner en crisis, todos los recaudos procesales impuestos por ley, y aun pretorianamente para la procedencia del Recurso Extraordinario Federal, ya sea para admitirlo, o —como en el caso en estudio— para rechazarlo.

⁽⁴³⁾ BIANCHI, Alberto “El ejercicio de funciones discrecionales...” citado, pág. 142. Recordamos que éste autor expresa en su erudito estudio, que “(...) la discrecionalidad de la jurisdicción de la Corte puede ser válidamente analizada a través de cinco fases sucesivas y simultáneas, que tienen que ver en realidad con las diferentes modalidades que ha ido asumiendo el recurso extraordinario. Ellas son: a) nacimiento y desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias; b) nacimiento y desarrollo de la doctrina de la gravedad institucional; c) reforma del Art. 280 del Cod. Procesal Civil y Comercial de la Nación y uso del certiorari; d) empleo del recurso per saltum; y e) empleo del llamado “certiorari de admisión”.-

Solo cabe esperar, que —hacia el futuro— tanta "sana discrecionalidad", no se torne finalmente en "pura arbitrariedad".

Ello, expresado por el bien de la alicaída República, y en homenaje al obrar de los "buenos jueces".

Que los tenemos, y muchos.

NOTAS

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Arsenio Oré Guardia *

En el ámbito del proceso penal, el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como finalidad la efectiva aplicación del *ius puniendi* ante la acreditación de la comisión de un hecho punible, así como, de ser el caso, la oportuna reparación de la víctima luego de acreditarse la responsabilidad civil.

En consecuencia, a efectos de evitar que dichos fines sean defraudados cuando, por ejemplo, el imputado rehúye al proceso, perturba la actividad probatoria o produce deliberadamente su insolvencia económica, el Derecho ha previsto una serie de medidas coercitivas, entendidas estas como el medio organizado para que el Estado intervenga en la libertad (personal o patrimonial) del justiciable.

Centrándonos en el ámbito estrictamente penal, las medidas a imponerse pueden oscilar desde aquella que le impone al imputado el deber de cumplir con las órdenes impartidas por el juez (la comparecencia) hasta la que implica una privación efectiva de la libertad personal (la prisión preventiva).

Dentro de este contexto, precisamente, la prisión preventiva constituye la medida de coerción procesal más aflictiva del derecho a la libertad personal con que cuenta el Estado para preservar, en cualquier caso, el debido ejercicio de la función jurisdiccional que, directa o indirectamente, se

(*) Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Miembro fundador del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

pone en peligro cuando el imputado se encuentra en libertad, bien porque busca entorpecer la investigación (peligro entorpecimiento) o bien porque pretende sustraerse de la acción de la justicia (peligro de fuga).

En virtud de que lo perjudicial que resulta para el imputado la aplicación de la prisión preventiva — por la estigmatización social del ciudadano que es llevado a un establecimiento penitenciario y el aislamiento que ello supone respecto de su entorno familiar y social, entre otros— el juez, al aplicar esta medida, debe hacerlo únicamente luego de haber analizado rigurosamente, de acuerdo a cada caso en concreto, los principios generales de las medidas de coerción y los presupuestos materiales que, precisamente, autorizan su aplicación.

I. PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Durante el examen del requerimiento fiscal de la prisión preventiva, el juez debe ser respetuoso de los principios que la sustentan o fundamentan, pues solo de este modo su decisión encontrará suficiente legitimación dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Así, el juez deberá observar el principio de legalidad (art. 2.24.b Const., y arts. VI TP y 253.1 del Código Procesal Penal de 2004), en tanto que este no puede crear ni modular jurisprudencialmente los alcances de una medida privativa de la libertad, aun cuando esta sea provisional. En consecuencia, el juez deberá desestimar todo requerimiento fiscal que no se ajusta a las exigencias de ley, que se puede poner de manifiesto, por ejemplo, cuando el Ministerio Público solicita la concesión de la prisión preventiva dentro de un proceso por lesiones leves, pues no cumpliría con la prognosis de la pena que la ley exige.

El siguiente principio que el juez debe observar es el de necesidad, en virtud del cual la prisión preventiva solo podrá aplicarse cuando, dentro del ordenamiento, esta sea imprescindible, es decir, cuando no exista otra medida de coerción más efectiva a los fines que, de acuerdo a lo expuesto por el fiscal, se pretende asegurar. Este principio encuentra amparo legal en el art. 253.3 del Código Procesal Penal de 2004.

Asimismo, el órgano jurisdiccional solo podrá decretar la prisión preventiva en observancia irrestricta del principio de proporcionalidad, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho a la libertad que supone la imposición de la prisión preventiva sea equivalente a la magnitud del peligro que se busca procurar.

A tal efecto, el juzgador debe examinar, en primer lugar, si la afectación del derecho resulta pertinente y adecuada para conseguir el objetivo

propuesto, a la vez que dicho objetivo debe enmarcarse dentro de un parámetro constitucional (subprincipio de idoneidad).

En segundo lugar, deberá evaluar si, no obstante ser idónea la imposición de la prisión preventiva al caso concreto, en el ordenamiento existe una medida de coerción alternativa menos aflictiva y más eficiente respecto de los fines que se pretende asegurar (subprincipio de necesidad en su acepción de mínima intervención).

En tercer lugar, el juzgador también deberá evaluar los principios, derechos e intereses que se ponen en conflicto en relación de su decisión cautelar a adoptar, bajo la regla de que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro¹ (subprincipio de ponderación).

Finalmente, y no por ello menos importante, el juez deberá observar el principio de prueba suficiente, en virtud del cual solo será posible la imposición de la prisión preventiva cuando el cúmulo de elementos de convicción ofrecido por el requirente satisfaga el estándar de prueba establecido por nuestro ordenamiento, es decir, que, con ocasión de la audiencia de prisión preventiva, el juez advierta que en el caso concreto se presenta el concurso de “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo” (art. 268.1).

II. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los presupuestos que habilitan la aplicación de la prisión preventiva son tres: 1. La apariencia de la comisión del delito, 2. La pena probable y 3. El peligro procesal. Dentro de este último se distingue entre el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento.

En consecuencia, el juez solo podrá ordenar la prisión preventiva cuando, con ocasión de la audiencia celebrada en relación del requerimiento formulado por el Ministerio Público, concurren los tres presupuestos materiales, los cuales serán materia de un breve análisis a continuación.

1. La apariencia de la comisión del delito

Este presupuesto material, regulado en el art. 268.a del Código Procesal Penal de 2004, está conformado por dos elementos: el primero, de carácter normativo y, el segundo, probatorio.

El elemento normativo informa que el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, es decir, que la afirmación fáctica alegada por el

⁽¹⁾ Exp. n.º 045-2004-AI/TC (FJ. 40), caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

fiscal debe tener carácter típico, antijurídico, culpable y, en ciertos casos, punible. Además, en el caso de pluralidad de imputados, debe respetar mínimamente las reglas de autoría y participación, de ahí que la prisión preventiva no procede en los casos de faltas o de infracción administrativa.²

En relación al segundo elemento, el juez debe evaluar si la evidencia ofrecida por la fiscalía alcanza el estándar de “fundados y graves elementos de convicción”.

Más allá de las críticas que pueda merecer esta exigencia, debido a la elevada connotación subjetiva que se desprende del término “grave” empleado, tenemos que con la regulación de este estándar probatorio el legislador ha pretendido poner énfasis en que el cúmulo de elementos de convicción incorporados a la audiencia de prisión preventiva debe permitirle al juez examinar la exigencia de la apariencia de la comisión del delito desde la perspectiva de una probabilidad especialmente cualificada.

Esta exigencia se satisface cuando la hipótesis inculpativa plasmada en el auto de prisión preventiva presenta una fundamentación más plausible de los hechos frente a las hipótesis de defensa, a la vez que, desde el punto de vista probatorio, dicha hipótesis inculpativa sea contrastada medianamente a través de mayores elementos de convicción.

En este sentido, Beltrán Calfurrapa indica que en la resolución, precisamente, “(...) se debe abundar con mayores proposiciones fácticas destinadas a disminuir el campo de posibilidades fácticas que podrían ser alegadas por la defensa y sustentadas plausiblemente en audiencia”.³

2. La pena probable

De acuerdo a este presupuesto material, el juez solo podrá decretar la prisión preventiva dentro de las investigaciones cuando el delito imputado acarree una pena superior a los cuatro años (prognosis de la pena). En términos del art. 268.b del CPP de 2004, este presupuesto supone que “la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”.

El fundamento de esta opción legislativa gira en torno al principio de proporcionalidad, en virtud del cual no resulta equitativo permitir que el Estado pueda privar de la libertad al investigado, siquiera provisional-

⁽²⁾ ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, p. 156. De manera contraria a lo afirmado, el art. 485.2 CPP del 2004 permite la aplicación de la prisión preventiva dentro de los procesos por faltas. Toda vez que dicha opción legislativa es desproporcional en función de la sanción que se puede imponer mediante la sentencia, consideramos que su carácter inconstitucional debería ser denunciado a través de las instancias correspondientes.

⁽³⁾ BELTRÁN CALFURRAPA, *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*, <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n14/art06.pdf>.

mente, por la presunta comisión del delito cuya pena, llegado el momento de ejecutarla, pueda ser suspendida, de conformidad con el art. 57 del Código Penal.

3. El peligro procesal

No obstante el concurso de los presupuestos materiales ya señalados, el juez no podrá decretar la prisión preventiva si, en el caso concreto, no concurre el peligro procesal, bien sea en su modalidad de entorpecimiento de la investigación o de peligro de fuga.⁴

Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que el presupuesto que otorga legitimidad a la prisión preventiva "(...) deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia (...)".⁵

Dicho esto, el peligro de fuga como criterio para definir el peligro procesal tiende a evitar la sustracción del procesado para garantizar, de un lado, su concurrencia a las diligencias o audiencias cuya presencia resulta insoslayable y, de otro, para la efectiva aplicación de la ley penal.

Así, el peligro de fuga se configura como un presupuesto de naturaleza relacional, en tanto que su examen no debe enfocarse a las circunstancias fácticas en particular, sino al vínculo que debe existir entre dichas circunstancias y el peligro latente de que el procesado pueda efectivamente sustraerse.⁶

En suma, este criterio concurrirá cuando el juzgador, en un caso en concreto, advierta que el imputado no tiene ningún vínculo que lo "obligue" a mantenerse dentro del distrito judicial en el que la investigación tiene lugar.

