

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
LUIS ELGUERA VALEGA
SECRETARIO

AÑO 17, N° 32
ENERO-JUNIO DE 2016

32 / 2016

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Arquitectura institucional, contexto sociocultural e
integridad electoral

DIETER NOHLEN

La reelección presidencial en Argentina

NÉSTOR P. SAGUÉS

La reforma constitucional y el proceso constituyente

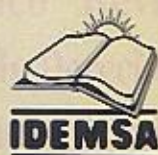
LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ

Mutaciones jurisprudenciales de la Constitución

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

El control de la constitucionalidad de las leyes en
Nicaragua

FRANCISCO E. ENRÍQUEZ CABISTÁN



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 17, Número 32 • Enero-junio de 2016

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

Arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral DIETER NOHLEN	13
La reelección presidencial en Argentina NÉSTOR P. SAGUÉS	31
La reforma constitucional y el proceso constituyente LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ	45
Mutaciones jurisprudenciales de la Constitución FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO	55
El control de la constitucionalidad de las leyes en Nicaragua FRANCISCO E. ENRÍQUEZ CABISTÁN.....	81

NOTAS

Estado totalitario y nuevas tendencias del Derecho Administrativo ALLAN R. BREWER-CARÍAS.....	107
--	-----

E Pluribus Unum: Controversias estatales y compromisos nacionales en la formación de los Estados Unidos de América ROBERT S. BARKER	119
Jueces, imparcialidad y política IVÁN SEQUEIROS VARGAS	125
Sobre Lasalle y su concepto de Constitución CARLOS RUIZ MIGUEL	131
Diccionario americano de Derechos VÍCTOR J. ORTECHO VILLENA	141

NECROLÓGICA

Alessandro Pizzorusso (1931–2015) GERARDO ETO CRUZ	145
---	-----

DOCUMENTOS

Discurso del doctor Manuel Miranda Canales al asumir la presidencia del Tribunal Constitucional	153
La Declaración Universal de Derechos Humanos JOSE LEÓN BARANDIARÁN	159
El control de la constitucionalidad de las leyes RAÚL FERRERO	163

EDITORIAL

El hecho que más ha marcado este semestre, ha sido el proceso de elecciones generales convocadas el año pasado para elegir a un nuevo Presidente de la República y para la renovación total del Congreso, así como la representación peruana en el Parlamento Andino. Este hito representa el final de un periodo constitucional de cinco años, que no ha estado exento de problemas, pero durante el cual, en líneas generales, se ha observado la institucionalidad democrática en el Perú.

La campaña electoral, que se inició con la abultada cifra de 19 candidatos a la presidencia —número que fue disminuyendo poco a poco por diferentes causas— ha sido excesivamente complicada, no solo por el comportamiento de los candidatos, sino por la conducta —a veces discutible— de unos órganos de gestión electoral actuando en el marco de una frondosa legislación —recientemente promulgada— que burocratizó en exceso el proceso electoral, que ha debido ser ágil y manejable.

A ello se agregó un tono virulento en el que se desempeñaron muchos de los contendientes, que inundó los medios y los foros de debate, que excedió todo límite, convirtiendo la campaña en un careo de ataques y cuestionamientos personales antes que un foro de propuestas y programas. Con todo y a fin de cuentas, este proceso electoral ha aparecido ante el público como circense, o algo cercano a ello y en todo caso, como un ejercicio de mal gusto, que no debería repetirse.

Como saldo político, dicha radicalización en el enfrentamiento, en particular durante la segunda vuelta electoral para la presidencia, deja un país polarizado hasta en tres frentes aparentes, que incluye una facción radical con representación minoritaria en el nuevo Congreso que pretende interrumpir el orden constitucional para convocar a una Asamblea Constituyente en el futuro, lo cual resulta preocupante.

Finalmente, el electorado ha conferido al partido *Fuerza Popular* —liderado por Keiko Fujimori— una mayoría absoluta en el Congreso de la República, al asignarle 73 de sus 130 curules. Y no obstante, ese mismo electorado, en una segunda vuelta, eligió como presidente a Pedro Pablo Kuczynski del partido *Peruanos Por el Kambio*, opositor a la primera, si bien por escaso margen de votos.

Este resultado coloca a estas dos fuerzas en un contraste político, obligándolas a tender puentes durante el quinquenio que se inicia a fin de hacer viable la gobernabilidad y sobre todo, que el país recobre el atractivo para las inversiones que tenía hasta hace poco tiempo.

Estos flamantes representantes en el Congreso y en la presidencia asumirán sus funciones el 28 de julio próximo. Su desempeño deberá ser analizado con cuidado, pero más adelante.

Lima, junio de 2016
La Dirección

ESTUDIOS

ARQUITECTURA INSTITUCIONAL, CONTEXTO SOCIOCULTURAL E INTEGRIDAD ELECTORAL *

Dieter Nohlen **

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares sobre el concepto de integridad electoral. II. El concepto de integridad electoral hacia dentro y hacia afuera. III. El concepto de arquitectura institucional. IV. Variables de contexto en América Latina. V. Evaluando la evaluación de la integridad electoral.

Voy a disertar sobre arquitectura institucional, contexto sociocultural e integridad electoral, precisamente sobre la compleja interrelación de los tres fenómenos. Trataré el tema de la arquitectura institucional y de la integridad electoral en un nivel algo abstracto, que en el título de esta primera sesión del Segundo Congreso de la AWEB está puesto en una relación estrecha y específica —“la institucionalidad electoral necesaria para garantizar la integridad electoral”. No voy a referir ni comentar los manuales de práctica y justicia electoral que han aparecido en el último decenio y que informan sobre estándares internacionales de institucionalidad electoral, manuales de consulta, dirigidos a los órganos electorales y los observadores electorales, dado que contienen valiosas instrucciones sobre cómo organizar elecciones libres y honestas y cómo evaluar su calidad democrática.¹ Expondré consi-

(*) Texto revisado y ampliado de la conferencia, ofrecida en la Segunda Asamblea General de la Association of World Elections Bodies (AWEB), Punta Cana, República Dominicana, en la primera sesión del pleno: Arquitectura electoral: la institucionalidad necesaria para garantizar la integridad electoral, 20 de agosto de 2015. Revisión lingüística del Dr. José Reynoso Núñez, Guadalajara.

(**) Dr. phil., Dr. h.c. mult., profesor emérito de Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg, Alemania (dieter.nohlen@urz.uni-heidelberg.de).

⁽¹⁾ Véanse entre otras publicaciones: United Nations 2005: The Declaration of Principles for

deraciones más bien conceptuales, conforme a lo que enfatizaba Max Weber, que sin conceptos no se obtiene conocimiento alguno y “no las conexiones ‘de hecho’ entre ‘cosas’ sino las conexiones *conceptuales* entre *problemas* están en la base de la labor de las ciencias”.² Tomaré a veces como punto de referencia el *Proyecto de Integridad Electoral* de Pippa Norris y colaboradores,³ en ciencias sociales el más ambicioso proyecto para medir la integridad electoral a nivel mundial. Incluiré en mis consideraciones el contexto sociocultural en el que se celebran elecciones. El contexto constituye el marco histórico para reflexionar sobre las instituciones, sus funciones y sus efectos reales. Me voy a referir al contexto latinoamericano, a veces contrarrestándolo con el de otras regiones del mundo, a partir de mis propias investigaciones y de mis experiencias como observador participante.⁴ Al tomar en cuenta el contexto, integro la empiria

International Election Observation and Code of Conduct for International Election Observers, Nueva York: United Nations Organization; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) 2006: Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe. Synthesis Study on Current Challenges and Problematic Issues, Estrasburgo: Council of Europe. OEA 2008: Criterios para la Observación Electoral: Un Manual para las Misiones de Observación Electoral de la OEA, Washington, D.C.: OEA; Patrick Merloe 2008: Promoting Legal Frameworks for Democratic Elections: An NDI Guide for Developing Election Laws and Law Commentaries, Washington, D.C.: National Democratic Institute for International Affairs; The Carter Center 2013: Election Obligations and Standards. A Carter Center Assessment Manual, Atlanta: The Carter Center. IDEA Internacional /Tribunal Electoral/UNAM 2013: Justicia electoral. El manual de IDEA Internacional, México: IDEA Internacional/ Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación, UNAM.

⁽²⁾ Max Weber 2001: Ensayos sobre metodología sociológica, sexta edición, Buenos Aires: Amorrortu, 57.

⁽³⁾ Pippa Norris 2013: The New Research Agenda Studying Electoral Integrity, en: Electoral Studies 32 (4), 563-575; Pippa Norris /Ferran Martínez i Coma / Richard W. Frank 2013: Assessing the Quality of Elections, en: Journal of Democracy 24 (4), 124-135; Pippa Norris / Richard W. Frank / Ferran Martínez i Coma (Eds.) 2014: The Year in Elections, 2013. The World's Flawed and Failed Contests, Sydney: Department of Government and International Relations, University of Sydney; Pippa Norris 2014: Why Electoral Integrity Matters, Nueva York: Cambridge University Press. Pippa Norris / Richard W. Frank/Ferran Martínez i Coma (Eds.) 2014: Advancing Electoral Integrity, Oxford: Oxford University Press. Más reciente: Pippa Norris 2015: Why Elections Fail, Nueva York: Cambridge University Press; Pippa Norris / Richard W. Frank / Ferran Martínez i Coma (Eds.) 2015: Contentious Elections, Nueva York y Londres: Routledge. Agradesco a Ferran Martínez i Coma el comentario crítico a una versión anterior de este ensayo.

⁽⁴⁾ Al respecto, ver por ejemplo, Dieter Nohlen 1981. Sistemas electorales del mundo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; Juan Jaramillo/ Marta León-Roesch/ Dieter Nohlen 1989: Poder Electoral y consolidación democrática. Estudios sobre la organización electoral en América Latina, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Centro de Asesoría y Promoción Electoral; Dieter Nohlen (Ed.) 1993: Enciclopedia electoral de América Latina y del Caribe, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Centro de Asesoría y Promoción Electoral; Dieter Nohlen 2004: Sistemas electorales y partidos políticos, tercera edición, revisada y aumentada, México: Fondo de Cultura Económica; Dieter Nohlen/ Sonia Picado / Daniel Zovatto (Comps.) 1998: Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, México: Fondo de Cultura Económica (Alemania 1991: Premio Max Planck de Investigación); Dieter Nohlen,/ Daniel Zovatto /Jesús Orozco/ José Thompson (Comps.) 2007: Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, segunda edición, México: Fondo de Cultura Económica; Dieter Nohlen (Ed.) 2006: Elections in the Americas, dos tomos, Oxford. Oxford University Press. Sobre otros continentes

en mis consideraciones. Más aún: la relación con el contexto va a poner en cuestión el supuesto de esta primera sesión del Congreso consistente en que se pueda determinar en términos generales una necesaria institucionalidad para garantizar la integridad electoral. Este objetivo deseado depende de varios factores, no sólo de factores institucionales, y especialmente de factores que integro en el concepto de “contexto sociocultural”. Éste se expresa ya en puntualizar que el grado de dependencia de los factores institucionales y no institucionales varía según lugar y tiempo, incluso de una elección a otra. Por esta compleja interrelación, el posible alcance de la arquitectura institucional para la integridad electoral depende del contexto, por ejemplo del tipo de régimen, conforme a mi tesis: el contexto hace la diferencia.⁵ De antemano, quisiera enfatizar que en mi opinión, las instituciones importan mucho, pero de forma relativa. En concreto, la necesaria arquitectura institucional es aquella que se adecua al contexto, un diseño institucional, administrativo y jurisdiccional que corresponde a los desafíos concretos y variantes de organizar unas elecciones libres y honestas. Mucha incidencia, sin embargo, acoge la manera como se definen los fenómenos que se interrelacionan.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO DE INTEGRIDAD ELECTORAL

Esto es especialmente válido para el concepto de integridad electoral, este concepto de reciente expansión, que empieza a sustituir en América Latina al de la justicia electoral en su sentido amplio.⁶ Este nuevo concepto

véanse Dieter Nohlen / Mirjana Kasavović 1996: *Wahlssysteme und Systemwechsel in Osteuropa* [Sistemas electorales y cambio de sistema en Europa del Este], Opladen: Budrich; Dieter Nohlen / Michael Krennerich / Bernhard Thibaut (Eds.) 1999: *Elections in Africa*, Oxford University Press (Estados Unidos, 2001: Outstanding Academic Book of the Year); Dieter Nohlen / Florian Grotz / Cristof Hartmann (Eds.) 2001: *Elections in Asia and the Pacific*, 2 tomos, Oxford: Oxford University Press; Dieter Nohlen / Philip Stöver (Eds.) 2010: *Elections in Europe*, Baden-Baden: Nomos. Dieter Nohlen 2010: Introducción a los sistemas electorales de los países árabes e islámicos en: *Elecciones 10* (Lima), 117-139; Dieter Nohlen 2014: *Wahlrecht und Parteiensystem*, séptima edición, Opladen & Toronto: Barbara Budrich. El proyecto de integridad electoral no parece conocer estos trabajos así como tampoco estudios escritos en castellano, por ejemplo, todo el valioso labor, de 1989 en adelante, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y su Centro de Asesoría y Promoción Electoral con sede en San José de Costa Rica.

⁽⁵⁾ Dieter Nohlen 2003: El contexto hace la diferencia, México: UNAM.

⁽⁶⁾ Véanse José de Jesús Orozco Henríquez (Comp.) 1999: *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI*. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, tomo III, México: UNAM; José de Jesús Orozco Henríquez (Comp.) 1999: *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI*, Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, tomo IV, México: UNAM; Dieter Nohlen 2004: *Justicia electoral y consolidación de la democracia*. Conferencia magistral de clausura del II Congreso Iberoamericano de Justicia Electoral, en: Dieter Nohlen 2010: *Ciencia política y democracia en su contexto*, edición e introducción de Richard Ortiz Ortiz, Quito: Tribunal

es clave en lo que se estudia aquí, porque es el firme objetivo normativo y práctico, en contraste con medios y circunstancias aquí relacionados con ello que pueden variar y que se observan en relación con ella.

Varias cuestiones me guían. En primer lugar: ¿Es la integridad electoral un concepto genérico, considerado para unificar conceptos y fenómenos dispersos interrelacionados entre ellos, o un concepto entre otros en el área electoral para garantizar elecciones libres y honestas, como, por ejemplo, independencia, imparcialidad, transparencia, profesionalismo y dedicación al servicio (*service-mindedness*), *fundamental guiding principles* destacados por parte de IDEA Internacional?⁷

En segundo lugar: ¿Es la integridad electoral un fenómeno objetivo, comprobable por el examen de la correspondencia entre práctica electoral y el concepto normativo mismo? O es, al mismo tiempo, un fenómeno subjetivo, o sea, expuesto a su percepción por parte de individuos y colectivos que o participan en las elecciones mismas o lo observan y evalúan? Es una doble perspectiva, parecida a la conocida del concepto de legitimidad: legitimidad atribuida a instituciones por la legitimidad de validez de su diseño, con el que se garantiza la validez de algunos principios fundamentales, o por la legitimidad de creencia, el reconocimiento de las instituciones de ser legítimas por parte de los miembros de una sociedad.⁸ En ambos conceptos se distingue entre validez intrínseca, inherente, y validez extrínseca, de creencia. A esta disyuntiva volveré más tarde. Aquí me restrinjo a decir, que en el debate sobre calidad electoral se observa un uso poco lógico de ambos conceptos y especialmente de su interrelación.

En tercer lugar: ¿Es integridad electoral un concepto estrecho o amplio, limitado a algunas características o abierto a características que se ofrecen según

Contencioso Electoral, 137-149; Richard Ortiz Ortiz (Ed.) 2009: Estudios de justicia electoral, Quito: Tribunal Contencioso Electoral; José de Jesús Orozco Henríquez et al. 2013: Justicia electoral, op. cit., nota 3; Dieter Nohlen 2015: Ciencia política y justicia electoral, México: UNAM.

⁽⁷⁾ Mencionados por Yves Leterme, Secretario General de IDEA Internacional, en el Segundo Congreso de la AWEB, apuntes propios. Véase, además, Raúl Cordenillo / Andrew Ellis (Eds.) 2012: *The Integrity of Elections. The Role of Regional Organizations*, Estocolmo: IDEA Internacional; *Global Commission on Elections, Democracy and Security 2012: Deepening Democracy: A Strategy to Improve the Integrity of Elections*, Estocolmo: IDEA Internacional.

⁽⁸⁾ Véanse Max Weber 1974: Los tres tipos puros de dominación legítima, en: *Idem: Economía y Sociedad*, México: Fondo de Cultura Económica, 706-716.; David Easton 1979: *A Systems Analysis of Political Life*, tercera edición, Chicago: Chicago University Press (primera edición 1965); Dolf Sternberger 1967: Max Webers Lehre von der Legitimität [La doctrina de Max Weber sobre la legitimidad], en: Wilfried Röhrich (Ed.): *Macht und Ohnmacht des Politischen* [Poder e impotencia de lo político], Colonia: Kiepenheuer & Witsch, 11-126; Norberto Bobbio 1981: Max Weber e Hans Kelsen, en: *Varios autores: Max Weber e il diritto*, Milán: Franco Angeli, 135-154; Jürgen Heidorn 1982: *Legitimität und Regierbarkeit* [Legitimidad y gobernabilidad], Berlín: Duncker & Humblot. Para informarse lexicográficamente sobre las posturas en cuestión, véase Dieter Nohlen 2015: *Legitimität* [Legitimidad], en: Dieter Nohlen / Florian Grotz (Eds.) 2015: *Kleines Lexikon der Politik* [Pequeño diccionario de la política], sexta edición, Munich: C.H. Beck, 353-357.

lugar y tiempo? La pregunta alude al problema de la supraextensión de un concepto (*conceptual stretching*), causada por la expansión de las dimensiones características de éste con el efecto de una excesiva diferenciación interna.⁹ A la hora de desarrollar un concepto, frecuentemente se ven integradas en éste cualidades que, bien mirado, podrían ser entendidas como variables susceptibles de ser investigadas en su relación mutua. La inclusión, por ejemplo, de la participación electoral en el concepto de integridad electoral, entendida como integración del ciudadano en el proceso electoral, es un evidente caso de supraextensión conceptual. Conduce a suponer, que un bajo grado de participación electoral expresa una falla de integridad electoral. Sin embargo, no conviene cargar a la integridad electoral con un fenómeno que, de verdad, solo puede percibirse en relación con ella, una relación que llama a que sea investigado. En este sentido, fallas en integridad electoral pueden tener efectos de mayor y menor participación electoral. Diferenciando aquí sólo entre dos factores, la desconfianza en el proceso electoral tiende a disminuir la participación electoral, el clientelismo electoral a aumentarla.¹⁰ Fallas de conceptualización y diferenciación pueden producir enormes errores de análisis. Por cierto, la participación electoral depende de múltiples factores. Además, no conviene sobreestimar el factor integridad electoral, pues desde una perspectiva comparativa, países de comprobada integridad electoral pueden variar mucho en cuanto a la participación electoral. Tampoco conviene suponer que países con baja participación electoral tengan problemas de integridad electoral. Por más importante y más equitativa que sea, la participación electoral es sólo un mecanismo en el que se expresa la participación política.