En este sentido, el art. 269 del Código Procesal Penal de 2004 ha prescrito algunos criterios que permitirán el juzgador determinar la presencia o no del peligro de fuga en un determinado caso. Estos criterios son: 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades

⁽⁴⁾ Entre otros, MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, p. 292; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 1132; BIGLIANI/BOVINO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, p. 25.

⁽⁵⁾ SCIDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, (párr. 77).

⁽⁶⁾ De ahí que NIEVA FENOLL sostenga que el riesgo en referencia no debe sustentarse en una mera conjetura. "El juez tiene que ser capaz de explicar en su resolución con qué medios el preso (sic.) podría eludir la acción de la justicia, puesto que en caso de que no pueda explicarlo, tampoco podrá justificar la existencia del riesgo". NIEVA FENOLL, *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*, p. 185.

para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 4. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Consideramos que la lectura de estos criterios debe ser únicamente referencial, pues lo determinante siempre será la manifestación de una relación de causa-efecto de la concurrencia de cualquiera de estos supuestos (u otros que jurisprudencialmente vayan incorporándose) y el fin último que se persigue con la prisión preventiva.⁷

Así, por ejemplo, a efectos de evaluar el arraigo no será suficiente identificar que el procesado cuente con domicilio conocido, sino que determinar “(...) cuándo el arraigo —medido en términos cualitativos— descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva”.⁸

Teniendo en cuenta ello, consideramos que la gravedad de la pena (art. 269.2 CPP del 2004) tampoco puede evaluarse como un criterio suficiente para determinar el peligro de fuga, pues ello no solo nos llevaría a privar de la libertad al justiciable bajo una presunción de incomparecencia, sino también a dejar sin contenido a esta medida cautelar, convirtiéndola en un supuesto de anticipo de pena.⁹

Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional al explicar que “si ese fuera el sentido (...), esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada solo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, esta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión

⁷ Así lo sostiene también la Corte Suprema al precisar que “(...) los criterios establecidos por los artículos 269 y 270 del mencionado Código [son] ‘tipologías referenciales’, destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal”. Res. Adm. n.º 325-2011-P-PJ (Cons. 6 y 7).

⁸ Res. Adm. n.º 325-2011-P-PJ (Cons. 7).

⁹ En este sentido, SANGUINÉ explica: “(...) en relación al *criterio penológico* de la gravedad de la pena, se afirma que generalizar la prisión provisional para todos los supuestos en que la pena prevista exceda de un determinado *quantum*, solo encuentra explicación en inconfesadas razones de pretendida defensa social, convirtiendo tal medida en pura *anticipación generalizada del cumplimiento de la pena* en un momento que sin embargo se dice cubierto por la presunción de inocencia, que de este modo queda también francamente desnaturalizada en *presunción de peligrosidad*”. SANGUINÉ, *La prisión provisional y derechos fundamentales*, p. 109.

Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, 'podría incluso considerarse [como] que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley'.¹⁰

Por su parte, consideramos que el criterio referido a la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él (art. 269.3 CPP del 2004), si bien se enmarca dentro de la política criminal tendiente a tutelar los intereses de la víctima,¹¹ no guarda relación alguna con la finalidad de la prisión preventiva por diversos motivos: primero, por cuanto la gravedad del daño resarcible que se pretendería cautelar puede ser garantizada a través de otras medidas más idóneas — por ejemplo, mediante el embargo o la incautación — y menos afflictivas respecto del derecho a la libertad del procesado; y, segundo, porque no cabe interpretar el peligro de fuga sobre la base de un supuesto de hecho que se rige por el principio dispositivo, por lo que, desde el ámbito penal, no es aceptable que la eventual configuración de este criterio pueda depender, eventualmente, de la falta de acuerdo entre las partes privadas respecto de la reparación del daño.

El art. 269.4 CPP del 2004 precisa que el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior también puede ser tomado como criterio a efectos de evaluar el peligro de fuga.

Al respecto, entendemos que el peligro al que se refiere debe establecerse dentro del marco del proceso penal en el cual se desarrollaron dichos procedimientos, a efectos de evitar razonamientos por analogía en virtud de los cuales el juzgador pueda ordenar la prisión preventiva en una causa penal luego de advertir que el imputado, en otros procesos, se encontró bajo una medida de coerción similar, máxime cuando es "(...) imposible sostener que los criterios allí establecidos se cumplen en el proceso en trámite".¹²

Dicho esto, el comportamiento al que se refiere el citado art. 269.4 debe ser uno actual, circunstanciado y relacionado al proceso penal específico que se busca cautelar.

Finalmente, el quinto criterio recogido en la ley consiste en la "(...) pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas" (art. 269.5 CPP del 2004).

Siguiendo las reglas ya expuestas, consideramos que este elemento debe evaluarse en relación al objeto de cautela. Así, no cabe colegir que el

⁽¹⁰⁾ Exp. n.º 010-2002-AI/TC (FJ. 126), caso: Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos.

⁽¹¹⁾ Dentro de este contexto, por ejemplo, también se entiende la incorporación de las medidas anticipadas (art. 312 CPP de 2004).

⁽¹²⁾ DEL RÍO LABARTHE, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, p. 59.

peligro de fuga se configura con la sola pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas, puesto que ello haría reposar, implícitamente, la aplicación de la medida coercitiva en la naturaleza del hecho sobre el que se configura el ilícito penal (asociación u organización criminal) y no en la conducta procesal del inculpado.

Ahora bien, el segundo criterio, referido al peligro de entorpecimiento, se pone de manifiesto cuando el imputado despliega una serie de conductas destinadas a obstaculizar la investigación o la debida sustanciación de alguna etapa procesal.

Vale indicar que este criterio no se satisface sobre la base del silencio o la negativa del imputado a prestar declaración.¹³ Y es que, desde el momento en que la declaración del imputado constituye la máxima expresión del ejercicio legítimo de derecho de defensa material,¹⁴ tampoco puede interpretarse como un supuesto de entorpecimiento las diversas versiones que manifieste¹⁵ o, por el contrario, el silencio al que recurra en ejercicio

⁽¹³⁾ ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 261.

⁽¹⁴⁾ Así lo recuerda la Comisión Interamericana al destacar que el hecho de que el acusado rehúse a cooperar con la investigación o que utiliza todos los recursos disponibles solo debe entenderse como un acto tendiente, por parte de este, a limitarse a ejercer su derecho legal. Por lo que la "(...) demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento". Informe n.º 12/96, Argentina (párr. 103), caso 11.245 de 1 de marzo de 1996.

⁽¹⁵⁾ Llama la atención las posturas vertidas por el Tribunal Constitucional en relación al supuesto planteado. Así, si bien mediante el exp. n.º 0376-2003-HC/TC (FJ. 8 y 9), caso: Laura Bozzo Rotondo, expuso, luego de identificar las versiones contradictorias o incoherentes que habría vertido la favorecida con el recurso de agravio constitucional dentro del proceso ordinario, que "Los hechos descritos permiten al juez penal presumir objetivamente que la demandante tiende a perturbar y obstruir la labor de investigación de los órganos judiciales", atribuyendo a las diversas versiones que pueda dar el procesado un alto poder para desviar el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso —posición jurisprudencial que fue reiterada en el exp. n.º 2915-2004-HC/TC (FJ. 28), caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio—; posteriormente expuso que "(...) el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria no puede sustentarse legítimamente en la negativa de los cargos por parte del imputado, lo que constituye únicamente un ejercicio del derecho defensa", pues ello "resulta a todas luces ilegítimo en términos constitucionales, toda vez que implicaría para el imputado la obligación de aceptar la comisión de los hechos que se le atribuyen como requisito para obtener algún tipo de libertad procesal. Ello, sin duda, resulta vulneratorio del derecho a no autoincriminarse, elemento implícito del debido proceso (art. 139.3 Const.), reconocido de manera expresa en el art. 8 CADDHH, como parte de las 'Garantías Judiciales' mínimas que tiene todo procesado: 'g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)'. Exp. n.º 05591-2009-HC/TC, (FJ. 9 y 10), caso: Flor de María Sánchez Díaz.

Precisamos que este último pronunciamiento se emitió respecto de un auto de prisión preventiva donde se había justificado el peligro procesal en que "(...), si bien [la beneficiada] se presentó a la Comisaría en forma voluntaria, tiene radicación conocida, es madre de familia, ama de casa, tiene posesión de una vivienda y carece de antecedentes penales, sin embargo, viene entorpeciendo la acción de la justicia, al negar su participación como señuelo y se contradice cuando por un lado refiere haberle tomado servicio y por otro lado, refiere que no condujo el motokar porque no sabe manejar, cuando la pregunta no fue si había manejado sino orientado al

de su derecho a la prohibición de la autoincriminación.

Asimismo, consideramos que tampoco puede entenderse como acto de entorpecimiento a aquellos supuestos de ejercicio activo de la defensa técnica, es decir, la interposición de ciertos medios de defensa, la deducción de audiencias de tutela de derechos o de control de plazo, entre otros, siempre y cuando no se traten de acciones que, desde un inicio, se encuentran manifiestamente sancionadas con la desestimación del pedido.¹⁶

Siendo consecuentes con lo expuesto, resulta pertinente la opción legislativa consagrada en el art. 270 CPP del 2004 al establecer que este criterio se producirá cuando exista riesgo razonable de que el procesado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba; 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y 3. Estimulará a otros a realizar tales comportamientos.

Finalmente, cabe precisar que la concurrencia de estos criterios propios del *periculum in mora* no pueden ser satisfechos con la simple alegación por parte del órgano requirente (ni siquiera con la invocación genérica y abstracta acerca de la "necesidad de la investigación"), sino con la formulación fáctica circunstanciada en que se fundaría el peligro de fuga o el peligro de entorpecimiento y la existencia de suficiente evidencia que permita al juzgador reconocer en qué casos el proceso penal se encuentra expuesto ante cualquiera de dichos riesgos.¹⁷

III. ¿CUÁNDO SE DISTORSIONA LA PRISIÓN PREVENTIVA?

Naturalmente, lo ideal sería que se realicen procesos en los que no se les restrinja o prive de la libertad a los procesados hasta antes de que se emita

agraviado hacia el lugar donde se produjo el robo agravado; refiere haber tomado servicio a su domicilio cuando en realidad el agraviado jamás lo condujo a su domicilio; asimismo refiere no conocer la identidad de las prendas de sus codenunciados, hecho que debe saber habida cuenta que ellos abordaron el vehículo menor cuando se encontraba ella a bordo del mismo (...)"

⁽¹⁶⁾ Dicho concepto fue explicado por el Tribunal Constitucional (exp. n.º 2915-2004-HC/TC (FJ. 27), caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio), desarrollado ampliamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe n.º 12/96, Argentina (párr. 103), caso 11.245 de 1 de marzo de 1996, y reiterado en el Informe n.º 64/99, Ecuador (párr. 60), caso 11.778 de 13 de abril de 1999. En estos informes, la Comisión señaló que la "(...) demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento". Para tal fin, la Comisión hace una distinción entre el uso por parte del peticionario de sus derechos procesales, la falta de cooperación en la investigación o el juicio, y la obstaculización deliberada.

⁽¹⁷⁾ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97. Caso Argentina, (Párr. 30 y 34), 11 de marzo de 1997.

una sentencia condenatoria, incluso, firme; sin embargo, esta aspiración, por las particularidades de los casos, no siempre se realiza.

Entonces, lo que debe procurarse es, como mínimo, que el principio de libertad como regla y detención como excepción tenga vigencia siempre. Este principio, como no podía ser de otro modo, tiene reconocimiento constitucional, toda vez que se encuentra consagrado en el art. 9 de la DUDDHH, art. 9.1 del PIDCP, incs. 1, 2 y 3 del art. 7 de la CADDHH, art. XXV de la DADDHH, art. 2.24.f de la Constitución y el art. VII.3 del CPP de 2004, y se configura como un límite directo de la prisión preventiva, en virtud del cual su aplicación solo será procedente cuando sea indispensable o necesaria para conjurar el peligro procesal que pueda entorpecer el proceso penal.

Así, el principio de libertad como regla y la detención como excepción concede al derecho a la libertad personal un lugar especial, en virtud del cual todo tipo de detención arbitraria o ilegal o, incluso, una interpretación analógica o *in malam partem* de las normas restrictivas del derecho en referencia queda proscrita del ordenamiento constitucional.

Con ello, por ejemplo, la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, sin identificar el peligro procesal que se pretende proteger o, incluso, las decisiones tendientes a prolongar la prisión preventiva, a pesar de que el peligro procesal o el estándar de prueba reunido ha sido desvirtuado, no solo implican violentar el principio en referencia, sino también, asumir, de facto, un modelo procesal en el cual la prisión preventiva se impone o se mantiene como un mecanismo de anticipo de pena.

Lo expuesto contrasta con el pronunciamiento adoptado por el Tribunal Constitucional español, al explicar que “Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio de *favor libertatis* (SSTC 32/1987 y 34/1987, ambas de 12 de marzo; 115/1987, de 7 de julio; 37/1996, de 11 de marzo) o de *in dubio pro libertate* (STC 117/1987, de 8 de julio), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional ‘debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad’”.¹⁸

Para que se cumpla con este principio se requiere, naturalmente, de la observancia irrestricta de los principios que informan a las medidas de coerción, en general, y a la prisión preventiva, en particular, principalmente de los principios de necesidad y de proporcionalidad; asimismo, es

⁽¹⁸⁾ STCE 098/2002 (FJ. 3)

indispensable el cumplimiento de los presupuestos materiales que habilitan, en un caso en concreto, la aplicación de la prisión preventiva.

En consecuencia, esta medida de coerción cumplirá fines ajenos para el que fue regulada — será distorsionada — cuando se apliquen vulnerando los principios que la informan y cuando se alejan de los presupuestos legalmente establecidos, lo cual resulta inadmisibles en un Estado constitucional de Derecho, en el que el derecho a la libertad tiene un valor preponderante.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Solo un juez independiente e imparcial puede emitir un auto de prisión preventiva cumpliendo tanto con los principios como con los presupuestos materiales, por lo que debe estar desprovista de toda presión — mediática, política o jerárquica — que interfiera en la decisión libre del juez al momento de que decida la aplicación de esta medida. Y es que, como adecuadamente lo sostiene en su informe el Instituto de Defensa Legal, “(...) las decisiones judiciales ajustadas a presiones mediáticas, sociales o incluso políticas, sea por la naturaleza del delito o las condiciones particulares de la persona acusada, pueden devenir en una medida ilegal y arbitraria”.¹⁹

Sin embargo, debemos admitir que no siempre los jueces resuelven el requerimiento de prisión preventiva de manera independiente e imparcial. A esta conclusión llegó Luis Pásara, luego de hacer un análisis comparado, quien afirma que en los cuatro países comparados²⁰ la prisión preventiva, “en cierto número de casos, se impone en razón de presiones recibidas por fiscal y juez, que les impiden actuar imparcialmente, en uso de la independencia que es propia del cargo”.²¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que las amenazas a la independencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de aplicar la detención preventiva “proviene fundamentalmente de altos funcionarios de otros órganos del Estado, de las cúpulas de los propios poderes judiciales, y de los medios de comunicación y la opinión pública”.²²

⁽¹⁹⁾ INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, *Ataques a la independencia judicial y su impacto en la prisión preventiva en América Latina. Informe Perú*, <http://www.jusdem.org.pe/articulos/Informe%20IDL%20Peru%20version%20final.pdf>, p. 6.

⁽²⁰⁾ Estos países son: Argentina, Ecuador Colombia y Perú.

⁽²¹⁾ PÁSARA, Luis, *La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo*, <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>, p. 6. (última visita, 22 de setiembre de 2014).

⁽²²⁾ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, p. 9. (última visita, 22 de setiembre de 2014).

A continuación analizaremos la influencia —a veces perniciosa— de los medios de comunicación en la emisión de la prisión preventiva, ya que, por el gran poder que tienen, son uno de “los principales generadores de un clima que propicia interferencias en procesos de justicia antes del juicio”.²³ Y esto se advierte con mayor nitidez cuando se trata de la aplicación de la prisión preventiva, pues, dependiendo de cada caso, los medios de comunicación exigen —sin detenerse en analizar si se cumplen los presupuestos y los principios— la imposición de esta medida, sin reparar en los graves efectos que la misma trae aparejada.

Pásara, al respecto, sostiene con toda claridad que “Columnas y editoriales formulan alegatos que, invocando el problema de la inseguridad ciudadana, se indignan y reclaman regularmente contra una orden de comparecencia dictada por un juez en un caso que ha adquirido notoriedad pública. Pero quizá lo más importante se da en el terreno propio de la producción de la noticia: los títulos de escándalo, el sesgo dado a los hechos y a las decisiones judiciales, y la utilización de las víctimas o sus familiares para incrementar la emotividad del lector son algunos de los recursos que los medios manipulan diariamente para engrosar su audiencia al tiempo de distribuir el discurso que demanda mayor represión en el funcionamiento del sistema penal”.²⁴

En este línea, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales afirma que “La construcción de discursos de emergencia y de seguridad [por parte de los medios de comunicación] puede encontrar en aquéllos herramientas útiles para instalarse y generar presión en los jueces (que cumplen en forma débil su función) para resolver si una persona será encerrada cautelarmente mientras se lleva adelante la investigación”.²⁵

Naturalmente, no se quiere limitar ni restringir el derecho a la libertad y a la información, lo que se busca proscribir es que la actividad periodística se aleje de los fines constitucionales e influya negativamente en los jueces al momento de emitir una medida tan gravosa como la prisión preventiva. La actividad de los medios de comunicación se deslegitima, en buena cuenta, cuando emiten noticias u opiniones sin contar con los

(23) INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, *Ataques a la independencia judicial y su impacto en la prisión preventiva en América Latina. Informe Perú*, <http://www.jusdem.org.pe/articulos/Informe%20IDL%20Peru%20version%20final.pdf>, p. 18.

(24) PÁSARA, Luis, *La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo*, <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>, p. 10. (última visita, 22 de setiembre de 2014).

(25) INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES, *El estado de la prisión preventiva en la argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, http://www.inecip.org/images/stories/archivos/publicaciones/otrostitulos/INECIP_Prision%20Preventiva_digital3.pdf, p. 93. (última visita, 22 de setiembre de 2014).

elementos necesarios, sin argumentos que sustenten sus afirmaciones, en las que exigen una respuesta determinada de parte del juez, y si ello no sucede, las críticas a este funcionario son muy duras, lo que muchas veces condiciona su decisión.

No se puede perder de vista que el proceso penal se sostiene sobre un conjunto de derechos y garantías que no solo asisten al procesado (presunción de inocencia, derecho de defensa, etc.), sino también a los funcionarios públicos (imparcialidad e independencia); por lo que, el mal desempeño de la función periodística —siguiendo criterios e intereses particulares— lesionaría indiscriminadamente dichas garantías y derechos fundamentales. Hay quienes incluso consideran que la expectativa del debate racional y/o científico sobre cuestiones jurídicas quedan disipadas cuando quien las va a comentar es un periodista desinformado,²⁶ ello en razón de que se prefiere tratar “el hecho criminal como si de una crónica de sociedad se tratara”²⁷ y no como lo que verdaderamente es, un proceso que sienta sus bases en derechos y garantías.

Lo cierto es que la prisión preventiva no es informada por los medios de comunicación en un sentido estrictamente jurídico, sino que es tergiversada y se suele incluso afirmar que debe ser aplicada en función del delito, y no en función de los presupuestos que la habilitan. Como se ha podido destacar, muchas veces los medios de comunicación no logran transmitir a la población cuál es la función y finalidad concreta de esta medida de coerción.

Por todo lo afirmado, a manera de conclusión, consideramos, en la línea de lo afirmado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, que “La propuesta debe encaminarse a efectuar un cambio cultural sobre qué significa la prisión preventiva, cómo aquella afecta a la persona sujeta a proceso penal y, sobre todo, que su utilización desmedida produce peores consecuencias en el fortalecimiento del sistema democrático”. “Para que ello suceda, insistimos en que se requerirá trabajar en conjunto desde distintos ámbitos —los tres poderes, la sociedad y los medios de comunicación— para lograr una aplicación adecuada y no un uso distorsionado del instituto en cuestión”.²⁸

⁽²⁶⁾ De ahí que Nieto García considere que cada profesional (periodista, por un lado, y jurista, por el otro) se dedique a lo suyo. En sus palabras: “Bueno es comentar las sentencias, mas si se trata de una crítica legal, es cosa de abogados y no de periodistas”. NIETO GARCÍA, *Lex nova: La revista*, 2001/25, p. 13.