II. EL CONCEPTO DE INTEGRIDAD ELECTORAL HACIA DENTRO Y HACIA AFUERA

Ahora bien: Respecto a lo que se puede entender por integridad electoral, voy a diferenciar dos dimensiones. La primera se refiere a su alcance integrador. "Asume una visión integral de todas las dimensiones del ciclo

⁹ Véase al respecto Giovanni Sartori 1991: Comparing and Miscomparing, en: Journal of Theoretical Politics 3 (3), 243-257. Véase también Dieter Nohlen: Método comparativo, en: Dieter Nohlen et al. 2006: Diccionario de Ciencia Política, México: Editorial Porrúa, segundo tomo, 871-882.

¹⁰ Véanse Sarah Birch 2010: Perceptions of Electoral Fairness and Voter Turnout, en: Comparative Political Studies 43 (12), 1601-1622; Miguel Carreras y Yasemin Irepoglu, 2013 Perceptions of Electoral Integrity, Efficacy, and Electoral Participation in Latin America, Electoral Studies 32 (4), 609-619, Miguel Carreras / Wesley W. Posvar Hall 2014: Who votes in Latin America? A Test of Three Theoretical Perspectives, en: Comparative Political Studies 47 (8), 1079-1104; Olena Nikolayenko 2015: Do Contentious Elections Depress Turnout? En: Pippa Norris / Richard W. Frank / Ferran Martínez I Coma (Eds.), op. cit. nota 5, 25-44.

electoral partiendo del diseño de la legislación y de los organismos y la selección de autoridades electorales, hasta los procesos de votación, conteo, divulgación de resultados y fiscalización.”¹¹ Esta dimensión se fija en lo que se integra, tiende a que su alcance sea completo: el sinónimo de tal aspiración es totalidad.¹² Integridad electoral, en esta su primera dimensión, se asocia con la idea de enfocar un ciclo electoral con diferentes etapas. Aunque esta perspectiva no es tan novedosa, como supone,¹³ enfatiza la importancia de atender las etapas anteriores y posteriores a la jornada electoral en el análisis de las elecciones — hoy en día por la alta incidencia del financiamiento de los partidos y de las campañas electorales así como del acceso a los medios de comunicación en la contienda electoral— sin duda clave en la evaluación de las elecciones con criterios democráticos.¹⁴

Integridad electoral, en su segunda dimensión, sin embargo, se refiere a la calidad de las elecciones, precisamente a la relación entre valores y prácticas. Postula la correspondencia entre valores y normas por un lado y comportamientos y resultados por el otro: el sinónimo de tal aspiración es honestidad. Integridad electoral se determina como el postulado ético, dirigido al proceso electoral en total, a los individuos involucrados en él, de comportarse de forma íntegra, o sea honesta, conforme a los valores y las normas que sustentan elecciones democráticas, y de proteger, en su caso, la honestidad del proceso electoral frente a desafíos que la ponen en cuestión.

Es importante señalar que el *Proyecto de Integridad Electoral* de Pippa Norris y colaboradores confiesa ambos sentidos de integridad electoral, aunque permite que confluyan en el concepto más elementos de diferente índole.¹⁵ Además, el proyecto determina bien los valores que gobiernan la

⁽¹¹⁾ Centro de Estudios Políticos 2014: Proyecto Integridad Electoral Venezuela. Reporte especial, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Nro. 00 (1) 1 que recoge lo puntualizado por Pippa Norris, por ejemplo en Norris 2014: Why Electoral Integrity Matters (op. cit., nota 5, 33). En Venezuela, la noción de integridad electoral ya ha entrado plenamente en el debate político. Véase Bengino Alarcón / Jesús M. Casal, 2014: Proyecto Integridad Electoral Venezuela: las reformas impostergables, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

⁽¹²⁾ Pero ojo: La idea de la totalidad seduce a incluir en el concepto fenómenos más allá de lo que conviene a integrar y a descuidar necesarias diferenciaciones. Conduce, además, a diseñar una imagen completa, condensada tal vez en una única cifra, en vez de indagar bien la constelación histórica-específica del caso en su lugar y tiempo.

⁽¹³⁾ Dieter Nohlen/Sonia Picado / Daniel Zovatto (Comps.)1998: Tratado de derecho electoral , op. cit., ver nota 6; Dieter Nohlen,/ Daniel Zovatto /Jesús Orozco/ José Thompson (Comps.) 2007: Tratado de derecho electoral, op. cit., ver nota 6.

⁽¹⁴⁾ La crítica a la observación electoral se fija sobre todo en que ella se restringe precisamente a la jornada electoral, lo que subraya Judith Kelley 2010: Election Observers and Their Biases, en: Journal of Democracy 21 (3), 158-172. refiriéndose incluso a los criterios de observación: “international election standards address most directly the factor visible on election day” (163).

⁽¹⁵⁾ Véase Pippa Norris/ Jørgen Elklit / Andrew Reynolds 2015: Methods and Evidence, en: Pippa Norris / Richard W. Frank/ Ferran Martínez i Coma (Eds.), op. cit., nota 5, 36 y sig.

integridad electoral, manifestados en las normas internacionales.¹⁶ Son los acuerdos multilaterales, convenciones, tratados y protocolos internacionales que se refieren a los derechos humanos, a los derechos políticos y allí incluidas las elecciones como los mecanismos necesarios de participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política.¹⁷ Con este trasfondo de valores y normas, se puede, entonces, evaluar integridad electoral ex negativo. Si no se lesionan las normas, si no se manipulan elementos del proceso electoral en contra de lo legalmente o constitucionalmente establecido, y en última estancia, si no se contradice, más allá de las normas, a los valores democráticos que deben sustentarlas, entonces existe integridad electoral.

En su ausencia, a menudo se habla de malas prácticas, distinguiendo sólo entre sus diferentes grados. Conviene diferenciar, sin embargo, entre irregularidades electorales y fraude o manipulación electoral,¹⁸ una importante distinción pues irregularidades en el sentido de errores pueden ocurrir en cualquier momento, son consustanciales al ser humano. En este sentido integridad electoral no puede significar ausencia de errores, aunque las faltas generalizadas pueden tener graves consecuencias respecto a la confianza en los resultados electorales, en especial, cuando los medios de comunicación les magnifican indebidamente, las confunden para este efecto con fraude o manipulación, y los perdedores de la contienda aprovechan la confusión para tratar de deslegitimar el resultado electoral. El fraude o manipulación electoral, en contraste, tiene que ser percibido como actitud intencionada, en contra de la integridad electoral. Produce desconfianza y reduce la legitimidad de las elecciones y su resultado. Puede traer severas consecuencias. Atañe incluso el tipo de régimen, aunque los estudios de integridad electoral, específicamente el índice de *Perception of Electoral Integrity* (PEI) abordan la cuestión de su vigencia universalmente en todos los países sin diferenciar entre tipos de regímenes.

⁽¹⁶⁾ Véase Pippa Norris 2014, op. cit., nota 5, 21 y sig.

⁽¹⁷⁾ Así, la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001, dispone en su artículo 3: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Respecto a observación e integridad electoral, véase Carlos F. Lusverti. 2014: Observación electoral como garantía de procesos electorales libres y justos en el marco de la Carta Democrática Interamericana. <http://apps.ucab.edu.ve/medialab/cuadernos/wp-content/uploads/sites/4/2014/08/Lusverti.pdf>

⁽¹⁸⁾ Contrario a la gran mayoría de los estudios, entre ellos Miguel Carreras y Yasemin Irepoglu, 2013 (op. cit., nota 12), que no diferencian entre irregularidad y manipulación. Por supuesto, esta diferenciación hace necesario un fino enfoque cualitativo, que contrasta con el *mainstream* cuantitativo.

III. EL CONCEPTO DE ARQUITECTURA INSTITUCIONAL

Respecto a la arquitectura institucional, en un principio, parece claro lo que se entiende por este concepto en el ámbito electoral: órganos electorales, normas, convenciones y formas de interacción que regulan el proceso electoral. Las teorías institucionales sostienen que las instituciones pueden explicar comportamientos y resultados políticos. De allí el supuesto de que las instituciones garantizan la integridad electoral y que hay que encontrar e introducir estas instituciones que inducen tales efectos. El nuevo institucionalismo, sin embargo, pone en cuestión la existencia de una relación determinística entre arquitectura institucional e integridad electoral. Como ya decía, la arquitectura institucional tiene importancia, pero ésta es relativa. Mi postura institucional-contextual no desvalora las instituciones sino reconoce precisamente que la administración electoral puede jugar un rol importante, como lo ha sostenido por ejemplo Robert A. Pastor, considerándola incluso como “una variable clave para explicar el éxito o el fracaso de una transición democrática”.¹⁹ Esta relevancia del objeto ha motivado mi propia dedicación a los órganos electorales, al proceso electoral. En tiempos autoritarios, la oposición pide elecciones libres. Y a veces, establecer las condiciones legales y administrativas para la celebración de elecciones libres puede producir un cambio de régimen. Con su reforma de la administración y judicialización electorales de 1996, que pude presenciar de cerca, México es tal vez el caso más paradigmático de tal desarrollo exitoso. Pero los efectos que puedan tener las instituciones dependen en gran medida de otros factores como señalan sobre todo los casos de transición o consolidación democráticas frustradas, por ejemplo en los países de la “primavera árabe”.

Tomando en cuenta la doble dimensión del concepto de integridad electoral, se puede sostener que existen ideas de lo que debe incluir una necesaria arquitectura electoral. Pues el propio concepto integrador de integridad electoral postula, en términos generales, órganos y procedimientos electorales necesarios para cubrir todo el proceso electoral. Cumplido el aspecto de totalidad del concepto, la cuestión debe dirigirse hacia el tipo o la estructura de la arquitectura institucional. La experiencia internacional comparativa señala que no existe ningún modelo de arquitectura ideal y

¹⁹ Robert A. Pastor 1999: *The Role of Electoral Administration in Democratic Transitions: Implications for Policy and Research*, en: *Democratization* 6 (4), 1. Es cierto que cuentan muchos detalles, lo que tiene que tenerse presente, aunque el discurso se lleva cabo en un nivel abstracto. Por ejemplo, importa el diseño de las boletas, el orden en el que los partidos y candidatos aparecen, impacta en las cruces que los votantes colocan en ellas. Véanse, entre otros, los estudios empíricos de Robert Darcy / Ian McAllister 1990: *Ballot Position Effects*, en: *Electoral Studies* 9 (1), 5-17; Jonathan G.S. Koppel/ Jennifer A. Stehen 2004: *The Effects of Ballot Position on Election Outcomes*, en: *Journal of Politics* 66, 267-281.

que hay alternativas de diseño institucional, por ejemplo en relación al lugar y status de los órganos electorales en la estructura estatal, autónomos e independientes o parte integrante del poder judicial, a la organización concentrada o desconcentrada del “poder electoral”, a la adjudicación de facultades (administrativas, registrales, jurisdiccionales) en caso de desconcentración y descentralización de los órganos electorales, etc.²⁰ Además, fijándose en la arquitectura institucional y en las normas formales, seduce a limitarse en el análisis a las grandes confesiones de fe y descuidar la práctica electoral, por ejemplo descuidar el hecho de que bastantes veces no existen sanciones para el caso de no cumplir con las normas legales presentadas como supuestos indicadores de integridad electoral.

El parámetro de la evaluación de integridad electoral es el resultado (*outcome*) de honestidad, consideración que reintegra la segunda dimensión de su concepto al análisis, la correspondencia de la práctica con valores y normas que se deducen de la teoría de la democracia y de los derechos humanos. Se puede distinguir, sin embargo, entre situaciones, en las que ya la arquitectura institucional formalizada falla (por ejemplo cuando los distritos electorales se establecen de forma políticamente sesgada),²¹ y aquellas, en las que el comportamiento de los individuos y colectivos, involucrados en el proceso electoral, la hace fallar, aunque se ha invertido una parte considerable del producto nacional en el establecimiento de una arquitectura institucional permanente y se sigue gastando mucho en su mantenimiento. La arquitectura institucional misma no genera ni garantiza honestidad en su manejo. Por otra parte, se observa a menudo que la misma institucionalidad electoral se asocia con honestidad en este y falla en otro lugar, y que hay resultados de honestidad parecidos aunque la institucionalidad formal sea distinta. En este sentido, convence que el índice de *Perception of Electoral Integrity* (PEI) no se fija en las estructuras institucionales mismas, sino en el grado respectivo de cumplimiento de cada una de ellas con los requisitos de una elección democrática. La honestidad en el manejo de lo electoral es el criterio clave.

En dos oportunidades (entre los, en total, 49 ítems), el índice PEI recurre, sin embargo, a características de tipo institucional. Ambas exhiben una

⁽²⁰⁾ Véase al respecto Juan Jaramillo 2007: Los órganos electorales supremos, en: Dieter Nohlen / Daniel Zovatto / José Orozco / José Thompson (Eds.: Tratado de derecho electoral, op.cit, nota 6, 371-436. También Juan Jaramillo /Marta León-Roesch/ Dieter Nohlen: Poder electoral, op. cit., nota 6.

⁽²¹⁾ El sistema electoral, o sea la forma en que la ciudadanía vota y el mecanismo por medio del cual los votos se convierten en escaños, se presta fácilmente a malentendidos cuando, por ejemplo, se hace depender la calidad de la representación, de la integridad electoral y finalmente la democracia del grado de proporcionalidad entre votos y escaños. La máxima proporcionalidad puede ser una aspiración política, el grado de proporcionalidad un aspecto analítico, es fácil de medir (lo que le hace atractivo para estudios cuantitativos) pero no sirve para contribuir a la determinación de la calidad democrática de las elecciones.

enorme importancia porque con ellas se alude al régimen político, cuando se pregunta por la vigencia de la ley y la imparcialidad de los órganos electorales. Como se sabe, en regímenes autoritarios, sin separación de poderes, sin vigencia del Estado de derecho, la ley es un arma del poder contra la oposición, y la correspondencia con la ley en términos de un positivismo jurídico no garantiza la integridad electoral. En el autoritarismo, tampoco se garantiza la independencia y autonomía de los órganos electorales.

Así, la integridad electoral, no tan dependiente de la arquitectura institucional, es una exigencia de la democracia hacia adentro. De su cumplimiento depende la democracia como tipo de régimen. Las elecciones libres y honestas constituyen el elemento definitorio clave de la democracia. Procuran la legitimidad del régimen, su reconocimiento como democracia, y procuran también la legitimidad del ejercicio del poder por parte de los ganadores electorales. Sin embargo, como estamos observando, la relación causal es también inversa. El tipo de régimen es la variable institucional decisiva para el grado de integridad electoral y el significado y la estructura de la arquitectura institucional en ella.²² América Latina, como región, constituye un buen ejemplo. En general, ha habido grandes progresos en el desarrollo de la justicia electoral. Es necesario reconocer esto,²³ considerando también primero que la organización de elecciones incluidas todas las etapas del ciclo electoral es el mayor procedimiento administrativo que un Estado tiene que dominar, y, segundo, el estado de la administración pública en general, a veces muy deficiente. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos, en los que cambió el régimen político hacia un autoritarismo con diferentes adjetivos, las elecciones perdieron dramáticamente su anterior carácter de ser libres y honestas.²⁴ De modo que el tipo de régimen constituye la diferencia que hace la diferencia.

⁽²²⁾ Cuando se cataloga a todos los países como democráticos, como procede el *Proyecto de Integridad Electoral*, el tipo de régimen pierde valor como factor explicativo para las normas y las prácticas electorales. En contraste, donde se diferencia entre ellos, la variable tipo de régimen puede jugar un rol importante en la explicación de la arquitectura institucional, como demuestran Ellen Lust-Okar, y Jamal Amaney Ahmad 2002 en su estudio sobre el Medio Oriente en: *Rulers und Rules. Reassessing the Influence of Regime Type on Electoral Law Formation*, en: *Comparative Political Studies* 35 (3), 337-366.

⁽²³⁾ Este avance está puesto de relieve también por parte de Miguel Carreras y Yasemin Irepoglu 2013 (op. cit., nota 12), cuando hablan de un “significant improvement in the quality of electoral process in the region”, contrastando con el bajo grado de confianza en las elecciones. Véase también. Arturo Maldonado / Mitchell A. Seligson 2014: *Electoral Trust in Latin America 2004-2012*, en: Pippa Norris / Richard W. Frank, / Ferran Martínez i Coma, (Eds.), op. cit., nota 5, 229-245.

⁽²⁴⁾ Dieter Nohlen 2014: *Principio mayoritario y regímenes presidenciales en América Latina*, Lima: Jurado Nacional de Elecciones.