⁽²⁷⁾ BAUCÉLLS LLADÓS/ PERES NETO, en *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, p. 151.

⁽²⁸⁾ INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES, *El estado de la prisión preventiva en la argentina. Situación actual y propuestas de cambio*, http://www.inecip.org/images/stories/archivos/publicaciones/otrostitulos/INECIP_Prision%20Preventiva_digital3.pdf, p. 98. (última visita, 22 de setiembre de 2014).

UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SUPERVIVENCIA PARA AMÉRICA LATINA

Antonio Colomer Viadel

I. INTRODUCCIÓN: LA CURIOSIDAD DEL JURISTA GERMANO

La visión de las tierras americanas que expresa el pensamiento alemán se debate en aquella ambivalencia que surge entre la indiferencia y despectiva exclusión de Hegel, como territorios incapaces para construir el Estado como forma suprema de la racionalidad del Espíritu (véase su *Filosofía de la historia*), y la curiosidad, interés y fascinación de Humboldt, referente inexcusable de los viajeros seducidos por la realidad americana, como expresa en su monumental obra *Viaje a las regiones equinocciales del nuevo continente*.

Por ello resulta atractiva la preocupación de un constitucionalista germano actual por intentar comprender aquel mundo en su dimensión latinoamericana, abrirse a un diálogo desde su perspectiva europea e incluso aportar propuestas para la construcción de un Derecho constitucional común latinoamericano.¹

Desde su visión de la ciencia cultural que explica la Constitución como una forma de cultura de la comunidad, a partir de los textos y los contextos, el profesor Häberle aborda esta cuestión lleno de buena intención, aunque no siempre compartamos sus juicios.

⁽¹⁾ HÄBERLE, Peter. "De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano", en *Diálogo científico*, Vol. 12, nº 1/2, CCC, Tübinga (Alemania), 2003, Versión resumida de un trabajo más amplio publicado en la serie "Ensayos jurídicos", nº 12 (2003), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

No deja de ser estimulante su perspectiva de las “Constituciones vivientes, formas marcadas que se desenvuelven vitalmente” y considerarlas, para el ciudadano lego, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

Del mismo modo sus referencias a la necesidad de unos mínimos económicos que deben estar garantizados para existir la democracia, y la importancia de los elementos simbólicos y emocionales contenidos en la Constitución, sin descuidar por ello la dogmática jurídica y los métodos de interpretación.

Una cuestión más discutible es cuando sitúa el punto de partida para un Derecho constitucional común latinoamericano en el carácter de Europa como modelo.

En mi análisis de los rasgos del constitucionalismo de la región, en sus orígenes históricos, llegué a la conclusión de que uno de los más relevantes y negativos fue el mimetismo jurídico, herencia pesada que ha llegado hasta nuestros días.²

El entorno histórico a considerar era el nacimiento del Estado sin la existencia previa de naciones, el duelo entre caudillos locales y una clase urbana ilustrada, deslumbrada por las ideas jacobinas. Las reglas constitucionales, copiadas de los textos europeos, no se aplicaban o sólo eran efectivas para una reducida minoría de la clase dirigente, lo cual marginó durante largas décadas a la gran mayoría de la población.

Un juicio muy certero es el del constitucionalista colombiano Luis Carlos SÁCHICA: “Nuestra incipiente democracia fue una democracia racionalista, de principios y preceptos con escasa fuerza normativa, frente a la carencia de las condiciones socioeconómicas de la democracia... cuando lo requerido era una democracia pragmática, capaz de integrar la nación, de unificar intereses, de hacer justicia, eliminando marginamientos y privilegios, y con ello legitimar el sistema”.³

Esta crisis y ausencia de legitimidad de los gobernantes será ya una enfermedad crónica en el continente.

Se desaprovechó también, en aquella etapa fundacional, el sentido comunitario de la sociedad colonial, con la tradición de los cabildos que había permitido la gran revolución de las ciudades, articulando aquellas sociedades durante más de tres siglos a la vez que la tradición comunal aborigen, atomizando ese cuerpo social por la obsesión individualista del modelo liberal imitado.

⁽²⁾ COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1990, pp. 77 y ss. Una segunda edición, corregida y aumentada, en Ed. Trillas, México D.F., 2009.

⁽³⁾ SÁCHICA, Luis Carlos. “Representación política y sistemas electorales en los países andinos”, en *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, ICI, Madrid, 1986, T. II, pp. 3-6.

Ahora bien, el profesor Häberle se refiere asimismo a elementos de identidad propios de las Constituciones latinoamericanas. Existe en la región, desde los libertadores, una vocación de integración latinoamericana, muchas veces fallida. Lo peculiar de esta hora es que la vocación se ha transformado en necesidad de supervivencia.

Entre esos rasgos diferenciales de familia constitucional se cita, en primer lugar, el reconocimiento de la multietnicidad y la multiculturalidad de estas sociedades. Hay que decir que con ser meritorio ese reconocimiento, en muchos casos no va más allá de constatar la existencia de unas costumbres culturales y jurídicas peculiares, sin llegar a aceptarse un verdadero pluralismo jurídico, aunque no es desdeñable la protección de minorías que ello implica.⁴

Sin dejar de reconocer los valores de estas culturas, incluso del modelo que el espíritu solidario existente en ellas puede suponer en la regeneración moral de aquellas sociedades, no debemos olvidar que sólo Bolivia y Guatemala, y en menor medida Perú y Ecuador, son sociedades con predominio de población indígena. El fenómeno dominante étnica y culturalmente es el del mestizaje, y tanto en el plano de la identidad cultural como de la construcción constitucional habría que tener la audacia de elaborar la doctrina “cósmica” de ese mestizaje, que es un acontecimiento histórico extraordinario en sí mismo.

Si seguimos la enumeración de rasgos citados por Häberle, no podemos desconocer la importancia de la superación del analfabetismo, las cláusulas sobre el patrimonio cultural como forma de identidad, el énfasis en el sistema educativo, los detalles sobre naturalización, por la relevancia de los emigrantes. Sin lugar a dudas hay que valorar el reconocimiento del amparo como garantía de los derechos, aporte especial de aquel continente que ha tenido luego resonancias universales. Hay también que destacar el valor concedido a las fuentes internacionales para proteger los derechos humanos, comprensible ante la debilidad e injusticias, en muchos casos, de los sistemas internos de aplicación de garantías.

Cabe mencionar, además, la generalización de los Defensores del Pueblo — con esta u otra denominación — en lo que alguna influencia ha tenido la Constitución española de 1978. La curiosa relación entre Estado-Iglesia, con esa bipolaridad entre considerar la religión católica como la propia del Estado (Argentina) o la más rigurosa separación e incompatibilidad (México).

Me asombra que el profesor Häberle no cite el constitucionalismo social como uno de esos rasgos más destacados. Los derechos laborales y

⁽⁴⁾ COLOMER VIADEL, Antonio. “Los problemas constitucionales de las comunidades indígenas en Iberoamérica” en COLOMER VIADEL, A., *Crisis y reformas en Iberoamérica... ¿y la revolución?*, Ed. Nomos, Valencia, 2002, pp. 203 y ss.

sociales nacen con la Constitución mexicana de Querétaro, en 1917, hija de la revolución mexicana y dos años antes de que la Constitución alemana de Weimar enumerara también estos derechos.

La desigualdad e injusticia social en estas sociedades hace de este constitucionalismo social un imperativo ético y jurídico insoslayable.

No quiero dejar de hacer referencia a los “elementos constructivos constitucionales” para los futuros constituyentes en Latinoamérica que el profesor Häberle propone para una teoría constitucional comparada de carácter latinoamericano, en analogía con una teoría constitucional europea.

Tal vez convenga recordar en este lugar que el uso de la analogía y el sistema comparado ha sido bastante usual en la jurisprudencia latinoamericana, especialmente para suplir la ausencia de desarrollo jurídico de garantías sobre derechos humanos. Valga como ejemplo la Corte Suprema de Justicia de Caracas, que en los años ochenta elaboró sentencias ejemplares en este sentido ante la ausencia de desarrollo normativo del art. 49 constitucional, que reconocía el amparo, y ante su dificultad de aplicación.⁵

El primero de esos “elementos constructivos” es “la unidad latinoamericana como elemento de preámbulo constitucional”. A pesar de que Häberle insista en que el preámbulo es parte integrante de la Constitución y participa de su fuerza normativa, la experiencia histórica nos demuestra el uso y abuso de la inclusión de normas constitucionales de carácter programático, y por tanto no ejecutivas ni aplicables directamente. Disposiciones que más que un carácter axiológico juegan un papel de mito político, de señuelo para distraer a los pueblos.

La exigencia de eficacia jurídica de todas las normas constitucionales es especialmente exigible en estos países donde tan frecuentemente se han incluido en las Constituciones tales normas programáticas.⁶

La integración latinoamericana debe ser un mandato práctico a los poderes públicos, como luego reconoce Häberle. No se trata de una opción ideológica, sino de un verdadero estado de necesidad constitucional.

En mi enumeración de las fases de evolución del Estado latinoamericano cito esta fase de integración como el último asidero de salvación. Los problemas comunes de la deuda externa, la dificultad de construir aisladamente el Estado de Derecho, garantizar la seguridad jurídica y la

⁽⁵⁾ LA ROCHE, Humberto, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo, 1984, pp. 507-509.

⁽⁶⁾ COLOMER VIADEL, Antonio, “Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia” (especial referencia a los países de América Latina), en COLOMER VIADEL, A., *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, Ed. Nomos, Valencia, 2003, pp. 57 y ss.

paz social, exigen esa integración supranacional como espacio para abordar conjuntamente tales problemas.

En aquella ocasión citaba a un ensayista argentino, Horacio Godoy, que proponía una “Agenda Presidencial”, para un encuentro de presidentes de las repúblicas latinoamericanas. Allí debían definir sus grandes objetivos políticos en el frente interno y en las relaciones de Iberoamérica con el resto del mundo.

Godoy proponía una doble metodología salvadora: un enfoque orgánico-constitucional y un enfoque funcional o sectorial, que estableciera órganos especializados por áreas para resolver los problemas más urgentes.

La hipótesis central de su libro es que “el sistema internacional, basado en el principio de Estado nacional soberano, atraviesa una crisis profunda, generalizada y en continua aceleración que lo lleva a su transformación radical; junto a esta crisis institucional de alcance mundial, se desmorona también la forma de pensamiento que le dio origen. Si no cambia la forma de pensar sobre la realidad de la crisis... las soluciones que se recomiendan fracasarán por sus propias limitaciones”.⁷

En la enumeración de ese “material constitucional”, Häberle cita una cláusula de valores fundamentales, centrada en la multiétnicidad y la protección de las culturas indígenas que, con ser válida, no puede agotar el contenido de una cláusula de tal naturaleza.

Asimismo se refiere a una cláusula sobre garantía estructural y la homogeneidad del conjunto constitucional, de acuerdo con el modelo del artículo 23, inciso 1, de la Constitución alemana que me parece de dudosa necesidad para aplicarse aquí.

Lo que resulta lógico es otra cláusula de renuncia parcial a la soberanía nacional, ya que es imprescindible en todo proceso de integración supranacional, sea o no semejante al artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn.

También resulta muy conveniente esbozar el diseño de órganos comunitarios como el Parlamento latinoamericano, un Tribunal constitucional comunitario, etcétera. Posiblemente el mejor modelo podría ser el de las instituciones del Pacto Andino, nacido del Acuerdo de Cartagena, y la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de San José. La transformación en electivo del actual Parlamento latinoamericano, ahora con representantes de los parlamentos nacionales, dotado de competencias legislativas parciales, sería también un buen camino.

Compartimos las propuestas de Häberle sobre que se den facilidades para la naturalización de los miembros de la comunidad. En este caso

⁷ GODOY, Horacio, “Agenda presidencial”, Buenos Aires, 1983, p. 140. Citado en COLOMER VIADEL, A. *Introducción al constitucionalismo...*, cit, pp. 53 y ss. (en especial página 58).

podría aplicarse la doctrina de la doble nacionalidad, bien elaborada en el Derecho hispanoamericano. Así como facilitar el agregado de un posible Derecho comunitario regional y la incorporación como fuente jurídica subsidiaria de unos principios generales del Derecho, derivados de una comparación valorativa de los Estados constitucionales de la Comunidad latinoamericana. Todo ello como material flexible, aplicable según la oportunidad de las reformas constitucionales.

Es evidente que tal proceso operaría como autoafirmación del mismo modo que sucede en culturas jurídicas de diferentes regiones y como forma para enfrentar los riesgos de la globalización.

Igualmente debemos compartir con Häberle la idea de que los textos constitucionales, incluso los ilusorios o utópicos, pueden desplegar alguna fuerza normativa en el mediano plazo, así como la importancia del trabajo de las comunidades científicas nacionales para esta construcción.

En particular, debemos agradecerle su reconocimiento a ese “puente no escrito” entre Latinoamérica y España que no puede ser subestimado. Hay que encontrar la raíz de nuestra civilización mestiza, por ibérica y americana, que tiene voz propia en el contexto planetario.

En todo caso lo que habrá que desarrollar es un Derecho constitucional común iberoamericano o latinoamericano, ¡no americano! El vasallaje ante lo anglosajón podría camuflarse bajo este equívoco lingüístico.

II. ESQUEMA DE LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA. MIMETISMO Y TRAICIÓN A LOS ORÍGENES

1. La independencia de las Repúblicas y la construcción de Estados sin nación

No sin razón se ha dicho que en la primera fase de la independencia de los territorios de la Corona Española en América se asiste a una guerra civil entre criollos, ya que la península ibérica estaba ocupada por las tropas francesas y ningún ejército español peninsular acudió ante las primeras proclamas de independencia. Por tanto, los enfrentamientos se producen entre los “americanos- españoles” fieles a la Corona y aquellos que quieren fundar nuevas repúblicas independientes.

Lo que es cierto, sin lugar a dudas, es que la dimensión de aquellos enfrentamientos fue de carácter continental, la propia dimensión que tenía el imperio. Los caudillos libertadores bajaban desde Caracas hasta Perú o ascendían desde Buenos Aires hasta Guayaquil: pensemos en Bolívar o San Martín.

Al mismo tiempo es indiscutible que no se trata — como ocurrirá en el siglo XX — de guerras de liberación nacional, ya que el concepto de nación

es inexistente y frente a los proyectos de integración continental, lo que existen son caudillismos locales. Las elites dirigentes copian el pensamiento y las costumbres europeas y desprecian el folklore local de los sectores populares, que podría ser un fermento de identidad nacional.

Nos encontramos, pues, ante sociedades desarticuladas, sin vertebración de su entramado social, con antagonismo locales muy acusados e incluso fronteras imprecisas, tanto en el interior como en el exterior. Las tendencias disgregadoras, vinculadas con localismos exacerbados, son constantes ante una estructura política aún débil de estos nuevos Estados sin nación, que tienen que realizar una hiperactividad para evitar esa desintegración.

El instrumento que ejerce este papel integrador concentrado va a ser la cabeza del Ejecutivo, las presidencias de las repúblicas, lo que provocará una macrocefalia del Ejecutivo que en el plano constitucional dará nacimiento a ese régimen en superlativo que llamaremos el presidencialismo latinoamericano.⁸

Esta debilidad e inestabilidad institucional inicial hacen que el poder sea cuestión de unas minorías en torno a caudillos militares o civiles que actúan como verdaderos pretorianos y, a la vez, como clanes clientelares que se benefician de ese acceso y control del poder, desde la fidelidad al liderazgo de tales caudillos. El problema de la legitimidad es muy formal, ya que la mayoría de la población está excluida de los beneficios del ordenamiento jurídico y son testigos mudos de las luchas y asaltos al poder que se producen entre los diversos clanes minoritarios de la clase dirigente.

2. Rasgos del constitucionalismo iberoamericano

No siempre es fácil poder establecer unos caracteres generales de un ámbito territorial tan amplio como es el continente iberoamericano. Existen, sin lugar a dudas, matices y diferencias pero también coincidencias fundamentales.

Ya hemos citado una de ellas, la del mito del Ejecutivo, esa concentración de poder en la cabeza de la república que convierte a los presidentes —jefes de Estado y de Gobierno— en el centro de gravedad del sistema político.

Otro rasgo sería el mimetismo constitucional. Si leemos los textos de las constituciones históricas, estos se parecen extraordinariamente entre sí y con los modelos europeos: declaración de derechos, división de po-

⁸ Véase la primera parte sobre la evolución "El Estado-nación en el mundo iberoamericano", en COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción del constitucionalismo iberoamericano*, op. cit.

deres, mandato representativo parlamentario, etcétera. En la práctica la vigencia y efectividad de tales normas es casi nula, ya que la mayoría de la población no se beneficia de ellas y su uso depende de la minoría que se encuentre en el poder. Desgraciadamente ello provocará la costumbre de un seguimiento servil del Derecho comparado en las tareas legislativas de los nuevos Estados. El profesor Sachica ha denunciado este mimetismo, indicando el error de un constitucionalismo no normativo sino formal, cuando lo conveniente hubiese sido un ordenamiento adaptado a la realidad social y que hubiera tenido una función educativa e integradora de las nuevas sociedades políticas.⁹

Otro rasgo es la inestabilidad constitucional. La falta de arraigo de las instituciones hace que los nuevos asaltantes del poder quieran reflejar en el orden jurídico su nueva presencia, aunque, paradójicamente, a partir de una fidelidad a la Norma Fundadora de la República, supuestamente traicionada por la camarilla a la que han derribado del poder. Otra paradoja es que esta inestabilidad constitucional va unida a una gran estabilidad de aquellas instituciones que interesan para mantener el *statu quo* social y económico: especialmente las de la propiedad.

El seudofederalismo también es otro carácter, ya que se produce como una solución transaccional a enfrentamientos civiles, reconociéndose la realidad de poderes locales caudillistas sin una fe en la autonomía de esos territorios siempre a expensas del control financiero que se realiza desde la cabeza de la república, cuya generosidad está vinculada con considerar amigos o enemigos a esos poderes locales.

La doctrina de la separación de poderes, formalmente copiada del modelo francés en la etapa de independencia, sin embargo, va a provocar una división, por una parte, entre los países que siguen el modelo de Argentina, fieles a esta doctrina y, por lo tanto, a un mandato representativo según el cual la soberanía sólo la ejercen los representantes parlamentarios y se considera como crimen cualquier iniciativa popular y ciudadana, y la de otros países que siguen la doctrina de México sobre el principio de unidad de poder y soberanía popular.

Este rasgo se va a desnaturalizar por la hegemonía del Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado, que llega a controlar, en buena medida, a los miembros de los otros poderes, e incluso a asumir funciones legislativas impropias de un régimen presidencial. En las últimas décadas incluso Argentina tuvo que renunciar a su doctrina tradicional ante la evidencia de esta hegemonía presidencial.

⁹⁾ SACHICA, Luis Carlos. "Representación política y sistemas electorales en los países andinos", en *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, ICI, Madrid, 1986.

He citado en otro lugar algunos rasgos como el constitucionalismo de excepción, propios de la época más negra de las dictaduras militares en Sudamérica en las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX, y también algunos rasgos innovadores y positivos como el constitucionalismo social y el amparo de los derechos.

Un último rasgo también perjudicial es el maximalismo programático, por el que las Constituciones se cargan de promesas que nunca tienen fuerza ejecutiva y que desnaturalizan el papel de la Constitución como fundamento de un orden jurídico normativo y aplicable.¹⁰

3. La crisis permanente del Estado y los intentos de reforma

Este modelo de Estado excluyente va a poner de manifiesto su falta de legitimidad a medida que sectores populares toman conciencia de su situación y presionan para mejorar las condiciones de vida y de trabajo. Una primera respuesta a esta crisis fue el modelo de Estado populista y desarrollista, según el cual se alcanzó una mejor redistribución económica y social, sin afectar a los poderes profundos de la economía, y se amplió el abanico de participación política bajo el liderazgo de un caudillo populista que intenta conciliar los intereses de las clases sociales y abrir un periodo de expectativas para los anteriores excluidos. Ahora bien, la lógica de estos modelos conducía inexorablemente a que las mayorías populares quisieran terminar por controlar el Estado en su beneficio. Ante este asalto al Estado, los sectores oligárquicos deciden desmontar los aparatos políticos del populismo aún con el costo de una intervención de las fuerzas armadas de carácter represivo, instalándose en el poder para mantener el orden económico tradicional y defender unos supuestos valores de Occidente, puestos en peligro por las organizaciones sociales: sindicatos, cooperativas, partidos de izquierda, etcétera, que actuarían como quintacolumnistas del Enemigo exterior, el sistema comunista. La doctrina de la Seguridad Nacional daría cobertura filosófica y jurídica a este periodo.