IV. VARIABLES DE CONTEXTO EN AMÉRICA LATINA

No cabe duda que hay muchos factores de contexto que influyen en la integridad electoral, y que pueden, por lo demás, jugar un rol muy diferente según lugar y tiempo. O sea, no es fácil establecer generalizaciones. Hay que ser escéptico frente a cada una, incluida esta misma. Por ejemplo, en los casos, en los que el grado de integridad electoral es bajo, se llama la atención al bajo grado de desarrollo económico, o a la alta desigualdad social, o la poca experiencia con la democracia.²⁵ Sin embargo, en comparación mundial, es bastante fácil encontrar casos que se oponen a este tipo de generalizaciones. La India es un ejemplo que contradice a menudo las tesis supuestamente universales.²⁶ Un factor de contexto que para América Latina contiene un alto valor explicativo dentro del grupo de variables socio-culturales es el de la desconfianza generalizada hacia las instituciones.

Ella se alimenta de varios factores. Se nutre, primero, de la desconfianza social, la desconfianza en el otro que es comparativamente alta. Proviene, segundo, de la visión que la gente tiene de la política y de los políticos en general, confirmada por el alto grado de corrupción evidenciado por hechos comprobados. Se alimenta, tercero, del personalismo en la política, dado que los actores que practican el personalismo a menudo se consideran por encima de la ley. Piensan con frecuencia que “el fin justifica los medios”. Se nutre, cuarto, de la falta de cultura institucional, lo que se demuestra, por ejemplo, en el hecho de que la gente acepta con facilidad que el político lesione la ley cuando el objetivo le conviene, postura que corresponde al criterio y a la conducta que se practican también en las relaciones sociales en general.

Aplicando un enfoque de la teoría de juegos, Jesús Tovar Mendoza emplea el concepto de ‘meta-reglas’ para ilustrar los procesos electorales de mala calidad²⁷: “La primera ‘meta-regla’ de todo juego, incluido el electoral (un tipo específico de juego competitivo) es: el que hace trampa, gana. En ese sentido, un desnivelamiento o ventaja de alguno de los jugadores perjudica automáticamente al adversario. La segunda meta-regla de cualquier juego es: aquel que coopta al árbitro, gana”. Tovar Mendoza desglosa diferentes maneras de lograrlo: “Uno, a través de la influencia

⁽²⁵⁾ Véase la nómina de factores causantes en Miguel Carreras y Yasemin Irepoglu, 2013 (op. cit., nota 12).

⁽²⁶⁾ Me refiero a diferentes tesis sobre la relación causal entre pobreza y autoritarismo, o desigualdad y autoritarismo, o extrema heterogeneidad social y autoritarismo. Véanse Amartya Sen 2009: *The Idea of Justice*, Penguin Books, así como Dirk Berg-Schlosser y Norbert Kersting (Eds.) 2000: *Armut und Demokratie. Politische Partizipation und Interessenorganisation der städtischen Armen in Afrika und Lateinamerika* [Pobreza y democracia. Participación política y organización de intereses de la pobreza urbana en África y Latinoamérica], Francfort del Meno: Campus.

⁽²⁷⁾ Jesús Tovar Mendoza 2015: Ensayo introductorio, en: Dieter Nohlen: México y el desarrollo de la democracia en América Latina. Tres conferencias, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

que los actores políticos tengan para nombrar a los árbitros electorales, de tal manera que los designados tengan un vínculo de lealtad con los que decidieron su nombramiento. Dos, a través de la corrupción directa, es decir por algún tipo de beneficio económico que el actor político pueda otorgar directamente al juez. Tres, a través de la amenaza dirigida contra el árbitro por parte de los jugadores, ya sea sobre su actual situación laboral o incluso contra su integridad física, o sobre su futura condición profesional a través de un posible veto. La tercera meta-regla del juego es: el que utiliza la violencia, gana. Esta es la última estrategia por la cual prima un ganador (...). La estrategia consiste en eliminar al adversario. Se clausura el juego competitivo de la democracia, y se pasa “a un régimen autoritario, lo cual incluso conlleva a la desaparición de los árbitros, o en todo caso a que pasen a ser figuras pasivas o decorativas del nuevo sistema político.”

Por cierto, la desconfianza es ubicua y puede ser legítima y aconsejable. Además, conviene diferenciar entre distintos grados de desconfianza. América Latina, en general, y como confirman las encuestas, parece representar un caso de extrema desconfianza. En el campo político-institucional, pone en cuestión cualquier institución o práctica política. Es interesante observar que, en general, la extrema desconfianza atañe, sobre todo, a las instituciones democráticas, las de mayor grado de equidad, incluyendo a los órganos que velan por estos valores, como los electorales. Pero la confianza en los órganos electorales supera la que consigue el poder judicial en general.

En general, la desconfianza aparece como un fenómeno de resultado, de experiencias y observaciones vividas. Estas experiencias, sin embargo, inducen a los individuos y colectivos a pensar que el cumplir con el derecho y la ley resulte poco beneficioso y que, al final, solo los “tontos” terminen respetando estándares éticos. Así, la desconfianza es de igual manera un fenómeno de entrada: motiva el fraude. Genera suponer, que el otro hace fraude, e incentiva y legitima así individual —y colectivamente un comportamiento igualmente deshonesto— para compensar. Así se entiende, por qué los partidos luchan tanto por poner a su gente en los órganos electorales, y por qué presionan tanto a los consejeros electorales para que entren en su juego por el poder.

V. EVALUANDO LA EVALUACIÓN DE LA INTEGRIDAD ELECTORAL

En mis últimas consideraciones, quisiera apuntar unas observaciones generales en relación a la evaluación de la integridad electoral, en especial por

parte del índice de Percepción de Integridad Electoral (PEI).²⁸ Por cierto, el PEI es solamente una parte del proyecto que incluye también estudios temáticos profundos. Sin embargo, el PEI parece ser el hito de la medición con más capacidad de llamar la atención. Por lo demás, es el estudio comparativo que incluye a todos los países que celebran elecciones durante los años en estudio. Esta globalidad no se alcanza hasta ahora en los demás resultados del proyecto entregados al público.²⁹ Una excepción constituye el libro titulado *Advancing Electoral Integrity* que contiene dos contribuciones sobre América Latina.³⁰

Una primera observación se refiere al alcance y a la manera de la evaluación. La medición incluye todas las elecciones en el mundo, no importa el tipo de régimen político. En los estudios sobre elecciones de los años setenta y ochenta, se diferenciaba entre elecciones competitivas, no-competitivas y semi-competitivas, acorde con el tipo de régimen: democrático, totalitario y autoritario.³¹ La categoría definía el acceso analítico. En los estudios sobre integridad electoral, no existe distinción categorial. Se determina el grado de cercanía de cada elección con el estándar internacional. La evaluación es gradual y no categorial, no se excluye ningún sistema político. Algo de integridad electoral se encuentra en cada caso. El ejemplo paradigmático es Cuba. Es una dictadura unipartidista, la oposición se encuentra oprimida o en la cárcel, las elecciones no tienen la función de representar un pluralismo político, no hay competencia ni alternancia. Sin embargo, el caso forma parte de la evaluación y consigue incluso un grado medio de integridad electoral, por encima del valor medio mundial y por encima de otros países latinoamericanos (Ecuador, Paraguay, Venezuela, Honduras). No es solo una falla tal cual, es una falta de criterio. Cuando los resultados

⁽²⁸⁾ Véase Pippa Norris / Ferran Martínez i Coma / Richard W. Frank 2013: The Expert Survey of Perception on Electoral Integrity, Pilot Study May 2013. www.electoralintegrityproject.com. Véase también Pippa Norris / Richard W. Frank / Ferran Martínez i Coma (Eds.) 2014, op. cit., nota 5, 57 y sig.

⁽²⁹⁾ Por ejemplo, América Latina no está bien representada. Aparecen México y Cuba, pero no Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, para solo nombrar los países de baja o ninguna integridad electoral, más aún, son países que no pudieron mantener el estándar de integridad electoral que habían alcanzado en tiempos anteriores. Recuerdo el enorme esfuerzo de las Naciones Unidas en su misión de ONUVEN para garantizar elecciones libres y honestas en Nicaragua el año 1990, ganadas por la oposición al régimen sandinista, en las que he sido junto a mis colegas Rafael López Pintor y José Ignacio Wert, Consultor del Jefe de Misión.

⁽³⁰⁾ Se trata de Antonio Ugues, JR. 2014: Electoral Management Bodies in Central America, en: Pippa Norris / Richard W. Frank & Ferran Martínez i Coma (Eds.), op. cit., nota 5, 118-134, y de Arturo Maldonado / Mitchell A. Seligson 2014: Electoral Trust in Latin America 2004-2012, en: Pippa Norris / Richard W. Frank, / Ferran Martínez i Coma, (Eds.), op. cit., nota 5, 229-245.

⁽³¹⁾ Véanse Guy Hermet / Richard Rose / Alain Rouquié 1978: Elections without Choice, Nueva York: John Wiley & Sons; Dieter Nohlen 1978: Wahlsysteme der Welt, Múnich: Piper; Dieter Nohlen 1981: Sistemas electorales del mundo, Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales. Para América Central véase el estudio contextualizado de Michael Krennerich 1992: Die Kompetitivität der Wahlen in Nicaragua, El Salvador und Guatemala in historisch vergleichender Perspektive, en: Ibero-Amerikanisches Archiv, Neue Folge 18 (1-2), 245-290.

de la evaluación contradicen tan claramente el sentido común del público en general, se distorsiona la apreciación de todo el esfuerzo analítico.³²

En segundo lugar, se desatiende el contexto socio-cultural que puede ser determinante respecto al éxito que tenga un determinado diseño institucional, aunque no corresponda al estándar internacional. El ejemplo paradigmático puede ser Alemania. Allí, el órgano electoral que organiza las elecciones es una oficina dependiente del Ministerio del Interior que no opera permanentemente, sino *ad hoc*, el control del financiamiento de los partidos políticos y de las campañas electorales está en manos de la presidencia del parlamento, un órgano no judicial sino político que en caso de lesionar las normas sentencia duras sanciones a los partidos políticos; el control de los resultados electorales lo ejerce en realidad una comisión del parlamento recién elegido en función del pleno, dado que es raro que las quejas por motivo de sus sentencias lleguen al órgano judicial que en última instancia es el Tribunal Constitucional Federal. El constitucionalista Hans Meyer, a quien le gusta extremar sus juicios, habla de un “escándalo de Estado de derecho”, de un “procedimiento electoral totalmente separado de cualquier revisión judicial”.³³ A pesar de esta no correspondencia con los estándares internacionales, con relativamente poca inversión y cuidado en lo electoral, el electorado alemán sigue mostrando una alta confianza en los resultados electorales.³⁴ En el PEI,

⁽³²⁾ En contraste con esta extraña evaluación, Pippa Norris, Richard W. Frank y Ferran Martínez i Coma cuentan en su libro sobre Contentious Elections, 2015, op. cit., nota 5, 143, a Cuba “entre los regímenes más represivos del mundo”.

⁽³³⁾ Hans Meyer 1994: Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlass der Bundestagswahl 1994 [Los escaños excedentes y otras cosas divertidas, en ocasión de las elecciones al Bundestag de 1994], en: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 77 (4), 353. Mis informes al respecto se encuentran en Dieter Nohlen 1992: La calificación electoral en Alemania”, en: H. Cámara de Diputados/Universidad Nacional Autónoma de México (Org.): Sistemas de calificación electoral, México: H. Cámara de Diputados/UNAM, 15-25; Dieter Nohlen 2001: Calificación electoral en Alemania Federal”, en: José de Jesús Orozco Henríquez (Ed.): Sistemas de justicia electoral. Evaluación y perspectivas, México: IFE/ PNUD/UNAM/ IFES/IDEA International, 61-76.

⁽³⁴⁾ Un cierto indicador lo constituyen las quejas electorales (*Wahleinsprüche*) que se dirigen al Parlamento. Hubo 1453 en las elecciones de 1994, 110 en 1998, 193 en 2005, 163 en 2013; véase Michael F. Feldkamp 2015: Deutscher Bundestag 1994 bis 2014. Parlaments- und Wahlstatistik 13. bis 18. Wahlperiode [*Bundestag* alemán 1994 a 2014. Estadísticas parlamentarias y electorales], Baden-Baden, Nomos. El número sorprendentemente alto de 1994 se explica por el inesperado aumento en estas elecciones de los escaños excedentes a 16, doce de ellos para el partido mayoritario, que fueron determinantes en la formación de la coalición de la Democracia Cristiana con los Liberales. No se puede concluir del excepcional aumento de 1994 que “after 1990, rising number of petitions appealing against the results are an indication of growing suspicion by the electorate”, como lo hace Pippa Norris 2015, op. cit., nota 5, 134. La confianza en *scholars* que han detectado algo sorprendente, parece muy alta en el Proyecto de Integridad Electoral. En el caso de Alemania unos alumnos encontraron “systematic irregularities in vote counts for Bundestag elections” así Pippa Norris 2014, op. cit., nota 5,5. La información se basa en una sola fuente, sin control. Por otra parte, destaca la cantidad de quejas dentro del total que se refieren no al proceso electoral, sino a algunos efectos del sistema electoral de representación proporcional personalizado, a veces

Alemania aparece en el *ranking* de integridad electoral en uno de los primeros puestos.

Respecto a la arquitectura electoral, lo que conviene respetar es el diseño institucional en su contexto. Desde esta perspectiva, parece poco convincente abarcar la garantía de integridad electoral a partir de la arquitectura institucional misma, con un supuesto “mejor sistema” en mente. Por lo demás, debido al peso de la tradición, las reformas institucionales parecen estar sujetas a la dependencia de sendero. En vez del institucionalismo puro, debiera considerarse el estado de integridad electoral a partir del reconocimiento que reciben las elecciones como libres y honestas en términos de totalidad y honestidad, debido al examen crítico de la práctica electoral. En caso de un grado insuficiente de reconocimiento de integridad electoral aunque empíricamente comprobada, entra en juego el aspecto institucional, considerando el probable efecto que pueda tener una reforma institucional para mejorarlo. Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que a menudo son factores no-institucionales los que promueven un grado limitado de reconocimiento de integridad electoral en términos de legitimidad, sustanciándose en una supuesta falta de integridad electoral. Cuestionar la credibilidad electoral a veces conviene a los actores políticos. Les permite a los perdedores llamar la atención a factores fuera de su responsabilidad para explicar malos resultados, y permite a los politólogos poco sensibles al contexto alimentar la idea de que una reforma institucional puede subsanar la mala práctica, conscientes de que son ellos los que manejan la sabiduría institucional, sobre todo a nivel de modelos. Cuando se trata de factores no-institucionales, es más bien una incógnita cómo puede entrar un conocimiento evaluativo de tipo institucional en el mundo de comportamiento y acción.

En tercer lugar, es importante captar bien las normas y la práctica en el ámbito administrativo y judicial y diferenciarlas de normas políticas, o sea normas expuestas a legítimos criterios políticos como es el caso del sistema electoral. Esta institución, repito, define el cómo los electores expresan sus preferencias políticas, o sea cómo se vota y cómo los votos se convierten en escaños o en puestos de poder. El sistema electoral constituye las reglas que gobiernan este proceso de conversión. En América Latina, sin embargo, a menudo se aplica un concepto más amplio de sistema electoral que incluye la estructura institucional de todo el proceso electoral, desde el registro de electores hasta el contencioso electoral. En los estudios de evaluación de las elecciones, frecuentemente se mezclan todos los elementos del proceso

difíciles de entender: escaños excedentes, compensación de escaños, peso negativo del voto, etc., de modo que estas quejas se podrían también interpretar como participación ciudadana en la política.

electoral, aunque no resulta posible aplicar los mismos criterios a todos ellos. Mientras que es legítimo que el sistema electoral (en su sentido estricto) influya en el resultado electoral, es incluso una de sus funciones —y, en general, el sistema electoral favorece al partido más votado— el resultado electoral no debe depender del reglamento administrativo y judicial. Los respectivos órganos electorales tienen que velar por la justicia electoral. Por cierto, existen maneras de manipular los sistemas electorales, y una clásica manera se refiere a la distritación —la respectiva manipulación lleva el nombre de *gerrymandering*— con alta incidencia en los sistemas de representación por mayoría, con poco efecto en el caso de sistemas de representación proporcional. Pero esta posibilidad de manipulación no legitima desatender la diferencia de sentido, función y evaluación entre el sistema electoral en su concepto amplio y el restringido.

Por otra parte, importa también que el análisis sea correcto. Por ejemplo, en la evaluación de integridad electoral por parte del PEI, el pequeño capítulo sobre Alemania contiene dos errores, el primero se refiere al sistema electoral, el segundo a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Objeto errores fácticos, no de interpretación. En el quehacer evaluativo en general, la interpretación juega un importante rol. La evaluación comparativa de alcance mundial se basa en el estudio caso por caso por parte de diferentes expertos.³⁵ A nivel individual, importa su capacidad de análisis, su experiencia comparativa (conviene recordar que el que sólo conoce su país, no lo conoce bien) y el control de su compromiso político, a nivel colectivo, la homogeneidad de los criterios. Por cierto, influye el contexto del investigador, la persona del investigador en su contexto, guiada por intereses cognitivos, también por compromisos políticos e ideológicos que influyen en lo que observa, describe y evalúa. En este sentido, es difícil conseguir una homogeneidad de criterios del grupo de evaluadores. Es justo mencionar que los colaboradores del Proyecto de Integridad Electoral se han dado cuenta de la importancia del factor “experto en su contexto” en la evaluación, consideran que la calidad de las elecciones no es tan fácil de medir (aunque seguramente mucho más fácil que la calidad de la democracia) y de que diferencias en cuanto a conceptos, indicadores y datos llevan a resultados distintos (lo que caracteriza desde lejos los estudios cuantitativos sobre la calidad de la democracia).³⁶

⁽³⁵⁾ Para las propias consideraciones de los autores del PEI en relación a la selección de expertos véase Ferran Martínez i Coma / Richard W. Frank 2015: Expert Judgements, en: Pippa Norris / Richard W. Frank & Ferran Martínez i Coma (Eds.), op. cit., nota 5, 51-70.