La violación sistemática de los derechos humanos unida a la catástrofe económica de estos regímenes militares provoca una salida democrática tutelada para restablecer un orden constitucional formalmente democrático con tímidas reformas del Estado. La doctrina ultraliberal del predominio del mercado y de la apertura monetaria y comercial va a provocar la exclusión del sistema socioeconómico de grandes sectores populares, considerados además políticamente sospechosos y peligrosos, y dará nacimiento al fenómeno de la economía informal o sumergida, esa

⁽¹⁰⁾ Los rasgos del constitucionalismo iberoamericano constituyen la segunda parte de mi libro ya citado *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*.

economía de supervivencia, al margen de estadísticas, de reglas fiscales y de reconocimiento formal que ocupa a una media del 62 % de la población activa latinoamericana.¹¹

Al analizar las características de los países latinoamericanos desde la perspectiva de sus posibilidades de democratización, Guillermo O'Donnell constata el papel aún central de las fuerzas armadas, el fraude electoral y democrático y la persistencia de desigualdades profundas. Existe poca costumbre de pactos políticos y económicos, tan necesarios en la vida democrática. Únicamente un fenómeno da pie a la esperanza. La experiencia histórica de los últimos regímenes autoritarios ha sido tan traumática y dolorosa, que las nuevas fuerzas políticas ha aprendido a valorar la democracia política y su necesaria consolidación.

Existe el peligro de la excesiva cautela en las políticas de reforma. Los gobiernos civiles deben, decididamente, instrumentar políticas que mitiguen las desigualdades más apremiantes de sus países y que lleven a las fuerzas armadas a una situación de subordinación, razonablemente efectiva a la autoridad civil. La excesiva cautela en estos ámbitos podría facilitar la transición a democracias limitadas (democraturas).¹²

4. El recurso al poder constituyente mediante las Asambleas Nacionales Constituyentes

La combinación de la crisis social y económica con la falta de credibilidad de unas instituciones que mantienen la situación sin salida, defendiendo privilegios y prerrogativas en medio de una plaga de corrupción, donde la clase política, con alguna excepción, no se plantea servir al bien común o al interés general, sino considerar la política como botín y ocasión de enriquecimiento, provoca una deslegitimación generalizada de los sistemas políticos en la región.

Frente a la concentración del poder del presidencialismo se alzan voces en casi todos los países a favor de una descentralización y desconcentración del poder en forma de autentificación del federalismo, regionalización, municipalismo renovado y potenciado y, junto a ello, una transparencia en las reglas electorales, en el sistema de garantías, en el control de las actividades del poder. Entre todos los funcionarios, son los jueces a los que se dirigen los primeros mensajes de reproche. La falta de preparación en unos casos, de independencia en otros, su interferencia por otros poderes, tanto políticos como económicos, los convierten en uno de los primeros objetivos de la regeneración política.

⁽¹¹⁾ COLOMER VIADEL, Antonio, Véase Cap. VIII sobre la economía sumergida en su obra *Crisis y reforma en Iberomérica*. cit.

⁽¹²⁾ O'DONNELL, Guillermo, de la obra colectiva *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Ed. Paidós, Barcelona, 1994, Tomo II pp. 15-36.

Ya sólo se acepta la reconstrucción institucional de raíz como teoría constitucional de supervivencia. Para ello se hace un llamamiento a la sociedad civil para que asuma responsabilidades políticas en el camino de renovación democrática.

Las instituciones políticas ordinarias, entre ellas el Parlamento, están agotadas o no son creíbles por faltarles voluntad, fuerza y legitimidad en esa tarea de regeneración democrática. De ahí que se quiera convocar al pueblo soberano para un ejercicio directo de su poder constituyente de refundación constitucional, en convocatoria a la que acudan sectores sociales y populares tradicionalmente excluidos de la representación parlamentaria. Va a surgir así el mito de las Asambleas Constituyentes convocadas por procedimientos extraordinarios y ocasión de movilizaciones del pueblo hasta entonces indiferente a los quehaceres de los parlamentarios oligárquicos.

El de las Asambleas Constituyentes no es un procedimiento nuevo. Se han utilizado en diversos países durante el siglo XIX y el XX pero curiosamente, incluso en las Constituciones creadas por este procedimiento no se reconoce en sus textos esta forma de ejercicio del poder constituyente.

En Perú se recurrió a la Asamblea Constituyente para elaborar su Constitución de 1979. Es a partir de la salida del régimen militar en Brasil cuando el llamamiento a Asambleas Constituyente se va a generalizar en América Latina como el procedimiento más idóneo de refundación del Estado mediante un acto constituyente de amplio compromiso popular. En 1987 se reúne en Brasilia la ANC, a la que el gobierno brasileño de la época pretende limitar sus poderes, pero la movilización social que desencadenó hasta la presentación de 61.000 enmiendas al texto constitucional, convirtió a esta Asamblea en un órgano soberano pleno. La Constitución brasileña de 1988 es la obra fundamental de la Constituyente que resume una voluntad de cambio, empujada por una gran participación popular y la movilización de las asociaciones ciudadanas.

Otro acontecimiento ejemplar tiene lugar en Colombia. En medio de una guerra civil larvada y tras el asesinato del candidato presidencial liberal, Carlos Galán, en agosto de 1989, los estudiantes se movilizan con un manifiesto titulado "Todavía podemos salvar a Colombia", en cuyo punto 5 se solicita la convocatoria del pueblo para la reforma de las instituciones que impiden que se conjure la crisis actual. El 11 de marzo de 1990 el movimiento estudiantil, en ocasión de una plural consulta electoral, introduce en los colegios una séptima papeleta que decía: "Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional, con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?".

El Registro Nacional del Estado se negó a ordenar el escrutinio de esta papeleta por considerarla ilegal, pese a que la habían depositado más de dos millones de colombianos. El presidente de la República, mediante un decreto del estado de sitio, ordenó el conteo de votos. Se realiza el 27 de mayo con el resultado de un 88 % de votantes a favor de la Asamblea Constituyente. Se recurrió a la Corte Suprema de Justicia por considerar que la Constitución sólo otorgaba la facultad de reforma constitucional al Congreso. La Corte Suprema de Justicia, en un fallo ajustado, dio vía libre a la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ya que el artículo 218 de la Constitución no podía poner límites al constituyente primario, la Nación colombiana, para alcanzar la paz.¹³

La obra de esta Constituyente va a ser la nueva Constitución colombiana de 1991, con innovaciones de interés y rodeada de esperanzas y expectativas. Tal vez se mitificó en exceso la capacidad transformadora de la Constituyente y de la nueva Constitución. Aún así, en las conversaciones entre el Gobierno y los grupos guerrilleros, éstos exigieron profundos cambios en las estructuras del Estado, a través de una Asamblea Constituyente.

La reforma constitucional en Argentina de 1994 se planteó como un acuerdo del Congreso para convocar una Convención reformadora, que si bien no introdujo novedades importantes, suponía una ruptura de la doctrina tradicional, según la cual sólo el Congreso tenía capacidad reformadora.

En Venezuela se plantea, tras las elecciones presidenciales de 1993, la posibilidad de que el Congreso, elegido también ese año, actúe como Congreso Constituyente sobre la base del proyecto de la llamada Comisión Bilateral. El problema, sin embargo, no estriba en la calidad del trabajo de esa Comisión y en el realismo de sus objetivos, sino que falla en su legitimidad: representa lo cuestionado, las instituciones políticas degradadas.

También aquí se reproduce el falso argumento jurídico de que se pretendía violar la Constitución de 1961 al imponer una Asamblea Constituyente no prevista en su texto; pero como ha señalado el profesor Combellas la vía institucional de la reforma general de la Constitución y el referéndum sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente pueden introducir este sistema. Lo decisivo era la mayoritaria voluntad de cambio del pueblo venezolano, manifestada en el apoyo al candidato del Polo Patriótico, Hugo Chávez, cuya propuesta política principal era la convocatoria de la ANC. La Asamblea se convocó y elaboró la nueva Constitución de 1999.

Desgraciadamente la historia de Venezuela de estos últimos años no ha cubierto las expectativas abiertas por aquella Convocatoria Constituyente,

⁽¹³⁾ El análisis de las Asambleas Constituyentes en los diferentes países latinoamericanos puede consultarse en COLOMER VIADEL, *Crisis y reformas...*, op. cit., pp. 42 y ss.

pero el llamamiento político a la sociedad civil de los Estados latinoamericanos para que protagonizara estos procesos de regeneración política y reconstrucción constitucional sigue vivo, como última esperanza de la que hemos llamado la teoría constitucional de la supervivencia.

CRÓNICAS

LAS JORNADAS DE ASOCIACIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA DEL SUR (Santa Cruz de la Sierra, 9 y 10 de abril de 2015)

**Alfredo O. Curaca Kong
Paola B. Ordóñez Rosales**

Los días 9 y 10 de abril de 2015, se realizó en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el certamen académico denominado “Jornadas de Derecho Constitucional” organizado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional y la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, que contó con la participación de delegaciones provenientes de las asociaciones de Derecho Constitucional de Bolivia, Argentina, Chile y Perú.

Los temas que convocaron en este encuentro son los siguientes:

- a) El nuevo constitucionalismo latinoamericano: avances, retos y desafíos,
- b) El proceso de judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales,
- c) Los retos y desafíos de la democracia en América Latina,
- d) El presidencialismo y la reelección presidencial.

La delegación peruana estaba integrada por su Presidente Ernesto Blume Fortini y los asociados Aníbal Quiroga León, Miguel P. Vilcapoma

Ignacio, Alberto Borea Odría, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Manuel Bermúdez Tapia, Orlando Curaca Kong y Paola Ordoñez Rosales.

El acto de inauguración del evento, se inició con las palabras de bienvenida a cargo del doctor Oswaldo Ulloa Peña, Rector de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno; luego el doctor Jorge Asbun Rojas dio un discurso en homenaje póstumo al doctor Pablo Dermizaky Peredo, primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia; y finalmente estuvieron las palabras del doctor Manfredo Menacho Aguilar, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno.