⁽³⁶⁾ Judith Kelley 2010, op. cit., nota 16; Carolien Van Ham 2015: Getting elections right? Measuring Electoral Integrity, en: Democratization 22 (4), 714-734. Ferrán Martínez i Coma / Carolien Van Ham 2015: Can Experts Judge Elections? Testing the Validity of Expert Judgments for Measuring Election Integrity, en: European Consortium for Political Research, mimeo. En

La cuarta observación se refiere explícitamente a la evaluación de lo observado, reconsiderando el concepto de integridad electoral. Un ejemplo paradigmático es México. En la evaluación de las elecciones de 2012 por parte del PEI se dice: “Durante la elección hubo manifestaciones masivas en Ciudad de México en contra de supuestos sesgos en favor del PRI y de su candidato Peña Nieto en la prensa y la televisión. Después de las elecciones, (el candidato perdedor) López Obrador pidió un completo recuento de los votos, reclamando amplias irregularidades, incluidas la compra de votos (a través de tarjetas de crédito en supermercados) y el uso de fondos ilícitos por parte del PRI. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación rechazó las acusaciones por insuficiencia de pruebas. La misión de observadores de la OEA elogió las elecciones como pacíficas y ordenadas, con administración profesional. Las protestas, sin embargo, continuaron, algunas violentas. El PEI ubicó a México en la categoría de integridad moderada, debido en parte a algunos problemas en la fase post-electoral.”³⁷

Se desprende que en la evaluación final que se expresa en el grado de integridad electoral que se concede al caso, se integra no sólo lo observado por expertos en relación a todas las etapas del proceso electoral en términos de la totalidad, aplicando en su examen el parámetro de la relación de la práctica con los valores y normas en términos de la honestidad, sino también la percepción por parte de la opinión pública y de los actores políticos mismos, de la que se sabe que está muy influida por factores socioculturales, por la desconfianza sistémica, y precisamente por no reconocer el resultado electoral por parte del perdedor electoral. De esta manera, la estructura del concepto de integridad se acerca al de legitimidad, sustanciándose en ambos casos en dos dimensiones, una objetiva, la dignidad a la que se refieren, y una subjetiva, la creencia en la que se enfocan, como lo hemos explicado antes. Mientras que en el caso de la legitimidad, los clásicos de la teoría democrática favorecen a la creencia de legitimidad como elemento empírico clave en la evaluación politológica, a mi modo de ver, en el caso de la integridad electoral, tendría que favorecerse el examen empírico de

cuanto a estudios sobre la calidad de la democracia, me refiero, entre otros, a Daniel H. Levine / José E. Molina 2011: *The Quality of Democracy in Latin America*, Boulder/Londres:Lynne/Rienner Publishers; Leonardo Morlino 2014: *La calidad de las democracias en América Latina*, edición revisada, Estocolmo/ San José: IDEA Internacional.

⁽³⁷⁾ La versión en inglés dice: “During the election, mass protests occurred in Mexico City against alleged pro-PRI bias favoring Peña Nieto in the print and television media. Following the elections, López Obrador demanded a full recount, claiming widespread irregularities, including vote-buying (using supermarket credit cards) and use of illicit funds by PRI. The Electoral Tribunal of the Federal Judiciary rejected the charges due to insufficient evidence. The OAS observer mission praised the election as peaceful and orderly, with professional administration. Protests continued, however, some violent. The PEI survey rated Mexico as moderate in integrity, due in part to some problems at the results stage.”

la dignidad, o sea honestidad como parámetro de evaluación. Además, el cumplimiento de la integridad electoral, la honestidad demostrada y comprobada durante todo el proceso electoral, tendría que promover precisamente su activa defensa por parte de los evaluadores frente a intentos de negarla y aniquilarla. Es un servicio necesario en defensa de la democracia.

Quisiera terminar con unas preguntas y una tesis: ¿es correcto, es conveniente, unir al concepto de integridad electoral la desconfianza en ella debido a condiciones socioculturales e intereses políticos? ¿Si la respuesta es sí, no se entrega a los factores socioculturales contingentes cualquier resultado del análisis evaluativo de la integridad electoral, sin poder reconocer, en su caso, el resultado objetivo de una excelente labor de los órganos electorales? Entre mayor la desconfianza en el proceso electoral como variable sociocultural en la integridad electoral y su examen en América Latina, menor el impacto que tenga la arquitectura electoral y el desempeño de los órganos electorales no solo en la integridad electoral y su evaluación, sino también en el aumento de la legitimidad de la democracia en la región.

LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN ARGENTINA

Néstor Pedro Sagüés *

SUMARIO: I. Introducción. II. Primera fórmula. Sexenio presidencial con posibilidad de reelección diferida. El texto original de la constitución de 1853/60. III. Segunda fórmula: la reelección indefinida. Constitución de 1949. IV. El fin de la segunda fórmula. Revolución de 1955, reformas constitucionales de 1956 y 1957. V. Tercera fórmula: período presidencial de cuatro años y posibilidad de una sola reelección. VI. Cuarta fórmula: reforma constitucional de 1994. Período de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata, con más posibles reelecciones, distanciadas por un período en blanco. VII. Tentativa de interpretación espúrea de la Constitución. VIII. Modulación familiar de la reforma constitucional de 1994. IX. Conclusiones. X. El tema en las constituciones provinciales. Remisión.

I. INTRODUCCIÓN

La reelección presidencial es un tema relevante —y recurrente— en la historia constitucional argentina. Provocó tres reformas constitucionales, la derogación, literalmente *manu militari*, de una constitución y, en concurrencia con otros factores, un movimiento revolucionario triunfante. Hasta hoy, estimula debates inconclusos.

Liminarmente cabe observar que la actual constitución argentina fue sancionada en 1853, con reformas en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994. Las de 1949 y 1972 han perdido vigencia. A continuación abordaremos los avatares de la reelección presidencial a partir del lanzamiento de aquella constitución, limitando nuestro análisis al ámbito constitucional nacional.

(*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

II. PRIMERA FÓRMULA. SEXENIO PRESIDENCIAL CON POSIBILIDAD DE REELECCIÓN DIFERIDA. EL TEXTO ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1853/60

El texto original de 1853 (art. 74; después de la reforma constitucional de 1860, numerado, sin cambios en la redacción, como art. 77), estableció lo siguiente: *El Presidente y Vicepresidente duran en sus empleos el término de seis años, y no pueden ser reelegidos sino con intervalo de un periodo*. Esta constitución será llamada aquí de 1853/60.

En tal esquema, concretamente, la reelección no está interdicta, sino permitida, pero de modo diferido, esto es, dejando un intervalo o período presidencial en blanco.

La cláusula constitucional era muy parecida al art. 79 del proyecto de constitución de Juan Bautista Alberdi (1852), quien al sustentar esta norma, escribió: "Admitir la reelección, es extender a doce años el término de la presidencia. El presidente tiene siempre medios de hacerse reelegir y rara vez deja de hacerlo. Toda reelección es agitada, porque lucha con prevenciones nacidas del primer período; y el mal de la agitación no compensa al interés de espíritu de lógica en la administración, que más bien depende del Ministerio".¹

Pero debe alertarse que con posterioridad, Alberdi se lamentó expresa y categóricamente de su propuesta, es decir, de la admisión de la posibilidad reeleccionista, aún mediando el lapso de un período "hueco" o vacío. En concreto, sugirió prohibir toda forma de reelección, "en ningún caso y en ninguna forma". La reelección importaba, según su propia autocrítica, "un ataque contra el sistema republicano", porque "cambia la república en una especie de monarquía".²

Se da aquí el curioso caso, pues, de un precepto constitucional repudiado por su propio autor intelectual, a pocos años de haberse promulgado.

No obstante ello, el grueso de la doctrina constitucional argentina aceptó la legitimidad de la fórmula predicha. Durante la vigencia de la norma, en los hechos, solamente dos presidentes, Julio Argentino Roca e Hipólito Irigoyen, hicieron uso de la posibilidad reeleccionista. Sin embargo, el segundo fue depuesto antes de culminar su segundo período, por un golpe de estado, el 6 de septiembre de 1930.

Como dato complementario, y no menor, es del caso subrayar que este esquema reeleccionista se plantea dentro de un régimen fuertemente

⁽¹⁾ Alberdi Juan Bautista, *Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina*, en Alberdi Juan Bautista, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, nueva edición oficial, Besanzón, Imprenta de José Jacquín, 1856, pág. 186.

⁽²⁾ Alberdi Juan Bautista, *Reelecciones presidenciales. Obras selectas*, t. 5, cap. X, págs. 325/9, y *Las reformas de 1860. Obras Selectas*, t. 10 págs. 576/80, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, t. 9 págs. 630-2.

presidencialista, o si se prefiere, híper presidencialista. El ya citado Juan B. Alberdi, al programar al Poder Ejecutivo, pensó en “un Presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano”, y al que recomienda darle “todo el poder posible, pero por medio de una Constitución”.³

III. SEGUNDA FÓRMULA: LA REELECCIÓN INDEFINIDA. CONSTITUCIÓN DE 1949

Esta Constitución, fuertemente marcada por una evidente impronta caudillista —según se declaró desde su inicio⁴— estableció en su art. 78 lo siguiente: *El Presidente y el vicepresidente duran en sus cargos seis años; y pueden ser reelegidos.*

La posibilidad de instaurar la reelección indefinida no había sido anticipada por el entonces presidente de la Nación, Juan D. Perón, cuando oficialmente propició la reforma constitucional. El discurso de referencia insiste varias veces en actualizar al texto constitucional de 1853, y entre otros objetivos, asegurar los derechos sociales de los trabajadores, suprimir la economía capitalista de explotación y afianzar al régimen republicano, representativo y federal, pero en nada postula la reelección presidencial indefinida.⁵

Pese a ello, dicho tema fue uno de los ejes principales de la nueva carta constitucional. El diputado constituyente Arturo Enrique Sampay, al fundar, por la mayoría, al nuevo texto, se detuvo largamente en el asunto. Las razones invocadas para justificar la fórmula de la reelección indefinida, fueron las siguientes:

- a) “fidelidad al régimen democrático”. Para Sampay, negarle al pueblo el derecho a elegir a quien desee, reuniendo el candidato las condiciones constitucionales para postularse, implica una contradicción sistémica.
- b) “madurez política argentina”. Las razones esgrimidas en otros países latinoamericanos para vetar la reelección presidencial no son valederas aquí, donde reina la “madurez política”. Citando a Émile Giraud, apunta que fue “el predominio de los indígenas y mestizos sobre

⁽³⁾ Alberdi Juan Bautista, *Bases y puntos de partida...*, ob. cit. en nota 1, págs. 104-105.

⁽⁴⁾ Cfr. Sampay, Arturo Enrique, *La reforma constitucional*, La Plata, Laboremus, 1949, pág. 73: “...esta reforma constitucional... podrá ser exhibida por el General Perón como su gran obra —de allí que la voz del pueblo, que es *vox Dei*, la llame Constitución de Perón—”. Se trata del discurso del aludido jurista y diputado constituyente al fundar, por la mayoría de la comisión revisora, en el recinto de sesiones de la convención, al nuevo texto.

⁽⁵⁾ Cfr. Sampay Arturo Enrique, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, 1975, Eudeba, t. II págs. 475-479.

los blancos, el fermento de las oposiciones de clases, motivadas por luchas de razas que obligan a reglarse por una dictadura, cuyo límite es dado por el principio de la no reelección.” Sampay agrega: “Pero la República Argentina... -digámoslo como una refutación a tantos infundios-, es una comunidad política que en ningún aspecto va a la zaga de los Estados europeos... En la Argentina pasó el tiempo — Dos quiera que para siempre— de la incultura política sudamericana”.

- c) “indiscutibles bondades de la reelección presidencial”. El expositor se remitió, para ello, a una extensa cita de Hamilton y a la experiencia del derecho comparado, incluyendo el estadounidense, donde sus jefes de estado son (con obvia referencia a Franklyn Delano Roosevelt), “reelegidos hasta la muerte”.
- d) “circunstancias políticas excepcionales”, en Argentina, que demandan la reelección constante, teniendo en cuenta el momento crítico que enfrenta el país, de “profundo proceso revolucionario de superación del liberalismo burgués”, en concurso con la “personalidad política excepcional”, del entonces Jefe de Estado, que “conduce al país, con firmeza y clarividencia, hacia la superación del momento crucial que vive el mundo”. La “suerte de esa empresa argentina, concluye, depende de la posibilidad constitucional de que el General Perón sea reelegido Presidente de la República por el voto libre de sus conciudadanos”.⁶

De los cuatro argumentos precedentes, únicamente el primero podía tener cierta consistencia, aunque por cierto resultaba algo burdo: afirmar que en una democracia, en virtud del adagio *vox populi vox Dei*, la mayoría del pueblo puede hacer lo que quiera y perpetuar en el poder a quien le guste, vitaliciamente llegado el caso, no constituía una versión muy madura ni axiológicamente refinada para una República moderna de mediados del siglo XX, que pretendía ser modelo en su género.

Los otros tres eran desechables liminarmente. La idea de la Argentina como una suerte de ínsula europeizada y políticamente mejor que el resto de Latinoamérica, repetía un viejo prejuicio local basado en un falso complejo de superioridad racial y cultural, que los hechos iban a desmentir, y estaban ya desmintiendo, al galope. La sucesión de golpes de estado que sufría el país desde 1930 era realmente preocupante, y se incrementó a poco de sancionarse la constitución de 1949, en buena parte por ella misma. Si de inestabilidad sistémica se trataba, Argentina estaba destinada a batir récords regionales, cuando no mundiales.

⁶ Sampay Arturo Enrique, *La reforma constitucional...*, ob. cit. en nota 4, págs. 68-73; *Las constituciones...*, ob. cit. en nota 5, págs. 514-517.

El argumento estadounidense tampoco era válido. Es cierto que Franklyn Delano Roosevelt fue reelegido varias veces, y que había muerto, pocos años antes, en ejercicio de la presidencia, pero también lo fue que la enmienda constitucional XXII limitó la posibilidad de ser electo a solamente dos períodos, precisamente como respuesta a la experiencia habida por dicho mandatario.

Finalmente, el recurso al Líder-Mesías como tabla de salvación, piloto de tormentas y única alternativa imaginable ante la formidable empresa política que, según se decía, Argentina atravesaba en esos momentos, concluyó absolutamente falso. Ni en la primera presidencia de Juan Domingo Perón (1946-1952), ni en la segunda (1952-55), como tampoco, y menos todavía, en la tercera, (1973/4), dicho Jefe de Estado intentó destruir el régimen liberal capitalista burgués de propiedad privada de los medios de producción, según, en cambio, predecía y fomentaba Sampay. Las estrofas de la marcha partidaria del peronismo, que exaltaban al *líder de los trabajadores*, o *gran conductor*, y que mostraban a los obreros “combatiendo al capital” fueron, precisamente, eso solo: letra y música, pero no cambio en las relaciones básicas de estructura y de funcionamiento del sistema económico. Lo dicho no impide, desde luego, desconocer los muy significativos aportes económicos y sociales del justicialismo, o peronismo, a favor de los empleados, tanto en el derecho individual como en el colectivo del trabajo, en el derecho previsional, en los planes de vivienda y de salud, e incluso en el ámbito electoral, mediante el reconocimiento del voto femenino, entre otros rubros destacables.

IV. EL FIN DE LA SEGUNDA FÓRMULA: REVOLUCIÓN DE 1955, REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1956 Y 1957

La llamada *revolución libertadora*, iniciada el 16 de septiembre de 1955, puso fin a la segunda presidencia de Juan D. Perón, quien había sido reelegido en 1952 como consecuencia de la habilitación reeleccionista establecida por el art. 78 de la Constitución de 1949.

El régimen *de facto* emitió el 27 de abril de 1956 una *Proclama* por la que dejó sin efecto la constitución de 1949, y restauró la de 1853, con las reformas de 1850, 1866 y 1898. La *Proclama*, dictada en ejercicio de “poderes revolucionarios” indica, como uno de los vicios imperdonables de la reforma de 1949, haber tenido por meta esencial la reelección indefinida del Presidente de la República.⁷

⁷⁾ Zarini, Helio Juan, *Esquema institucional argentino (1810-1976)*, Buenos Aires, 1977, Astrea, pág. 91.

La *Proclama* significó, en los hechos, el manejo del poder constituyente por el régimen militar, que abolió una constitución, y reimplantó otra, la anterior. La asamblea constituyente de 1957, convocada por el mismo gobierno, convalidó la extinción de la constitución de 1949.¹ Esta convención se encuentra seriamente cuestionada por las proscripciones electorales que rodearon su convocatoria, realizada, además, no por el Congreso (según lo exigía el art. 30 de la constitución de 1853), sino por el gobierno provisional.

A partir de la *Proclama* vuelve a regir, entonces, la primera fórmula en materia de reelecciones, que ya hemos descripto (*supra*, parágrafo 2).

V. TERCERA FÓRMULA: PERÍODO PRESIDENCIAL DE CUATRO AÑOS Y POSIBILIDAD DE UNA SOLA REELECCIÓN

En 1972, la Junta de Comandantes en Jefe de las fuerzas armadas, durante un gobierno *de facto*, e invocando explícitamente el ejercicio del poder constituyente, sancionó un *Estatuto Fundamental*, que modificaba varios artículos de la constitución de 1853/60. Se argumentó, para hacerlo, “corregir la crisis de funcionalidad de los órganos de gobierno del Estado”, así como “superar un largo período de graves desinteligencias internas e inestabilidad política”.²

Una de las enmiendas, al art. 77, dijo lo siguiente: *El presidente y vicepresidente duran en sus cargos cuatro años y pueden ser reelegidos una vez*. La fórmula admitía entonces la reelección, pero solamente para una ocasión; y acortaba la duración del período presidencial, a seis cuatro años. La receta parecía combinar cierta posible prolongación en la gestión de un gobierno, pero dentro de márgenes temporales acotados.

Así fueron electos el presidente y vicepresidente de la Nación en 1973. La norma tuvo escasa vigencia, porque el golpe de estado del 24 de marzo de 1976 hizo caducar las autoridades constitucionales. Además, el propio *Estatuto Fundamental* dispuso una suerte de autodestrucción, en una norma algo confusa (art. 4º), al establecer que regiría hasta el 24 de mayo de 1977; y que si no era incorporado al texto constitucional, o derogado total o parcialmente por una convención constituyente, antes del 25 de agosto de 1976, concluiría su vigencia el 24 de marzo de 1981. Tal incorporación no se cumplimentó.

Al reinstitucionalizarse el país, en 1983, volvió a regir la primera fórmula que hemos consignado, según el texto original de la constitución de 1853/60: el sexenio presidencial, con la eventual reelección, pero dejando un período en blanco (ver *supra*, parágrafo 2).

⁽¹⁾ Zarini, Helio Juan, *Ibidem*, págs. 172-3.

⁽²⁾ Ver Ávila Ricci Francisco Miguel, *Nueva constitución nacional desde la historiografía institucional argentina*, Salta, Comisión Bicameral Examinadora de obras de autores salteños, 1997, págs. 545-549.

VI. CUARTA FÓRMULA: REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. PERÍODO DE CUATRO AÑOS, CON POSIBILIDAD DE UNA RE- ELECCIÓN INMEDIATA, CON MÁS POSIBLES REELECCIONES, DISTANCIADAS POR UN PERÍODO EN BLANCO

En el año 1993, la obsesión del entonces presidente, Carlos Saúl Menem (y del partido justicialista en el poder) para intentar su reelección inmediata —la constitución entonces vigente demandaba, como vimos, un período en blanco para postularse nuevamente al cargo presidencial— planteó en términos imperiosos e impostergables la necesidad de una enmienda constitucional que habilitase aquella posibilidad. El tema de la reelección, incuestionablemente, era el eje principal de la reforma.

El argumento principal para justificar la reforma giraba en torno a la tesis populista ya sostenida por Arturo Enrique Sampay en 1949, sobre el derecho del pueblo soberano a elegir a quien y cuantas veces quisiera (ver *supra*, parágrafo 3). Por razones de buen gusto, y por la triste experiencia habida en materia de inestabilidad política, no se mencionó más la presunta superioridad política local sobre el resto de América Latina, ni se insistió en los roles mesiánicos del Jefe de Estado. Tampoco, en la necesidad de acabar con el régimen liberal burgués, en parte porque el gobierno de entonces estaba embarcado en un desafortunado proceso de privatizaciones que era precisamente todo lo opuesto a lo declamado en 1949.

Conviene aclarar que todo cambio, aun reducido a un solo artículo, de la constitución argentina, no es una empresa fácil de lograr, ya que requiere un pronunciamiento expreso de cada Cámara del Congreso, actuando como poder “preconstituyente”, de dos tercios de votos, y la convocatoria de una convención constituyente a ese efecto (art. 30 de la constitución). Se ha discutido largamente si tales dos tercios de votos deben requerirse (i) sobre el total de los miembros de cada Sala del Poder Legislativo, (ii) sobre el total de los miembros en ejercicio, o (iii) sobre quienes estén presentes en la sesión, una vez obtenido el quórum para sesionar. En materia de antecedentes parlamentarios, los hay de diversa factura y para todos los gustos.

En definitiva, y después de un amago de convocatoria por parte del Poder Ejecutivo, a un plebiscito para auscultar la opinión popular sobre la cuestión de la reforma (decretos 2181 y 2258/93), las dos principales fuerzas políticas del país —los partidos justicialista y radical— arribaron el 14 de noviembre de 1993, a un acuerdo político, llamado “Pacto de Olivos”, que proporcionó el anhelado cómputo de los dos tercios de votos para sancionar la ley de convocatoria a reforma constitucional, 24.309.¹

⁽¹⁾ Ver Sagüés Néstor Pedro, *Introducción*, en *Constitución de la Nación Argentina*, 10^ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, pág. 17 y sigs.

La fórmula de conciliación fue la siguiente: habría reelección inmediata, pero con un acortamiento del período presidencial (de seis a cuatro años, como lo decía el *Estatuto Fundamental* de 1972), y también con un imaginado recorte de las competencias del Jefe de Estado, ya que se intentaba moderar el régimen híper presidencial de la constitución de 1853/60 con la creación, en la constitución, de un pomposamente llamado "Jefe de Gabinete de Ministros", a quien le tocaba, entre otros importantes papeles, "ejercer la administración general del país" (art. 100 inc. 1 del nuevo texto). También se moderaban ciertas competencias del Poder Ejecutivo, por ejemplo en la nominación de jueces y declaración del estado de sitio. En otras palabras: no hubo acuerdo político para la reelección inmediata de un Presidente fuerte y de largo aliento, pero sí para un Presidente con poderes y tiempos algo reducidos.

Electa la convención constituyente, ésta sancionó en 1994 el nuevo art. 90 de la constitución nacional en vigor, que dice: *El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.*

El convencional Alberto García Lema, miembro informante en la asamblea por el despacho mayoritario, al sustentar esta norma, informó que seguía el modelo estadounidense, e indicó que era la práctica en los países más desarrollados.²

Hubo también dos normas complementarias aprobadas por la Convención, la disposición transitoria novena, que dijo: *El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período*, y la décima, que estatuyó lo siguiente: *El mandato del presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995, se extinguirá el 10 de diciembre de 1999.*

Respecto de este manejo normativo, debe observarse, en primer lugar, que el texto del nuevo art. 90 no es muy claro respecto de una cuarta elección de una misma persona, como Presidente. Desde luego, la norma habilita con nitidez la primera y la segunda elección consecutivas. Para una tercera, debe dejarse un período en blanco. Pero una vez respetado tal "hueco", y electo un sujeto por tercera vez, ¿puede presentarse a otra elección inmediata (la cuarta), o debe también dejar en blanco otro período? ¿O no puede presentarse a ninguna más, con lo que estaría prohibido tal cuarto período?

⁽²⁾ Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, versión provisoria, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1994, págs. 2213 y 2214; *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, 1998, t. V págs. 4884/5.

Fuera de estas conjeturas, lo cierto es que la tentativa de moderar los poderes del Presidente, mediante la figura del reluciente “Jefe de Gabinete de Ministros”, fue el fracaso más llamativo de la reforma constitucional de 1994. El aludido “Jefe”, comencemos, era nombrado y removido *a piacere* por el Presidente (art. 99 inc. 7º de la constitución), y terminó por convertirse, de hecho y de derecho, esto último por la legislación reglamentaria, en un sujeto satelizado y en un auxiliar más del Presidente, sometido a sus humores e instrucciones y además, con la facultad presidencial de avocarse al conocimiento de los asuntos que el “Jefe” estuviere manejando.³ Tampoco han tenido buen suceso los topes constitucionales fijados al Poder Ejecutivo para reducir sus potestades legisferantes: el Presidente argentino, en temas fundamentales, legisla, mediante la emisión de los decretos de necesidad y urgencia. Lo único realmente consistente de la reforma, para procurar limitar al titular del Poder Ejecutivo, fue el achicamiento de su mandato, a cuatro años.

VII. TENTATIVA DE INTERPRETACIÓN ESPÚREA DE LA CONSTITUCIÓN

Al aproximarse la conclusión del segundo mandato presidencial de Carlos Saúl Menem, hubo diversas acciones judiciales que intentaron habilitar un tercer período, sin esperar el transcurso del “hueco” o tramo en blanco entre el segundo y el tercero.

Se dijo, al respecto, que la disposición transitoria novena de la convención constituyente, que hemos transcripto en el párrafo anterior, en el sentido que el mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse la reforma de 1994, debía entenderse como primer período, no podía racionalmente computarse a los efectos del art. 90 de la constitución, “por su breve duración”, ya que abarcaba solamente once meses (desde el 24 de agosto de 1994, fecha de la jura de la reforma constitucional, hasta el 8 de julio de 1995). Afortunadamente, la mayoría de la Cámara Nacional Electoral no aceptó tal criterio.⁴ En rigor de verdad, el texto de la disposición transitoria novena era diáfano, e impedía adoptar aquella tesis. Además, el presidente Menem había asumido en julio de 1989, de tal modo que al concluir ese segmento de su mandato, en 1995, había gobernado seis años, a los que hubo que sumar después otros cuatro, como segundo período, desde 1995 a 1999 (más de diez años, en total).

Otro argumento lanzado por algunos para no aplicar el texto del artículo 90 de la constitución y permitir la libre reelección era, nada más ni

⁽³⁾ Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, págs. 368-9.

⁽⁴⁾ Caso *Fernández Roberto*, Cámara Nacional Electoral, en *La Ley*, Buenos Aires, 1998-B-593. Un voto en disidencia, sin embargo, adhirió a la peregrina tesis de la re-reelección, que criticamos.

menos, que el art. 23 inc. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, que admite *exclusivamente* regulaciones electorales por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, condena penal o incapacidad civil o mental, y sin mencionar limitaciones por haberse desempeñado ya en anteriores períodos en la función presidencial. Para algunos, interpretado entonces al pie de la letra, dicho precepto del Pacto permitiría las reelecciones indefinidas, como un derecho humano de quien así desee presentarse a los comicios.

Con acierto, y en un importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Partido Justicialista de Santa Fe*, desechó tal interpretación meramente literalista y gramatical, resolviendo que las cláusulas constitucionales que impedían postularse indefinidamente a un cargo electivo, y que demandaban dejar un período “hueco” o en blanco, para la reelección, no violaban la constitución nacional ni los derechos personales, ni los tratados o convenciones con rango constitucional mencionados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, entre los que estaba el de San José de Costa Rica. Al respecto, la Corte argumentó: a) la forma republicana de gobierno, que tiene una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc., “no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos”; b) el art. 32 inc. 2 de la Convención americana sobre derechos del hombre, o Pacto de San José de Costa Rica, enuncia que los “derechos de cada persona están limitados... por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”, y la restricción de la no reelección consecutiva “resulta compatible con ese tipo de organización política”, y por ende, con el art. 23 de la misma convención; c) el reconocimiento de la soberanía popular tampoco requiere que se reconozca al cuerpo electoral “la facultad de mantener como representante a quien ha cumplido con su mandato en los términos en que originariamente había sido elegido”; d) la soberanía popular ha sido preservada cuando los representantes del pueblo han sancionado una constitución que establece aquella interdicción reelectiva.⁵

VIII. MODULACIÓN FAMILIAR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El texto en vigor, como vimos (art. 90 de la Constitución), permite que una persona intente una reelección inmediata; y demanda, para postularse a un tercer período, que tal individuo deje un período presidencial “en blanco”.

La norma constitucional nada dice en cuanto a si la esposa del jefe de estado (o su esposo, si tal presidente es mujer), están o no comprendidos en las citadas incompatibilidades o inhabilidades constitucionales. Algunas

⁽⁵⁾ Caso *Partido Justicialista de Santa Fe*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/10/94, *La Ley*, Buenos Aires, 1995-A-201, y *Fallos*, 317:1195, considerando 4º.

constituciones, en cambio, sí lo han hecho, incluso en el orden provincial argentino. ⁶ Tal silencio puede interpretarse, en Argentina, y en el orden nacional, como *prohibición*, por razones éticas y para cumplir genuinamente con el mensaje de la norma, impeditivo de ciertos continuismos, o en cambio, como *autorización*, si se lo entiende con criterio favorable, en la duda, al ejercicio, y no a la inhibición de un derecho a postularse, como aplicación de la regla interpretativa *pro persona* o *pro homine*, o *favor libertatis*, e incluso por el principio de interpretación *expansiva* en materia de derechos humanos.⁷

En 2003, Néstor Kirchner fue elegido por primera vez presidente de la Nación. Al concluir su período, en 2007, estaba constitucionalmente autorizado para presentarse de inmediato para otro, el segundo, conforme al citado art. 90 de la constitución. Sin embargo, postuló como candidata a su cónyuge, Cristina Fernández de Kirchner, quien resultó elegida. De seguirse tal práctica, podría haberse planteado una sucesión entre los componentes del matrimonio, de modo indefinido, una vez uno, y otra vez el otro, período por período, alternativamente, sorteando así los posibles obstáculos de la referida cláusula. Coincidiendo con esa posible alternativa, en marzo de 2010, el entonces diputado nacional (y ex presidente) Néstor Kirchner afirmó públicamente, en un acto partidario, que habría Kirchner en la presidencia por largo rato, por ejemplo hasta 2020. En octubre de 2010, sin embargo, falleció, con lo cual la predicción quedó frustrada, al menos con el binomio matrimonial.

El tema ha provocado la iniciativa de ampliar una extensión del aludido art. 90, incluyendo a parientes próximos del presidente o vicepresidente, entre los sujetos inhabilitados para las reelecciones. La historia de la reelección presidencial, pues, no ha concluido.

IX. CONCLUSIONES. SITUACIÓN ACTUAL

El tema de la reelección presidencial ha sacudido fuertemente, ocasionalmente con violencia, a la historia constitucional argentina. Ha tenido en el ámbito nacional cuatro soluciones constitucionales distintas y ha provocado, más de una vez, enmiendas constitucionales *de jure* o *de facto*, un movimiento revolucionario, hondas disputas políticas e interpretaciones controvertidas de la ley suprema.

⁶Ver, por ejemplo, el art. 240 inc. 6^o de la constitución de Honduras, que inhibe a los parientes del Presidente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, postularse para la presidencia. En sentido similar, art. 186 inc. c) de la Constitución de Guatemala. En Argentina, pueden citarse con restricciones parecidas, v. gr., las constituciones de las provincias de Río Negro, art. 172, y Jujuy, art. 127.

⁷Sobre estos principios derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2^a. ed., Buenos Aires 2006, ed. Lexis Nexis, pág. 211 y sigts.

El apetito reeleccionista ha prendido fuerte en los hábitos argentinos, generalmente asociados a tendencias populistas y caudillescas propias de un subdesarrollo político más apegado a las personas que a las instituciones. Cabe reconocer que la alternancia en la presidencia no ha sido un valor asumido por las grandes mayorías de la población, quienes gustan, con frecuencia, del continuismo en el elenco gobernante. Y éste no es un dato novedoso: registra antecedentes desde el siglo XIX, a poco de formarse Argentina. Se trata, además, de un amor compartido entre partidos de masa, enormes sectores de la comunidad y varios jefes de estado obsesionados por permanecer en el poder al costo que fuera.

Las razones dadas para el continuismo (sea la reelección consecutiva al desempeño de un primer período, por uno más, sea la reelección indefinida), han transitado niveles muy diversos: soberanía popular irrestricta (*vox populi, vox Dei*); el argumento del Líder clarividente, la necesidad de consumir una hazaña histórica que no permite imaginar cambios en quien la conduce, convertido así en el *presidente imprescindible*; el recurso al derecho comparado, no siempre manejado con honestidad intelectual, o incluso, a la luz de los derechos humanos, el alegato de no victimizar ni discriminar al presidente ya electo que desea revalidar su título con el aval de su pueblo. En el plano de las realidades, esa ideología reeleccionista no resulta convincente. De hecho, conforme la experiencia habida hasta ahora, intenta justificar una *idée fixe*, o desvelo, a menudo obcecado y monotemático, de permanencia en el poder. Un rechazo, casi visceral, a la idea de asumir que en la democracia la alternancia es un dato corriente y por lo común, muy saludable, importante para diferenciarla de las monarquías y de los autoritarismos.

La experiencia nacional muestra que los dispositivos constitucionales limitativos de la reelección han disminuido su vigor con la reforma de 1994, y que, además, no son absolutamente seguros. Se han ensayado, en efecto, estrategias más o menos evasivas de tales restricciones. Más todavía, nadie puede asegurar que, en el futuro, una exégesis manipulativa y desnaturalizadora de la Constitución no adormezca la eficacia de los recaudos exigidos por el actual art. 90 para prohibir las posibilidades de una reelección simple e indefinida. O que, si ello fracasare, no se retorne, de ser necesario por vía de enmienda formal, al régimen de 1949, habilitante de esa modalidad.

Precisamente, a comienzos de marzo de 2011 circularon versiones en torno a una posible reforma constitucional para instituir un régimen cuasi parlamentario y permitir la reelección indefinida de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, a partir de 2015, operativo al que se denominó "Cristina eterna". Dicha iniciativa, al menos en parte, fue auspiciada

incluso por la diputada nacional Diana Conti, aunque la Presidenta de la Nación la desautorizó explícitamente. La propuesta, sin embargo, parece seguir en pie en algunos sectores de la clase política argentina.⁸

Lo cierto es que, para la elección presidencial de 2015, no pudo reformarse la constitución ni se impuso alguna interpretación (inconstitucional) permisiva de la re-reelección, motivos por los que la Presidenta en ejercicio se encontró inhibida para postularse para un nuevo período inmediato.

X. EL TEMA EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES. REMISIÓN

El presente trabajo se ha ceñido al ámbito nacional. Como estado federal, cada provincia diseña a su turno su propio esquema en materia de reelección de su gobernador (art. 5º de la constitución federal).

A simple título de muestra: (i) algunas autorizan sin tapujos la reelección indefinida, como Catamarca, Santa Cruz, Formosa, San Luis. Esta posición, lamentablemente, ha generado una patología reeleccionista preocupante.⁹ (ii) Otras, consienten la reelección hasta por un período legal (Misiones), por un período en forma consecutiva o alternada (Entre Ríos), o por un período consecutivo (San Juan). (iii) pocas, habilitan la reelección pero no de manera inmediata, sino dejando un intervalo o hueco de un período (Santa Fe, Mendoza). (iv) En La Pampa, el gobernador puede ser reelecto por un período consecutivo. Para otra reelección más, debe dejar un período de intervalo o “hueco”. Este sistema es el más divulgado: se sigue en La Rioja, Corrientes, Buenos Aires, Río Negro, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Córdoba, Jujuy, Chubut, Chaco, Neuquén, Tucumán y la ciudad autónoma de Buenos Aires.