A continuación se inició el primer panel denominado “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Avances, retos y desafíos”, que estuvo presidido por el doctor José Antonio Rivera, de Bolivia y contó, en primer lugar, con las magistrales exposiciones del doctor Horacio Rosatti, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, con la ponencia titulada “El Modelo Constitucional Argentino y el rol del Estado en Argentina”; del doctor Jorge Asbún, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; que expuso sobre “El neoconstitucionalismo”; del doctor Lautaro Ríos, de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; que nos expuso sobre “El constitucionalismo latinoamericano”; y del doctor Alberto Borea Odría, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que compartió la exposición denominada “La influencia de los medios de comunicación en la democracia de América latina”.

En seguida, se dio paso a las ponencias de este primer panel, las mismas que estuvieron a cargo del doctor Luis María Bandieri, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; de los doctores José María Cabrera Dalence, Ricardo Sotillo Antezana y Ramiro Sánchez Morales, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; y de los doctores Ernesto Blume Fortini, Paola Brunet Ordoñez Rosales y Alfredo Orlando Curaca Kong, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Terminadas dichas intervenciones, se cerró la sesión del primer panel y se compartió un almuerzo.

A las 15:00 horas del mismo día 9, se desarrolló el segundo panel denominado “El proceso de judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, actuando en la presidencia del panel el doctor Horacio Rosatti de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, siguiendo la exposición del doctor Sergio Díaz Ricci, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que expuso sobre “La experiencia argentina en derechos económicos, sociales y culturales”; la del doctor José Antonio Rivera, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales que abordó el tema de “La judicialización de los derechos económicos, sociales y

culturales”; la del doctor Humberto Nogueira Alcalá, de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, que dialogó sobre “La experiencia chilena en materia de los derechos económicos, sociales y culturales”; y la del doctor Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, que habló sobre “Las constituciones del Perú en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”.

Acto seguido, iniciaron las ponencias del doctor Eugenio Palazzo y las doctoras Carmen Fontán y Marta Altave de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; de la doctora Eliana Roca y del doctor Oscar Barrientos Jiménez de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; y del doctor Miguel Vilcapoma Ignacio, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

El día 10 de abril de 2015, se inició el trabajo con respecto al tema denominado “Los retos y desafíos de la democracia en América Latina”; panel que tuvo como presidente al doctor Ernesto Blume Fortini, presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y como expositores al doctor Marcelo López Alfonsín, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; al doctor Carlos Miranda, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; y los doctores Aníbal Quiroga León y Alberto Borea Odría, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Luego se pasó a la presentación de las ponencias de los doctores Alfredo Vítolo, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del doctor Boris Arias López, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales.

El mismo 10 de abril a las 15:00 horas se inició el último panel denominado “El presidencialismo y la reelección presidencial”, que tuvo como presidente al doctor Humberto Nogueira Alcalá, de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, y se continuó con las magistrales exposiciones del doctor Alejandro Pérez Hualde, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; del doctor William Herrera Áñez, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; y del doctor Ernesto Blume Fortini, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Después de lo cual se inició a las ponencias de este cuarto panel, participando los doctores Diego Frosasco y Luis Iriarte de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; la doctora María Micaela Alarcón y los doctores Alan Vargas Lima, Iván Sandro Tapia Pinto y Arturo Yañez Cortéz, de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; los doctores Miguel Vilcapoma Ignacio y Manuel Bermúdez Tapia de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; y los doctores Humberto Nogueira Alcalá y Lautaro Ríos, de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

Finalizadas las ponencias, se procedió al cierre de la sesión a cargo del presidente del panel, las palabras de agradecimiento de parte del Presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, doctor William Herrera Áñez y un reconocimiento y entrega de distinciones a las delegaciones de las asociaciones participantes. Luego de la clausura, la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional ofrecieron una cena típica en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Marcelo Figueiredo

El profesor Domingo García Belaunde me ha pedido que escriba algunas líneas sobre la vida de José Afonso da Silva por la celebración de sus noventa años de vida.

El profesor José Afonso da Silva es uno de los más destacados constitucionalistas brasileños y sudamericanos. El pasado día 30 de abril cumplió 90 años con mucha salud y disposición.

Pienso que podría ofrecer alguna información acerca de su vida y trayectoria para que el lector extranjero pueda comprender mejor la personalidad de este hombre notable y construir una imagen adecuada de José Afonso.

Nace en 1925, en un pequeño pueblo llamado Buritizal en el Municipio de Pompéu, Minas Gerais, segundo hijo de Nereu Afonso da Silva y de Augusta Maria de Lacerda.

Todos lo llaman "Zico". La familia es grande, de ocho hijos. Es alfabetizado por un profesor particular durante 4 meses, después prosigue con una tía y luego con su propia madre.

En 1935 ya alfabetizado, ingresa en una escuela en segundo año, aunque dos años más tarde se queda sin clases, porque la escuela cierra.

En 1937, en una carroza de bueyes recorre las haciendas de la región recogiendo crema para una fábrica de manteca del Municipio. En 1939 retoma las clases y su padre abre una panadería. Practica el oficio de panadero durante dos años.

En 1941, para ayudar a su padre, se dedica al oficio de ayudante de mecánico y pintor de automóviles. En el pequeño comercio de propiedad

de su padre, en 1941 trabaja en la excavación y en 1943 en el campo, usando la azada y empieza a aprender el oficio de sastre.

En 1946 monta su propia sastrería en la ciudad de Curvelo. En 1947 viaja solito a São Paulo con 22 años para estudiar. Estudia hasta 1952.

En 1953 ingresa a la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP) tras haberse clasificado en el examen vestibular en el 49º lugar entre los 360 aprobados. Continúa como sastre hasta 1954.

Da clases de portugués en Escuelas Técnicas durante ocho años y cursa 2 años de Filosofía en la USP. Al recibirse como Abogado en la Facultad de Derecho de la USP, él mismo confecciona su traje de colación de grado y el smoking de la fiesta de graduación.

Es Oficial de Justicia y después Procurador del Estado de São Paulo a partir del año 1962. Publica su primer libro en 1963. Se presenta al concurso para ocupar una cátedra en la USP en 1964.

En el año 1969 se casa con Helena Muñoz (Lenita), su compañera de trabajo en la Secretaría de Justicia de SP.

Nacen sus hijos, José Nereu, Helena Augusta y Luís Virgílio.

En 1975 logra el cargo de Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la USP, en el “Largo de São Francisco”.

Para más detalles de su trayectoria académica, recomiendo la lectura de la siguiente obra: “A Faculdade e Meu Itinerário Constitucional”, Ed. Malheiros, SP, 2007.

Recibe numerosos premios en su fructífera carrera de profesor universitario. Entre muchos otros, el de “Profesor Distinguido” de la UNAM en 1987, Premio “Franz de Castro Holzwarth de Direitos Humanos”, otorgado por la Orden de los Abogados del Brasil en 1988.

Desempeña un notable papel como asesor en la Asamblea Nacional Constituyente, colaborando en la elaboración de la Constitución de 1988, posteriormente llamada por Ulysses Guimarães como “Constituição cidadã” (Constitución ciudadana).

Además de decenas de obras jurídicas de enorme éxito editorial, publica en el año 1997 su primer romance, “Buritizal”. Y más tarde, “Dondé”, en 2001.

Tiene tres nietos.

Esta es la trayectoria del hombre José Afonso.

Me gustaría agregar un comentario personal. José Afonso es un hombre suave en la palabra, tierno en el trato, dulce de corazón. Gran tocador de “viola caipira” (un tipo de guitarra *sertaneja* de Brasil), ama la música, la familia y los amigos.

Le gusta una buena “cachaza” y valora sus raíces humildes. Tiene un conocimiento enciclopédico y la humildad de los grandes. Sin arrogancia ni ufanía de lo que ha hecho a lo largo de estos 90 años.

Ha tenido la gran alegría de ver a su hijo, por obra del destino, “sustituirlo” por así decirlo, en la cátedra de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la USP. Virgílio Afonso da Silva, por sus grandes méritos se ha vuelto, también, profesor titular de Derecho Constitucional, en la misma y tradicional Facultad de Derecho de la USP.

¡Qué alegría para sus padres, familiares y amigos!

José Afonso, o simplemente “Zé” como lo llaman sus amigos, encanta a todos con su simplicidad cautivante.

En la celebración de sus 90 años tuve la oportunidad de verlo, tocar guitarra con sus hijos y declamar una linda poesía, que resume perfectamente lo que piensa de esta vida y que transcribo a continuación:

O MOÇO¹

Não me perguntem quantos anos tenho, e, sim,
quantas cartas mandei e recebi.

Se mais jovem, se mais velho... o que importa
se ainda sou um fervilhar de sonhos,
se não carrego o fardo da esperança morta...

Não me perguntem quantos anos tenho, e sim,
quantos beijos troquei – beijos de amor!

Se a juventude em mim ainda é festa,
se aproveito de tudo a cada instante
e se eu bebo da taça gota a gota...

Ora! Então pouco se me dá que gota resta!

Não me perguntem quantos anos tenho, mas...

queiram saber de mim se criei filhos,
queiram saber de mim que obras fiz,
queiram saber de mim que amigos tenho,
e se a alguém pude eu, tornar feliz.

Não me perguntem quantos anos tenho, mas...

queiram saber de mim que livros li,
queiram saber de mim por onde andei,
queiram saber de mim quantas histórias,
quantos versos ouvi, quantos cantei.

⁽¹⁾ Poema, “O Moço”, de Moacyr Sacramento, o Moa, extraído de su libro *o colecionador de benquerenças*, 3ª ed., edición del autor, 2005.

E assim, somente assim, todos vocês,
por mais brancos que estejam meus cabelos,
por mais rugas que vejam em meu rosto,
terão vontade de chamar "O Moço!"

E, ao me verem passar aqui...alí...
não saberão ao certo a minha idade,
mas saberão, por certo, que eu vivi!

En la fiesta de sus 90 años, José Afonso alegremente decía a sus invitados: ¡espero a todos en mi cumpleaños de mis 100 años!

DOCUMENTOS

EVOLUCIÓN DE NUESTRA POLÍTICA TRIBUTARIA *

Juan Lino Castillo

En los últimos tiempos ha variado sustancialmente el objetivo principal de la política tributaria. Mientras dentro de la concepción de la hacienda neutral se aspiraba a lograr la justicia tributaria, proponiéndose solo secundariamente el logro de fines sociales, hoy, conforme a los postulados de la hacienda funcional, el objetivo básico es de orden económico-social: asegurar la estabilidad e impulsar el desarrollo económico del país, mediante los factores de distorsión de los recursos económicos introducidos por el sistema impositivo.

Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la política tributaria del Perú se orientó solo a obtener los recursos requeridos para cubrir los gastos públicos, sin tratar de influir por medio del impuesto en la estructura económica del país.

El sistema de impuestos del Perú en los primeros años de la República fue, sustancialmente, el mismo que rigió durante la Colonia, salvo la supresión, en 1822, del tributo que se cobraba a los aborígenes como signo de sumisión a España, y el establecimiento de dos impuestos: el predial, aplicable sobre la renta de arrendamiento real o virtual, según decreto de 30 de marzo de 1825 y el de patentes, que gravaba las utilidades obtenidas de cualquier actividad lucrativa conforme al decreto de 10 de agosto de 1826.

(*) Publicado en *El Comercio*, Lima, 4 de mayo de 1964. En el libro *Tributación y Derecho*, Liber in Memoriam Juan Lino Castillo Vargas, coordinado por Mario Castillo Freyre, Jorge Luis Collantes González e Ignacio López de Romaña (Lima 2009) se incluye este mismo texto, pero al parecer tomado de una versión preliminar. No obstante, las diferencias entre ambas son mínimas (D.G.B.)

Dicho sistema impositivo, en el que, desde luego, no se incluyen las tasas que con diversos nombres e importancia integraban el régimen tributario, consistía en: 1) los impuestos directos: los impuestos a las utilidades de actividades lucrativas (patentes, impuesto industrial y diezmos y cobros a la minería), el impuesto a la renta predial y los impuestos de capitación, denominados de indígenas y de castas; y 2) los impuestos indirectos: a las ventas en general (alcabala), a los licores, a las importaciones y a las exportaciones; y, finalmente, los impuestos cobrados mediante los estancos (de tabaco, de pólvora, de nieve y de naipes), siendo notable la preocupación que en materia impositiva revelan las memorias de los Ministros de Hacienda Larrea y Loredo, Morales y Ugalde y del Pando, así como el decreto de 15 de enero de 1836, que creó una Junta Reformadora de Hacienda.

En el año 1839 se abolió la contribución de castas y se concedió diversas exenciones tributarias sustantivas, como aliciente para el desarrollo de la minería.

En el resto del siglo pasado y durante los primeros años de este siglo, se mantuvo el mismo sistema impositivo en el Perú, con variantes no sustanciales, como la creación del impuesto a la renta del capital movable y la diferenciación de la antigua alcabala, en un impuesto sobre la enajenación de inmuebles, otro sobre el movimiento de capitales y la compraventa de muebles por escritura pública, y un tercero de timbre, sobre los documentos probatorios de cancelación y sobre las facturas, advirtiéndose algunos intentos de reforma integral, como el muy apreciable emprendido por Manuel Pardo en 1866, que estuvo orientado a hacer de la tributación ordinaria el eje de la hacienda pública, en lugar de que esta dependiera, como en esa época, de los ingresos dominiales del Estado.

En 1916 se dictó una buena ley de impuesto a las sucesiones a título gratuito, y en 1918 se dio una ley general de derechos de exportación a los productos de las industrias agrícolas, ganadera y minera, "mientras se expidiera ley definitiva basada en las utilidades".

La Constitución de 1920 prescribió que la contribución sobre la renta fuera progresiva, y en 1926, en cumplimiento de dicha disposición constitucional se dio la Ley N° 5574, que unificaba las reglas sobre los diversos impuestos a la renta y creaba el impuesto complementario, con tasas progresivas por escalones, sobre la renta global, quedando exceptuadas las utilidades de la agricultura y la minería, que continuaban sujetas al pago de derechos de exportación. La Ley N° 5574 fue modificada en 1929, por la Ley N° 6656; y en 1934, se puso el cúmplase a la Ley N° 7904, que constituyó una verdadera ley general de impuestos a la renta, sustentada en principios doctrinarios definidos y acorde con nuestra estructura económica de esa época.

En ella se trataba de alcanzar la justicia impositiva, gravando al contribuyente conforme a sus facultades reflejadas por sus ingresos periódicos, estableciendo reglas precisas de determinación de las rentas imposables, destinadas a evitar la evasión fiscal y el fiscalismo y creando órganos apropiados para la oportuna y exacta aplicación de los impuestos internos.

Con el propósito de lograr una organización eficaz de los citados impuestos, se realizó, en 1942, un esfuerzo para dar coherencia a su estructura, uniformidad a su funcionamiento e idoneidad a su personal.

El sistema de impuestos cedulares a las diversas rentas, a los que se superpone un impuesto complementario a la renta global, establecido por la Ley N° 7904, ha sufrido, bajo la presión de urgencias presupuestarias, diversas modificaciones que han alterado los principios doctrinarios —de diferenciación de las rentas según su fuente, con diversificación de la carga según la durabilidad y la seguridad de ésta— que informaron dicha ley, principios que, por lo demás, han perdido su validez frente a las nuevas concepciones de la economía financiera y la variación de nuestra estructura económica.

I. EL SISTEMA ACTUAL

En la actualidad, el sistema tributario del Gobierno Central comprende tasas, exigidas en razón de un servicio de un bien o de una licencia, e impuestos, cuya exigibilidad está condicionada a la capacidad contributiva de una persona privada, natural o jurídica.

Como impuestos directos, tenemos los impuestos a la renta, el impuesto a las ganancias en capital obtenidas de la transferencia de inmuebles; y como indirectos: 1) los derechos aduaneros: de importación (principales y adicionales) y de exportación (1% general ad-valorem) y los que gravan al azúcar, a la melaza de caña, al petróleo y sus derivados, al pescado y sus derivados y a otros productos); 2) los impuestos al consumo (a los alcoholes y a las bebidas alcohólicas, a las bebidas gaseosas, a los aceites y grasas, a las aguas minerales y al frío artificial); 3) los impuestos a las transferencias y transacciones (impuestos sucesorios, alcabala de enajenaciones, impuesto de registro, impuesto de timbre —general, al lujo y a los sobregiros bancarios— impuesto a los automóviles y entradas consulares); y 4) los impuestos cobrados mediante los estancos del alcohol desnaturalizado, de la coca, de la sal, del tabaco y de vinos y licores importados).

Se puede decir que nuestro actual sistema tributario se caracteriza en términos generales, por la pérdida de importancia presupuestaria de los impuestos directos, cuyo rendimiento previsto en el Presupuesto para 1964 es de poco más de 3,200 millones de soles, contra alrededor de 6,000 en

que se calcula el ingreso de los impuestos indirectos; por no diferenciarse los impuestos a la renta según se trate de la renta global de una persona natural o de la utilidad de una sociedad de capitales; por no corresponder las escalas progresivas de los impuestos a la renta al poder adquisitivo de la moneda; por la generalización del pago adelantado de dichos impuestos; por el desarrollo de la imposición indirecta, especialmente por la fuerte elevación de los porcentajes del impuesto de timbre y el establecimiento de impuestos adicionales al lujo, a las importaciones y a las exportaciones, aplicables, estos últimos, además del impuesto a las utilidades; por la práctica de alentar las inversiones industriales mediante exenciones tributarias, en lugar de emplear la amortización acelerada, y por el asentamiento de las exenciones relativas a la industria manufacturera; por estar regido por una legislación frondosa; por la existencia de numerosos impuestos secundarios con rendimiento destinado a fines específicos; y por la existencia de un régimen indiscriminado de sanciones desprovisto de base jurídica.

En lo que se refiere a la administración tributaria, es forzoso admitir que no se encuentra en un nivel apropiado de organización ni de preparación.

En los últimos meses se han adoptado importantes medidas conducentes al mejoramiento de nuestra tributación, entre las que figuran: la creación de la Dirección de Estudios Tributarios, de la Oficina de Organización y Métodos del Tribunal Fiscal y del Tribunal de Aduanas; la modificación de la Comisión Revisora de la Legislación Tributaria; la adquisición de las acciones de la Caja de Depósitos y Consignaciones; y la contratación de ayuda técnica en materia de organización y de preparación del personal, preparación sobre la que nunca se insistirá demasiado.

II. REFORMA INTEGRAL

Expuestas las sucesivas expresiones generales de nuestra política tributaria, resta ocuparse de la reforma integral de nuestra tribulación que, conforme al compromiso suscrito en Punta del Este, debe emprender el Perú, dentro de la acción renovadora acordada por los países de América.

Para realizar tal reforma no hay receta. Toda copia de sistemas existentes en países desarrollados de reformas efectuadas en países en etapa de desarrollo, aunque tengan análoga estructura, puede conducir a muy serios fracasos. Su estudio debe ser hecho por personas a las que, como dice el profesor Cosciani, su preparación científica les haya formado una mentalidad y una capacidad de raciocinio que les permita captar los problemas en su conjunto y bajo todos sus aspectos conocer cuáles son las

consecuencias más probables de determinado comportamiento, analizar los efectos económicos de la actividad estatal e investigar las causas que inducen a elegir determinadas soluciones en lugar de otras. No se debe olvidar que, como advierten los tratadistas Brochier y Tabatoni, la economía financiera base de toda política tributaria, no es pura materia de economistas, que conforme lo expreso el profesor Blough en su informe sobre la política tributaria del Perú para una reforma de la tributación, es fundamental “saber que se persigue y porqué” y “tener un conocimiento cualitativo en detalle de los impuestos en relación con las diversas fases de la economía nacional, para cuidar de que las propuestas tributarias permitan obtener los ingresos planeados y lograr sus otros objetivos”.

Al llevar a la practica la reforma tributaria es necesario expresarla en apropiada forma jurídica que asegure los derechos y deberes recíprocos del Estado y del contribuyente; hacerla posible mediante una organización administrativa eficaz, servida por personal idóneo, tanto desde el punto de vista de su preparación técnica como de su moralidad; complementarla con una amplia campaña de divulgación del deber tributario y con un régimen de justas sanciones para reprimir la evasión; y no olvidar que según la siempre oportuna advertencia de Myrdal, “la imposición es el instrumento más flexible, pero a la vez el más peligroso de reforma social” y “es necesario saber con precisión lo que se está haciendo para que los resultados no se desvíen mucho de lo que se pretende”.

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)