En los primeros días de marzo de 2011 se hizo saber, asimismo, una propuesta de enmienda constitucional en la Provincia de San Juan, a fin de permitir al gobernador un tercer período consecutivo de mandato. De hecho, se convocó por la Legislatura a un plebiscito para el 8 de mayo, a fin de instrumentar tal enmienda.¹⁰ Realizado el mismo, hubo una cuota

⁸ Cfr. Obarrio Mariano, *Apoyo oficial a la reelección de Gioja*, Diario *La Nación*, 8/3/11, p. 8.

⁹ Cfr. *La obsesión reeleccionista*, editorial del Diario *La Nación*, Buenos Aires 16/1/2011, pág. 28. Como muestras de esa patología se recuerda allí el caso del gobernador Adolfo Rodríguez Saá, de San Luis, que ejerció su cargo desde fines de 1983 hasta fines de 2001, y el del gobernador Gildo Insfrán, de Formosa, quien en 2011 se presentó exitosamente a elecciones para iniciar, entonces, un sexto período al frente del Poder Ejecutivo local.

¹⁰ Obarrio Mariano, *ob. cit.* nota 16, p. 8. La convocatoria a plebiscito para el 8 de mayo de 2011 ha provocado dudas sobre su constitucionalidad, puesto que la constitución de la Provincia de San Juan (art. 277), si bien admite ese procedimiento para reformar un artículo de la misma, dispone que el comicio popular se realiza “en oportunidad de la primera elección que se realice”. Esta frase da a entender que la consulta tiene que practicarse no en un acto especial y separado, sino conjuntamente con la primera elección que tenga lugar, según la constitución.

de ausentismo al comicio del 30%. Respecto de los votos emitidos, el 65% aprobó el cambio. Para voces de la oposición, ello significó que en realidad solamente el 35% de los electores la consintió, pero como los ausentes no son tenidos en cuenta, la enmienda constitucional quedó consumada.¹¹

⁽¹¹⁾ Diario *La Nación*, Buenos Aires, 9/5/11, pág. 1.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Lautaro Ríos Álvarez *

SUMARIO: I. Razonabilidad de una consulta ciudadana previa. II. Ventajas de mantener la actual Constitución y ventajas de una nueva. III. Antecedentes del proceso constituyente en marcha. IV. La actual propuesta del Gobierno de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet. V. Aspectos positivos de la propuesta. VI. Riesgos de dicha propuesta. VII. Nuestra proposición.

I. RAZONABILIDAD DE UNA CONSULTA CIUDADANA PREVIA

Antes de emprender la tarea de elaborar *una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular*, a la que nos invita la Presidenta de la República Sra. Michelle Bachelet,¹ nos parece coherente hacerlo sólo después de tener la seguridad de que esa es la decisión ampliamente mayoritaria del pueblo de Chile.

Hasta ahora sólo se conoce la ardua discrepancia entre quienes nos hemos pronunciado por la necesidad de una Constitución democrática y quienes consideran que la Carta vigente no requiere ser sustituida, bastando las reformas que apruebe el poder constituyente derivado, para adaptarla a los nuevos requerimientos del desarrollo nacional.

(*) El autor fue Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Valparaíso, Chile), y Profesor Emérito de la misma; Magíster en Derecho Público (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; Miembro del Consejo Asesor del "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", CEPC. de Madrid; y Miembro del Consejo Editorial "Estudios Constitucionales" Universidad de Talca.

Una nueva Constitución necesita contar con un sólido respaldo ciudadano; y el primer paso para averiguarlo consiste en saber si existe una verdadera voluntad de cambio. Por el contrario, nada resultaría más absurdo que iniciar una tarea tan delicada, difícil y costosa que hacerlo contrariando el sentir de una mayoría eventualmente adversa a ese propósito.

Por todo lo cual nos parece indispensable y previa una consulta en que la ciudadanía se pronuncie por una de las alternativas siguientes: 1) Chile necesita una nueva Constitución. 2) Chile no necesita una nueva Constitución.

II. VENTAJAS DE MANTENER LA ACTUAL CONSTITUCIÓN Y VENTAJAS DE UNA NUEVA

En los V Encuentros Regionales de Derecho Público, realizados en 2012 con el auspicio de la Universidad Andrés Bello, sobre el tema: “¿Es necesaria una nueva constitución?”, se me encomendó el Discurso Inaugural y en él debí abordar ambas alternativas, de las cuales resumo solo las ideas conclusivas.²

1. Ventajas de mantener la actual Constitución:

1. Larga y prolija preparación de la Carta de 1980.
2. Sólida y moderna estructura temática.
3. Presuntiva legitimación subsiguiente por su aceptación ciudadana.
4. Legitimación por su aplicación en la generación de las autoridades.
5. Legitimación por el reconocimiento y protección de la Constitución a los derechos fundamentales.
6. Reconocimiento y aplicación de la Constitución tanto en el proceso legislativo como en las reformas constitucionales efectuadas en ella.
7. Reconocimiento por su aplicación jurisdiccional tanto por la justicia ordinaria como por el Tribunal Constitucional.
8. Reconocimiento por la enseñanza del derecho constitucional fundado en ella.
9. Existencia de una valiosa jurisprudencia sistematizada de los principios y de las normas de la Constitución.
10. Existencia de numerosos estudios doctrinales y pedagógicos acerca de la Constitución de 1980.
11. Posibilidad abierta de perfeccionar la Constitución vigente, según las normas de su Capítulo XV.

⁽²⁾ Cfr.: “¿Es necesaria una nueva Constitución?”, en Revista de Derecho Público, N° 78, de la Universidad de Chile, Stgo., 2013 (1er. Semestre); y en Hugo Tórtora y Tomás Jordán (Coordinadores): “Estudios para una nueva Constitución”, Ed. Metropolitana, Stgo., 2014, pgs. 47 y sig.

2. Necesidad de una nueva Constitución:

1. Naturaleza írrita del tránsito de la Constitución de 1925 a la de 1980.
 - 1.1. Incompetencia del órgano constituyente —la Junta Militar— que dio origen a la Carta de 1980 y nulidad de su actuación.
 - 1.2. Carácter inconstitucional del procedimiento que dio origen a la Carta del 80 y nulidad consecuencial de su resultado.
 - 1.3. Ausencia de todo debate democrático en su generación.
2. Forma autoritaria en que la Constitución de 1980 se nos impuso.
3. Necesidad de que un país democrático, como el nuestro, se rija por una Carta democráticamente consensuada.
4. Necesidad de desbaratar todos los enclaves autoritarios que aceptamos por la fuerza y que debemos eliminar por la razón.
5. Necesidad de restaurar el poder electoral y la forma de ejercerlo en democracia.
6. Necesidad de insertar a Chile en el mundo y, especialmente, en Latinoamérica. Recepción, en la nueva Constitución, del Derecho Internacional y de la aspiración generalizada de los países latinoamericanos a la integración política, económica, social y cultural de los pueblos de América Latina, con la mira puesta en la formación de una Comunidad Latinoamericana de naciones.²

III. ANTECEDENTES DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN MARCHA

La Carta de 1980 ha sufrido, hasta 2015, 36 reformas y —entre ellas— dos de notoria trascendencia. La primera —ocurrída antes que el General Augusto Pinochet entregara el gobierno— afectó a gran parte de su articulado, no obstante que éste había afirmado que de ella no se suprimiría ni una coma. La causa de este cambio de posición fue la derrota del Sr. Pinochet en el plebiscito de 1988 y la certeza de que, a consecuencia de ella, varias disposiciones destinadas a reforzar los poderes del gobierno, serían aplicadas por la oposición. Estas reformas fueron materia de un consenso entre ambos sectores y constan en la Ley N° 18.825 publicada en el D.O. de 17-VIII-1989.

Diecisiete años después se presentaron en el Congreso dos proyectos renovadores de la Constitución —uno de la Alianza y otro de la Concertación— que terminaron refundiéndose, dando origen a la Ley de Reforma N° 20.050,

⁽²⁾ Ver Título I, Parágrafo único, de la Constitución de Brasil de 1988. Ver también el Art. 75-N° 24 de la Constitución de Argentina y el Art. 44 inc. 2° de la Constitución del Perú.

publicada en el D.O. de 26-VIII-2005.³ Esta gran reforma, además de afectar a doce de los quince capítulos del Código Fundamental,⁴ privó al Consejo de Seguridad Nacional de poderes políticos tales como designar a 4 Senadores y a 2 de los 7 miembros del Tribunal Constitucional, e intervenir en la declaración de los estados de excepción constitucional, reduciéndolo al papel de órgano asesor de la Presidencia en materias vinculadas a la seguridad nacional. Puso término a los *senadores designados* —9 de un universo de 35 miembros— y a los senadores vitalicios *por derecho propio*, es decir, restableció la generación democrática del Congreso. Modificó en su número, en el sistema de nombramiento y en sus atribuciones al Tribunal Constitucional, atribuyéndole la decisión de las acciones de inaplicabilidad, que antes ejercía la Corte Suprema, y creando —entre éstas— la acción de inconstitucionalidad puesta a su cargo, así como su declaración de oficio. Largo sería enumerar todas las reformas introducidas por esta Ley, pero nos parece que las señaladas dan cuenta de su trascendencia.

Sin perjuicio de señalar que, con posterioridad al año 2005, se han aprobado 20 reformas puntuales, cabe destacar que tanto en los círculos políticos como en el ámbito académico, continuó el debate acerca de la conveniencia de elaborar una Constitución auténticamente democrática, como se advierte al inicio del acápite II.

IV. LA ACTUAL PROPUESTA DEL GOBIERNO DE LA PRESIDENTA SRA. MICHELLE BACHELET

El propósito de elaborar una nueva Constitución figura en el Programa de la Presidenta, elegida a fines de 2013 para gobernar hasta fines de 2017.

En cumplimiento de esta aspiración programática, el 13 de octubre de 2015, la Presidenta pronunció el discurso señalado en la nota 1, que inició diciendo:

Queridos compatriotas: Hoy estamos dando un paso fundamental para el destino de nuestro país. Estamos dando inicio al proceso que nos permitirá tener una nueva Constitución para Chile.

Señaló más adelante: *La actual Constitución tuvo su origen en dictadura, no responde a las necesidades de nuestra época ni favorece a la democracia. Ella fue impuesta por unos pocos sobre la mayoría. Por eso nació sin legitimidad y no ha podido ser aceptada como propia por la ciudadanía. Es cierto que desde el retorno de la democracia le hemos introducido cambios importantes, que han atenuado su*

⁽³⁾ Ver “Reforma Constitucional” (varios autores. Coordinado por el Prof. Francisco ZÚÑIGA U.), Ed. Lexis Nexis, Stgo., 2005; “La Constitución Reformada de 2005” (varios autores. Coordinado por el Prof. Humberto NOGUEIRA A.), Ed. Librotecnia, Stgo., 2005; y Emilio PFEFFER U.: “Reformas Constitucionales 2005”, Ed. Jurídica de Chile, Stgo., 2005.

⁽⁴⁾ Sólo se libraron de ser reformados los Capítulos IX: “Justicia Electoral” y el Capítulo XIII: “Banco Central”.

carácter autoritario, pero aún tiene mecanismos que obstaculizan el pleno ejercicio de la democracia y que no pueden ser eliminados con nuevos intentos parciales.

Por eso, ha llegado el momento de cambiarla. Chile necesita una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular. Una legítima y respetada por todos, que la conviertan en un motor de unidad nacional. Eso ha sido lo que consistentemente ha venido demandando la ciudadanía y es uno de los principales compromisos por el que fui elegida.

Seguidamente, reveló las etapas de su propuesta.

Dijo: En primer lugar, iniciaremos en los próximos días una etapa de educación cívica y constitucional, para que todos tengamos la información necesaria para involucrarnos activamente. Este primer momento durará hasta Marzo del próximo año.

Y continuó: A partir de Marzo del 2016, realizaremos un proceso ordenado de diálogos ciudadanos, donde todos puedan participar. Partiremos por las comunas, seguiremos por las provincias y regiones, para terminar con una síntesis a nivel nacional.

Y el resultado de estos diálogos serán las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución, que me serán entregadas en Octubre del 2016.

Para asegurar la transparencia y la libertad participativa en este proceso, anunció el nombramiento de un “Consejo Ciudadano de Observadores”, formado por personas de reconocido prestigio que así lo garanticen.⁵

Refiriéndose a los procedimientos necesarios para dictar una nueva Constitución, considerando que la actual no los contempla, anunció:

Por eso, a fines del 2016 enviaremos al Congreso un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental.

En esta reforma, propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea él quien decida, de entre cuatro alternativas, el mecanismo de discusión del proyecto enviado por el Gobierno y las formas de aprobación de la nueva Constitución.

La primera alternativa es formar una Comisión Bicameral de Senadores y Diputados; la segunda, formar una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente. También propondremos una cuarta alternativa, en la que el Congreso pueda convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas.

La decisión del mecanismo recaerá en el nuevo Parlamento elegido en el 2017, con el nuevo sistema electoral que aprobamos este año, con una nueva ley de par-

⁽⁵⁾ El 02-XII-2015 la Presidenta designó al “Consejo Ciudadano de Observadores”, integrado inicialmente por 17 personas relevantes, de los más diversos sectores de la actividad pública y privada nacional.

tidos y una ley de financiamiento electoral. Es decir, dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia.

Propondremos que esa decisión pueda tomarla el Congreso por una razonable mayoría de tres quintos.

La propuesta presidencial continúa así: *La instancia constituyente que el próximo Congreso elija, deberá discutir el proyecto enviado por el Gobierno, fundado en las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución.*

Con anterioridad la Presidenta había precisado que las “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución” que recibiría en octubre de 2016, las recogería en el Proyecto de Nueva Constitución que elaborará el Gobierno, el que sería presentado ante el Congreso *inicios del segundo semestre del 2017.*

Concluye la sucesión de etapas propuestas por la Presidenta, señalando: *Finalmente, este proyecto, una vez sancionado por dicha instancia, deberá ser sometido a un plebiscito vinculante, para su ratificación por parte de los ciudadanos.*

V. ASPECTOS POSITIVOS DE LA PROPUESTA

Ellos podrían resumirse en los puntos siguientes:

- a) La propuesta recoge el anhelo de *una nueva y mejor Constitución, nacida en democracia y que exprese la voluntad popular.*
- b) A Diferencia de las Cartas Fundamentales precedentes, preconiza la más amplia participación ciudadana en su gestión a partir de los diálogos ciudadanos a iniciarse en las Comunas, cuyas conclusiones serían las *Bases Ciudadanas para la nueva Constitución.*
- c) Las “Bases Ciudadanas” le serían entregadas a la Presidenta en octubre de 2016, para que sirvan de base al Gobierno para elaborar su Proyecto de nueva Constitución.
- d) La Presidenta propone cuatro alternativas para discutir el Proyecto del Gobierno: a) una Comisión Bicameral de Senadores y Diputados; b) una Convención mixta de congresales y ciudadanos; c) la convocatoria a una Asamblea Constituyente; y d) la convocatoria por el Congreso a un plebiscito para que la ciudadanía elija una de las alternativas anteriores.
- e) El mecanismo para generar la Nueva Constitución recaería en el nuevo Congreso Nacional a elegirse el año 2017 el cual —según la Presidenta— estaría *dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia,* que el actual, merced al nuevo sistema electoral, una nueva Ley de Partidos Políticos y una ley de financiamiento electoral.

- f) *La instancia constituyente que el próximo Congreso elija* deberá discutir el Proyecto del Gobierno, señalado en el inciso 3 del acápite V.
- g) Finalmente, el Proyecto aprobado por la referida instancia constituyente, “deberá ser sometido a un plebiscito vinculante” para que sea ratificado (o rechazado) por la ciudadanía.

Lo más positivo de la propuesta presidencial es —a nuestro modesto parecer— la participación de la ciudadanía tanto en la deliberación como en la decisión final y obligatoria sobre la Nueva Constitución.

VI. RIESGOS DE DICHA PROPUESTA

1. Falta de consulta previa sobre su necesidad

El primer riesgo, que ya advertimos (acápite I), es el de no conocer con certeza —antes de iniciar un proceso que ya ha generado inquietudes paralizantes en el sector económico y financiero— la voluntad de la ciudadanía acerca de la necesidad —o no— de elaborar una nueva Constitución.

Esta voluntad debiera ser ampliamente mayoritaria, si ella es afirmativa, para justificar un proceso tan largo, difícil, delicado y costoso como es el que propone la Presidenta de la República.

Nada podría ser más frustrante y más absurdo que llegar hasta la etapa del plebiscito final y vinculante que se propone y obtener como resultado el rechazo del Proyecto definitivo por una eventual mayoría opuesta a sustituir la Constitución vigente.

De allí que insistamos —con un criterio de lógica elemental— en la necesidad de la consulta descrita en el acápite I de este estudio.

2. Actuación impropia de los poderes constituidos

Pese a su afán de ceñirse a la *legalidad vigente*, la Propuesta advierte la insuficiencia de la Carta Fundamental en curso para admitir su sustitución por una nueva. Y, en efecto, las Constituciones se dictan para regir el mayor tiempo posible y no para ser reemplazadas por otras. De allí que la Propuesta contempla una reforma a la Constitución para que el actual Congreso Nacional habilite al que le suceda para decidir el mecanismo de discusión de la reforma y el procedimiento de aprobación de la nueva Constitución entre las cuatro alternativas señaladas en el acápite IV.

Ahora bien, las dos primeras alternativas y el Proyecto mismo que redactará el Gobierno, cometen el pecado original, tan difundido en nuestras Constituciones, de entregar su discusión a *poderes constituidos o por constituirse, olvidando* lo que con tanto énfasis remarcaron los creadores del Poder

Constituyente — el abate Sieyès, entre ellos — cuando éste estableció: *Del mismo modo que (los poderes) no pueden constituirse ellos mismos, no pueden tampoco cambiar su Constitución.*⁶

El mismo Sieyès, en su obra magistral *El Tercer Estado*, había adelantado en 1788 que *En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada de las condiciones de su delegación.*⁷

La propuesta olvida que nuestra Constitución vigente, en su artículo 5º —situado en las “Bases de la Institucionalidad” — prescribe claramente que *La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece.*

Y también olvida lo que, de una manera categórica, asentó Georges Burdeau al señalar que *El carácter esencial de la soberanía es la posesión del Poder Constituyente.*⁸

El ejercicio del Poder Constituyente no sólo está vedado a todo poder constituido sino también — cuando *se realiza por el pueblo* — no se limita a tener que elegir entre el blanco y el negro sino a poder decidir entre toda la gama cromática del arco iris, que es la diversidad propia de una sociedad pluralista.

En resumen, ningún poder constituido tiene legitimidad ni autoridad para reformar la Constitución a la que debe su existencia; por la misma razón que ninguna creatura tiene el poder de sustituir a su creador.

3. Definición por élites, sea la bicameral, la mixta o una Comisión

El tercer riesgo de la propuesta consiste en el resultado ciertamente elitista y —por ende— dudosamente democrático, que podría tener un Proyecto elaborado por una Comisión Bicameral o por una Comisión mixta de congresales y ciudadanos, las que figuran entre las alternativas que propone la Presidenta.

Además del carácter elitista y probablemente discriminatorio de estas alternativas, ellas incluyen a poderes constituidos, los que ya descartamos como impropios en el acápite anterior, sin dejar de recordar que estas “Comisiones” nos retrotraerían al sistema utilizado por la Dictadura para la elaboración de la Carta de 1980.

⁽⁶⁾ “Poder constituyente y poderes constituidos” en su *Proyecto de Declaración*, presentado el 21-VII-1789 a la Asamblea Nacional francesa, Cap. XII.

⁽⁷⁾ Para mejor comprensión de esta idea, ver nuestro artículo *La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile*, en el sitio web <<http://www.tuconstitucion.cl/documentos/>>

⁽⁸⁾ Georges BURDEAU: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, pg. 46.

4. Elaboración de una Carta infectada por el populismo o por un catálogo de esperanzas irrealizables

Finalmente, existe el riesgo de que el Proyecto resultante del trabajo de estas Comisiones contenga —en lugar de una escueta carta de navegación hacia el futuro— una explosión del populismo que viene divulgando sus cantos de sirena por toda la América morena, con los desastrosos resultados que se conocen, o albergue un catálogo de esperanzas irrealizables. El recetario de aspiraciones imposibles está en las antípodas de la política, que es —como se sabe— “el arte de lo posible”.

Es cierto que este riesgo es el peligro de todo cambio de Constitución; pero, en todo caso, debe tenerse presente a la hora de acotar la forma de proceder a la que deberá sujetarse el órgano constituyente.

VII. NUESTRA PROPOSICIÓN

- a) La primera consideración digna de tener en cuenta es la de establecer —en forma previa a cualquiera iniciativa sobre una nueva Constitución— si ésta es la voluntad ampliamente mayoritaria de la ciudadanía. Ya nos referimos a esta necesidad y, al grave riesgo de omitirla, en el acápite I y el inciso 1 del acápite VI.
- b) Despejada esta incógnita, el Gobierno debiera enviar al Congreso un proyecto de ley que —con el mismo criterio participativo y pluralista de su propuesta— regulará *en lo formal* el programa, las etapas y los procedimientos a los que deberá sujetarse la elección de una Asamblea Constituyente y su cometido final que no es otro que elaborar el o los Proyectos alternativos de la nueva Constitución.
- c) Nos parece inaceptable que dicha Asamblea —que debe ser soberana, libre y autónoma en el ejercicio de su cometido— deba quedar constreñida a discutir *el Proyecto enviado por el Gobierno, fundado en las Bases Ciudadanas para una Nueva Constitución*.

Ni el Gobierno ni el Congreso ni las instancias ciudadanas tienen autoridad para asumir una tarea que sólo corresponde al Poder Constituyente, cuyo ejercicio pertenece exclusivamente al pueblo a través del plebiscito.

- d) Por la misma razón, tampoco la Asamblea Constituyente puede ser delegataria de ese poder, que es indelegable. Dicha Asamblea es comisionada por la ciudadanía, que la elige para que estudie y elabore la propuesta —y sus alternativas— de una Nueva Constitución.

Pero el pueblo, representado por la ciudadanía, se reserva el ejercicio pleno del poder constituyente, al decidir, mediante el plebiscito vinculante con que culmina el proceso, la aceptación o el rechazo del Proyecto que someta a su dictamen la Asamblea Constituyente.

- e) La sanción por el Congreso nacional del veredicto plebiscitario, la promulgación y la publicación de la nueva Carta Fundamental –si el veredicto es aprobatorio– son sólo trámites destinados a solemnizar dicho veredicto, pero que no pueden alterarlo ni adicionarlo en forma alguna, por tratarse del ejercicio del poder constituyente, que es de la esencia de la soberanía y radica exclusivamente en el pueblo de Chile.

Si la nueva Constitución nace de esta manera, se habrá cumplido el designio de Gabriela Mistral cuando definió a Chile como *una voluntad de ser*.

LAS MUTACIONES JURISPRUDENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN *

Francisco Fernández Segado **

SUMARIO: Las primeras formulaciones doctrinales acerca de las mutaciones constitucionales. II. Concepto de mutación constitucional. III. Tipos de mutaciones constitucionales: la tradicional clasificación de Dau-Lin. IV. Fuentes de las que pueden proceder las mutaciones constitucionales. V. Las mutaciones generadas a través de la interpretación judicial de la Constitución. El ejemplo paradigmático de la *Supreme Court* norteamericana. VI. Reflexión final.

I. LAS PRIMERAS FORMULACIONES DOCTRINALES ACERCA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

I. Fue García Pelayo el primero que en España acuñó la expresión “mutación constitucional”, al identificar la distinción que, desde Laband, venía haciendo la ciencia jurídica alemana entre los términos *Verfassungsänderung* y *Verfassungswandlung*, mediante, respectivamente, el binomio reforma constitucional/mutación constitucional,¹ expresión esta última que, desde

(*) Ponencia preparada para el Seminario avanzado sobre Mutações Constitucionais, organizado por el Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 23-24 Abril 2014.

(**) Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor honoris causa por la Universidad de Messina (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú con sede en Lima. Autor de más de una treintena de libros publicados en Colombia, Italia, México, Perú y España, y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas científicas de más de una veintena de países de Europa y América Latina. Director del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIBJC), que edita el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

⁽¹⁾ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 8ª ed., 1961, p. 137.

entonces, quedó consagrada entre nosotros.¹ Tiempo atrás, Fernando de los Ríos, al traducir la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek, había identificado el término *Verfassungswandlung* (literalmente, cambio o transformación constitucional) como modificación constitucional.² Por su parte, Legaz Lacambra, en su traducción de la *Teoría General del Estado* kelseniana, recurrió a la expresión más literal, “cambio de constitución”.³

Paul Laband fue a su vez el creador de la expresión que nos ocupa, que acuñó en su obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, (Dresden, 1895), si bien en su escrito no dio una definición detallada del concepto, manteniendo en lo básico que una mutación de la Constitución se producía tan pronto como el texto constitucional dejaba de coincidir con la situación real. Sería Georg Jellinek quien, en su *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlín, 1906), obra que sería el fruto de una conferencia pronunciada en marzo de 1906 en la Academia jurídica de Viena, no sólo se detendría en el concepto, profundizando en algunos puntos de la problemática suscitada por estas mutaciones, sino que también, de modo paulatino, lograría ir introduciendo el concepto entre la doctrina,⁴ aunque por otro lado no le faltaba la razón a Smend cuando apostillaba⁵ que el Profesor de Heidelberg, más que exponer una teoría jurídica de las mutaciones constitucionales, lo que hacía solamente era una descripción empírica de casos y tipos importantes.

La creación de Laband, el gran jurista del Imperio alemán, respondía a una preocupación patente: el Derecho constitucional del Imperio guillermino se había desarrollado y transformado, incluso sensiblemente en ciertas materias, y, sin embargo, todo ello se había producido sin que se llevaran a cabo las necesarias reformas de la Constitución de 1871, pues

⁽¹⁾ Buena prueba de ello la encontramos en la traducción que de la *Verfassungslehre* de Loewenstein, ---versión alemana, dicho sea al margen, de la edición original en lengua inglesa, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957--- a la que incorporó su monografía *Über Wesen,, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, hizo Gallego Anabitarte. Es justamente en la parte dedicada a esta monografía (*Sobre la esencia, técnica y límites de la reforma constitucional*) en donde se diferencia el par binomial mutación constitucional/reforma constitucional. Cfr. al respecto, Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ediciones Ariel, 2ª ed., 1970, pp. 164-180.

⁽²⁾ “Un caso muy frecuente de <modificación constitucional> en las Constituciones llamadas rígidas ---puede leerse en la obra--- es el que se lleva a cabo valiéndose de leyes simples o resoluciones”. Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, , traducción de la 2ª edición alemana por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1981, p. 406.

⁽³⁾ “No es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, ---puede leerse en la obra de Kelsen--- sino propio de todos los dominios del Derecho, el hecho del <cambio de constitución>, consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente”. Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 15ª ed., 1983, p. 332.

⁽⁴⁾ En tal sentido, Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster y Pablo Lucas Verdú, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

⁽⁵⁾ Rudolf SMEND, *Institución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 131, nota 9.

si bien es verdad que, en ocasiones, tales cambios intentaron encauzarse a través de las pertinentes reformas de la Constitución, la sistemática oposición del *Reichstag* o del *Bundesrat* las frustraron. Se producía así una problemática nada desdeñable: la contraposición entre las normas jurídicas constitucionales escritas y la situación jurídica real. El problema no dejaba de ser realmente incómodo para la dogmática del positivismo jurídico, al surgir directamente de la relación en tensión existente entre norma jurídica y realidad jurídica, y al no poder resolverse con los conceptos jurídicos manejados por esa misma dogmática positivista, lo que en último término entrañaba un serio cuestionamiento de toda su metodología. No debe extrañar por lo mismo que Laband apenas profundizara en esta problemática, mientras que Jellinek, once años después, viniera a concluir entresacando tan sólo de su estudio la enseñanza de que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal, para añadir de inmediato, que las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica.⁶

En el fondo de todo ello se hallaba también la generalizada idea acerca del carácter inmovible de la Constitución. Es cierto que frente a la exclusiva utilización del método jurídico formalista llevada a cabo por Gerber y Laband, con la consiguiente exclusión de los elementos históricos, sociológicos, económicos y éticos del ámbito del Derecho público, Jellinek defenderá un dualismo metodológico. “La doctrina general del Estado — escribe el Profesor de Heidelberg⁷ — ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el Estado es, de un lado, una construcción social y, de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en doctrina social y doctrina jurídica del Estado. Por consiguiente, la doctrina general del Estado abarca: la doctrina general sociológica del Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y la doctrina general del Derecho político (*Allgemeine Staatsrechtslehre*)”. Jellinek deja clara de esta forma la interconexión entre lo político y lo jurídico,⁸ y junto a ello, al igual que harán posteriormente

⁽⁶⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster y Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 84.

⁽⁷⁾ Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 8.

⁽⁸⁾ En el Prólogo de la obra que ahora interesa particularmente, su *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung von Georg Jellinek* (Berlín, Verlag von O. Häring, 1906), Jellinek precisa que: “El curso de esta investigación se mueve en los linderos entre el Derecho constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas. Hoy, sin embargo, cuando el Derecho constitucional ha experimentado en Alemania una configuración jurídica tan rica, se plantea, cada vez más, la exigencia de investigaciones políticas complementarias y avanzadas”. Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, op. cit., p. 3.

Kelsen, Schmitt, Smend o Heller, el Profesor de Heidelberg tendrá muy presente la realidad histórica concebida como un hecho social indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional. Como entre nosotros escribiera Lucas Verdú,⁹ en el fondo de toda metodología histórica subyace el convencimiento de que la historia no se limita a mostrar la serie de los fenómenos sociales, sino sus formas vitales, su crecimiento y desaparición. En su *Allgemeine Staatslehre*, el gran jurista nacido en Leipzig escribirá: “El fundamento descriptivo de todas las ciencias sociales y entre ellas de las del Estado, es la Historia, la cual expone y fija los hechos sociales, trazando su evolución y mostrando el enlace externo e interno que existe entre ellos mismos”.¹⁰ Esa metodología histórica que sigue Jellinek contribuye a explicar su preocupación por los cambios institucionales, que no normativos, que son los que justamente sitúan al científico ante las mutaciones constitucionales. La tranquilidad existente en el Imperio alemán en la época en que Laband y Jellinek escriben sus respectivos trabajos explica esa visión de trasfondo acerca del carácter inconvencible de la Constitución de 1871. Por lo mismo, será menester llegar a la agitada Alemania weimariana, en la que ya es imposible hablar de quietud política, cuando el Estado liberal de Derecho quiebra ante las amenazas de la derecha y de la izquierda, para que se tome conciencia del alcance y significado de las mutaciones constitucionales y del quebrantamiento de la *Reichsverfassung*.¹¹ A ello contribuirá de modo muy significativo un discípulo de Rudolf Smend, el chino Hsü Dau-Lin, autor de un espléndido ensayo sobre el tema.¹²

II. Laband, considerado el *Kronjurist* (el jurista principal) del Imperio guillermino, reconocimiento justamente ganado por su impresionante obra sobre el Derecho público del Imperio alemán (*Das Staatsrechts des deutschen Reiches*), se haría eco de una serie de cambios en el ámbito de la Administración, de la Hacienda y de la Justicia federales que condujeron a la aparición de una situación constitucional incompatible con la Constitución de 1871, pero que de hecho se impusieron¹³. Entre esas mutaciones, por hacernos eco de algunas de las aludidas por este autor, cabe mencionar: la creación de un sistema de autoridades administrativas federales, lo que

⁽⁹⁾ Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, en la obra de Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., pp. XI y ss.; en concreto, p. XVII.

⁽¹⁰⁾ Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 7.

⁽¹¹⁾ Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV (Constitución de 1978 y transformación político-social española), Madrid, Editorial Tecnos, 1984, p. 140.

⁽¹²⁾ Hsü DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1932. En su versión española, *Mutación de la Constitución*, op. cit.

⁽¹³⁾ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 95.

parecía difícilmente compatible con la previsión del art. 15 de la *Reichsverfassung*; el cambio en el *status* jurídico del Canciller del *Reich* en base a la ley de suplencia de 1878; la instauración de una justicia federal, y el derecho de iniciativa del Emperador. En relación a esta última mutación, puede recordarse que el *Bundesrat* se componía de representantes de los miembros de la Federación; sólo en cuanto tales tenían derecho a presentar propuestas ante la Cámara. El Emperador en cuanto tal no era miembro de la Federación, sino tan sólo Rey de Prusia. El Canciller del *Reich*, según la letra de la Constitución, no podía presentar ninguna moción como tal. Sin embargo, de hecho, gran parte de las mociones que partían de la presidencia se presentaron en el *Bundesrat* por el *Reichskanzler* en nombre del Emperador (*Kaiser*), lo que se tradujo en que el número de mociones imperiales predominara sobre las mociones prusianas. “Así, diría Laband, la *Reichsverfassung* experimentó un cambio significativo sin que a su texto se hubiera añadido nada”.¹⁴

En su descripción básicamente empírica del fenómeno analizado, Jellinek se haría eco asimismo de algunos otros casos de mutaciones de la Constitución imperial. Así, refiriéndose a la necesidad política como transformadora de la Constitución¹⁵, aludiría a cómo se había transmutado la previsión constitucional que atribuía al Emperador convocar al *Bundesrat* y al *Reichstag*, inaugurarlos, suspender sus sesiones y clausurarlos. Sin embargo, la última convocatoria del *Bundesrat* había tenido lugar el 22 de agosto de 1883 y, desde entonces, no obstante haber transcurrido casi veintitrés años, este órgano no se había clausurado. El *Bundesrat* se había convertido *de facto* en una cámara permanente, en contraposición a lo dispuesto por el texto de la Constitución del *Reich*, hecho, como es obvio, por entero inaceptable para los constitucionalistas alemanes, que, sin embargo, en muchos casos, habían optado por ignorarlo, como acontecía con Laband, quien en su magna obra se limitaba a afirmar que “el *Bundesrat* no es una asamblea permanente como lo fue el *Bundestag* en Francfort..., sino que se reúne tan sólo temporalmente cuando se le convoca”. Laband no reconocía una eficacia constitucional derogatoria al Derecho consuetudinario y, en coherencia con su posición, ignoraba la realidad constitucional. Frente a ello, Jellinek reconocía que el *fait accompli*, el hecho consumado, era un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al que toda oposición de las teorías legitimistas era, en principio, impotente. Con tal visión, el Profesor de Heidelberg era plenamente coherente con su reconocimiento de la fuerza normativa de lo fáctico, que en términos clásicos venía a equi-

⁽¹⁴⁾ *Apud* Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 33.

⁽¹⁵⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, pp. 29-35.

valer al aforismo *ex facto jus oritur*¹⁶ (el derecho nace del hecho), afirmación sin duda positivista, pero que en el diseño del autor en cierto modo se contrapesaba a través de su consideración del Derecho como un *minimum* ético, el mínimo ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo.¹⁷

La Ley sobre la lugartenencia, suplencia o sustitución, de 17 de marzo de 1878, auspiciada por Bismarck, es considerada asimismo por Jellinek como una mutación constitucional operada mediante la *necessitas*. A través de ella se facultaba al Emperador para que designara sustitutos del Canciller responsables y, por lo tanto, con derecho de refrendo si éste lo solicitaba en caso de impedimento. De esta forma, los sustitutos dependían de la voluntad del *Reichskanzler*, pero en realidad éste no podía dirigir las tareas de todas las autoridades superiores del *Reich*. Pero además, la Constitución caracterizaba al Canciller del *Reich* como el único ministro responsable del mismo, lo que, tras la mencionada ley, ya no coincidía con la realidad.

Acaso fuera la llamada “cláusula Frankenstein”, —cuya denominación, innecesario es decirlo, es tributaria de la celeberrima novela romántica de Mary Shelley, *Frankenstein or the modern Prometheus* (1818), cuyo personaje artificial pronto adquiriría el valor de mito— la ejemplificación paradigmática de las mutaciones producidas por la legislación ordinaria, lo que se explica porque al faltar un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, una ley inconstitucional generaba un quebrantamiento de la Constitución y, en último término, una verdadera mutación constitucional. Y en ello existe una cierta convergencia doctrinal¹⁸. La citada cláusula contenía diversas previsiones contrarias a los artículos 38 y 70 de la Constitución del Imperio. Según tales preceptos, los ingresos aduaneros y determinados impuestos debían atribuirse a la administración del *Reich*, habiendo de ingresarse en la caja del *Reich* para hacer frente a los gastos correspondientes. A través de esta cláusula se dispuso, entre otras previsiones, que el rendimiento de los ingresos fiscales por tabaco y bebidas alcohólicas se transfiriera a los *Länder* al final de cada año, una vez descontada una cierta cantidad (130 millones de marcos). Por consiguiente, de acuerdo con la Constitución, las cantidades recaudadas a través de esos

⁽¹⁶⁾ De modo análogo, Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, *op. cit.*, pp. XXIX-XXX.

⁽¹⁷⁾ La relación en que se encuentra el Derecho con la Ética, escribe Fernando de los Ríos, es la de la parte al todo; mas la proporción ética, digámoslo así, del Derecho, difiere de un pueblo a otro y de uno a otro momento en la vida de la cultura de cada pueblo”. Fernando DE LOS RÍOS, “Prólogo del traductor”, en la obra de Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pp. VII y ss.; en concreto, p. XXV.

⁽¹⁸⁾ Cfr. al respecto, Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 406. Asimismo Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 41-42.

impuestos habían de ingresarse “en la caja del *Reich*”, pero con tal cláusula en realidad esos ingresos se hacían “a través de la caja del *Reich*”, lo que vulneraba el art. 38, si bien tal contradicción desaparecería tras la reforma de la Constitución llevada a cabo en 1904. Como recuerda Hesse, Laband calificaría la “cláusula Frankenstein” no sólo como un cambio de la situación constitucional sino como una “profunda reforma de la Constitución”, no obstante dejar subsistente el texto de la misma.¹⁹

Pero las mutaciones constitucionales en modo alguno eran patrimonio exclusivo de la Constitución del Imperio. Unos pocos años después de la publicación de Laband, Jellinek recordaba,²⁰ que en el gran Ducado de Baden, el Gran Duque, de acuerdo con la Constitución de 1818, ejercía todos los derechos del poder estatal por sí mismo según las condiciones constitucionalmente establecidas. Entre tales derechos no figuraba en forma explícita el ejercicio del derecho de gracia, si bien el texto habilitaba al Gran Duque para aminorar las penas establecidas o indultarlas totalmente; en cualquier caso, el derecho de gracia fue ejercido con frecuencia, tanto para amnistías generales hasta 1857, como en casos singulares hasta 1865. Con posterioridad, la opinión gubernamental cambió en este punto, muy posiblemente bajo la presión de la idea de que era preferible intervenir lo menos posible en el funcionamiento de la administración de justicia. Así las cosas, una función ejercida imparcialmente por el Gran Duque durante casi medio siglo fue *de facto* eliminada. Como señalaba el Profesor de Heidelberg, la letra de la Constitución no se había cambiado, pero ella misma había sufrido una profunda mutación en un punto que no carecía de importancia.

También en Francia se podían constatar en la época mutaciones constitucionales. Loewenstein recuerda²¹ como un ejemplo significativo de las mismas, bajo la Tercera República, la atrofia del derecho de disolución del Presidente frente al Parlamento, expresamente contemplado por el art. 5 de la Ley de 25 de febrero de 1875, “relative à l’organisation des pouvoirs publics”.²² No obstante la previsión constitucional, durante la III República tan sólo en una ocasión (mayo de 1877) se hizo uso por el Presidente (se trataba del Presidente MacMahon) del derecho de disolución, una disolución que tuvo todos los ribetes propios de un golpe de Estado. El Presidente de la República, enfrentado con la Cámara de Diputados, envió

⁽¹⁹⁾ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 95.

⁽²⁰⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 21.

⁽²¹⁾ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ediciones Ariel, 2ª ed., 1970, p. 169.

⁽²²⁾ Según el art. 5º de la mencionada Ley constitucional: “Le Président de la République peut, sur l’avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des Députés avant l’expiration légale de son mandat. – En ce cas, les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois”.

una carta reprobatoria a Jules Simon, Presidente del Consejo de Ministros, quien presentó la dimisión. MacMahon nombró entonces al duque de Broglie, quien formó un gobierno que fue rechazado por la Cámara, que, a la par, reafirmó el principio del gobierno parlamentario. Tras lograr el respaldo del Senado, MacMahon disolvió la Cámara y convocó al cuerpo electoral, pero las elecciones celebradas en octubre de 1877 propiciaron una Cámara de la misma mayoría que la anterior. Ante ello, MacMahon terminó presentando la dimisión en enero de 1879, y de resultas de todo ello se iba a producir una suerte de atrofia o consunción del derecho de disolución, que ya no volvería a ser ejercido durante el régimen de la Tercera República. Con ello, el desuso o *desuetudo* se tradujo en una verdadera mutación constitucional, aunque Jellinek sostuviera que de ninguna manera podía concluirse que por el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resultarían obsoletas.²³ Pero lo cierto y verdad es que aunque el Derecho supremo del Estado sea, por su propia esencia, como sostiene Jellinek, imprescriptible, la realidad es que en el caso en cuestión la norma constitucional quedó en estado de hibernación. Prueba fehaciente de ello sería que el Presidente de la República Alexandre Millerand (que ocupó la Presidencia entre 1920 y 1924), que siempre había abogado por el restablecimiento del derecho de disolución presidencial, a modo de contrapeso frente a la omnipotencia parlamentaria, enfrentado a la Cámara de Diputados en 1924 no se atrevió a ejercer tal derecho. En fin, como bien se ha dicho,²⁴ la posición del Presidente, que el constituyente francés creyó asegurar con cierta fuerza (así, declarándolo irresponsable y otorgándole el derecho de disolución) se debilitó merced a una mutación constitucional.

Parece bastante evidente, que a través de las situaciones descritas lo que se estaba produciendo era el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa y la siempre cambiante realidad política, por utilizar los términos de Pedro de Vega,²⁵ o entre la constitución escrita y la constitución efectiva, como diría Pierandrei,²⁶ situación que, supuestamente, explicaría la historicidad de la constitución, su dinamismo, su carácter cambiante, encaminado a lograr *a living constitution*. Y en ello, la mutación respondería a idéntico objetivo que la reforma. Pero lo cierto es que entre una y otra la diferencia existente era patente e insalvable: mientras la primera no altera

⁽²³⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 51.

⁽²⁴⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 36-37.

⁽²⁵⁾ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, p. 180.

⁽²⁶⁾ Franco PIERANDREI, "La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione", en la obra recopilatoria de trabajos de su autor, *Scritti di Diritto Costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1965, Volume primo, pp. 81 y ss.; en concreto, p. 85.

el enunciado normativo del precepto, tal no es el caso obviamente de la reforma constitucional. De ahí que el fenómeno no pasara inadvertido por la doctrina, y de ahí asimismo el inicio del tratamiento dogmático de este peculiar fenómeno constitucional.

II. CONCEPTO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

I. Laband, como antes se dijo, fue quien creó el concepto de mutación constitucional, pero no dio una definición precisa del mismo. En realidad, lo que vino a hacer es identificar con tal concepto aquellos cambios de la situación constitucional (*Verfassungszustand*) del Imperio, por utilizar la expresión de Hesse, que no tuvieron un reflejo formal en la letra de la Constitución. Jellinek, por su parte, vino a identificar el fenómeno de la mutación mediante su contraposición a la reforma constitucional. Mientras por ésta entiende la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas, por mutación de la Constitución identifica aquella modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o consciencia de tal mutación²⁷. Se ha subrayado la percepción que en esta definición se puede atisbar del “impacto psicologizante” (intencionalidad, voluntad consciente)²⁸, lo que no debe extrañar si se tiene presente que el psicologismo es un elemento que en la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek convive con el factualismo normativo, la deontología y la misma teología. Sin embargo, a nuestro modo de ver, este modo de proceder a la hora de conceptualizar la mutación constitucional, cuando menos, es discutible, pues la visión del Profesor de Heidelberg se circunscribe a contraponer reforma y mutación y a circunscribir su diferenciación al elemento volitivo presente en una modificación, pero no en la otra, y este rasgo diferencial, y sobre ello volveremos más adelante, parece más bien irrelevante; bien es verdad que de la definición de Jellinek se desprende que una mutación constitucional puede cambiar tanto el contenido, el sentido de la norma, como la situación constitucional²⁹, y esta caracterización es bastante más significativa.

La visión amplia de la mutación aparece claramente recogida en la definición que de la misma acoge Kelsen, para quien el hecho del “cambio de constitución” (traducción que, como ya se dijo, dará Legaz Lacambra a la expresión alemana) consiste en que “el manejo (más adecuado sería

⁽²⁷⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 7.

⁽²⁸⁾ Pablo LUCAS VERDÚ, “Estudio Preliminar”, op. cit., pp. LXIX y XXX.

⁽²⁹⁾ En sentido análogo, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 92.

hablar de aplicación) de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que no es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución”.³⁰ En fin, entre la doctrina más clásica, Heller ve en estas mutaciones el fenómeno que hace posible que la permanencia de la norma pueda armonizarse con el cambio ininterrumpido de la realidad social, pues la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria, con lo cual puede suceder que, “no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución, aunque quede salvaguardada la continuidad del Derecho ante los miembros de la comunidad jurídica”.³¹

Dau-Lin iba a mantener una posición similar. Partiendo de la idea general de que una mutación constitucional significa una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional, iba a terminar sosteniendo la doble naturaleza del concepto de mutación constitucional, que conecta a su vez con la doble naturaleza de la Constitución: por un lado, una suma de normas legales positivas, por otro, un modo de existencia del Estado. A partir de aquí, el Profesor chino diferencia una mutación del texto de la Constitución o mutación en sentido formal, de una transformación del sistema o de su significado, o lo que es igual, una mutación en sentido material³². Cuando las normas positivas de la Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el Derecho constitucional escrito y el efectivamente válido, entonces estamos ante una mutación del texto de la Constitución, o lo que es igual, una mutación en sentido formal. Pero junto a ella, puede hablarse asimismo de mutación constitucional cuando en la realidad de la vida estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema previsto por la Constitución, siendo indiferente si la nueva realidad así surgida está en contradicción directa con ciertas normas de la Constitución, o si formalmente ni siquiera toma contacto con su texto. En este caso nos hallamos ante una mutación constitucional en sentido material.

Ya en tiempos más recientes, Loewenstein³³ ha visto en la superposición del texto de la Constitución por la práctica constitucional la esencia del fenómeno designado como mutación constitucional, y Hesse nos ha

⁽³⁰⁾ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 332.

⁽³¹⁾ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 6ª ed. en español, 1968, p. 277.

⁽³²⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 169.

⁽³³⁾ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 168.

recordado que tanto el *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) como la doctrina actual entienden que una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente.³⁴ Y entre la doctrina italiana, es de destacar la aproximación al fenómeno de las que él denomina “modificaciones tácitas” de la Constitución por parte de Pierandrei, quien las describe como aquella situación a consecuencia de la cual el orden supremo del Estado viene a expresarse en el curso del tiempo de modo diverso a aquel querido por los preceptos de la propia Constitución, que permanecen inalterados. Dicho de otro modo, las modificaciones tácitas del texto constitucional se producen cuando “permanendo immutate le formule scritte, la realtà giuridica viene a configurarsi diversamente da ciò che in passato sembrava voluto dalle formule medesime o che potrebbe ancora apparire voluto da esse, secondo il loro significato palese e immediato”.³⁵

Entre la escasa doctrina española que se ha ocupado de las mutaciones constitucionales, cabe comenzar recordando a García Pelayo, al que ya nos referimos con anterioridad, quien en los años cincuenta del pasado siglo se hacía eco de cómo en los Estados que no habían sufrido cambios formales en la expresión normativa de su Constitución, no por eso habían dejado de producirse en ellos alteraciones tan esenciales, tan arraigadas, tan normalizadas y tan vigorosas, que “la explicación de su sistema jurídico escapa al esquema y a los conceptos clásicos del Derecho constitucional tradicional”.³⁶ Para quien fuera el primer Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, por mutación constitucional había de entenderse aquella transformación constitucional en la que permanece invariable su texto, o dicho de otro modo, en la que se aprecia una incongruencia entre las normas escritas y la realidad jurídico-constitucional.³⁷ A su vez, Jiménez de Parga³⁸ ha seguido la noción acuñada por el *BVerfG*, que, tal y como acaba de decirse, en síntesis, entiende por mutación un cambio del contenido de la norma que, conservando la misma redacción, adquiere una significación diferente. Lucas Verdú, sin duda, quien una mayor atención ha venido

⁽³⁴⁾ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 91.

⁽³⁵⁾ Franco PIERANDREI, “La Corte costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione”, op. cit., pp. 83 y 91.

⁽³⁶⁾ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 8ª ed., 1961, p. 31.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 137.

⁽³⁸⁾ Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, “Reforma y mutaciones constitucionales”, en *Otrosí.net* (Revista online del Colegio de Abogados de Madrid), 25-08-2011, p. 1 del texto al que se accede a través de la siguiente dirección electrónica: <http://www.otrosi.net/article/reforma-y-mutaciones-constitucionales-po>.

prestando al fenómeno del que nos estamos ocupando, parece hacer suya la definición de Dau-Lin, viendo en estas mutaciones la incongruencia existente entre los preceptos constitucionales y la realidad, lo que propicia la consiguiente tensión entre normatividad y realidad constitucionales.³⁹ En fin, De Vega,⁴⁰ tras caracterizar la mutación como una modificación del ordenamiento constitucional al margen del procedimiento formal de la reforma, pone con evidente acierto el dedo en la llaga, por así decirlo, cuando argumenta que, si bien decir que la mutación constitucional implica una modificación en el contenido de las normas que, conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente, puede representar una aproximación clarificadora al fenómeno de la modificación no formal de la Constitución, ello dista todavía mucho de constituir una explicación definitiva sobre este fenómeno, entre otras razones, porque ni existe un concepto unívoco de mutación constitucional, ni se ha precisado una tipología adecuada de las mismas, ni se ha establecido un pronunciamiento unánime sobre su alcance y valor jurídico, ni tampoco, añadiríamos ya por nuestra cuenta, sobre sus límites.

II. De cuanto hasta aquí se ha expuesto creemos que bien podrían extraerse unos elementos conformadores de la caracterización de la mutación constitucional. Ante todo, y en contraposición a la reforma, la mutación nos situaría ante una modificación del texto constitucional producida al margen del procedimiento formal de reforma. Nos parece bastante evidente que en *a living Constitution* se puede atisbar una permanente dialéctica entre permanencia y cambio, por cuanto la Constitución permanece porque cambia y a su vez cambia para mantener su permanencia, lo que no es sino el corolario obligado de la relación que mantiene la norma jurídica con la realidad social y política a la que se ha de aplicar. El texto constitucional tiene una inequívoca vocación de permanencia, de perdurar el mayor tiempo posible, pero es claro a su vez que la constitución está ligada a las contingencias de cada momento histórico. Como ha escrito Pierandrei,⁴¹ la constitución escrita es el esquema formal que garantiza la unidad de la organización del Estado en sus confrontaciones con las diversas fuerzas políticas, pero por debajo de ello el ordenamiento concreto, empapado por la realidad social, se desenvuelve de modo incesante.

⁽³⁹⁾ Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, *op. cit.*, pp. 179-180.

⁽⁴⁰⁾ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pp. 180 y 182.

⁽⁴¹⁾ Franco PIERANDREI, "La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite> della Costituzione", *op. cit.*, p. 90.

Así las cosas, podemos plantearnos cuál es la relación en que se encuentran en tal proceso de “vivificación”, de *aggionamento* constitucional si así se prefiere, la reforma y la mutación. No hace falta de mucha argumentación para constatar que una y otra se hallan en una relación autoexcluyente. Las relativamente escasas reformas que ha sufrido la Constitución norteamericana, para sus más de dos siglos y cuarto de vida constitucional, se explican en gran parte (al margen ya, desde luego, de otros factores, como la propia dificultad del procedimiento de reforma) por el permanente proceso de ajuste, de puesta al día constitucional, que ha llevado a cabo la *Supreme Court*, y que se ha traducido en verdaderas mutaciones constitucionales a las que con toda propiedad podríamos aplicar las ya aludidas palabras de Hermann Heller: tales mutaciones han propiciado que el sentido del texto experimente una completa revolución. Bastaría para constatarlo con recordar la sentencia dictada en el caso *Roe v. Wade* (enero de 1973), en el que la Corte Suprema, por una *seven-two opinion*, fundamenta el aborto libre en la protección del derecho a la intimidad (*privacy*) de la mujer, que a su vez se sustenta en la *due process clause* de la XIV Enmienda, considerándose de esta forma como un trasunto de la libertad civil, que garantiza a cualquier ciudadano un reducto de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos.

A la inversa, como constata Konrad Hesse,⁴² la razón de la escasa importancia de la mutación constitucional en la República Federal no se encuentra tan sólo en la repercusión que debe atribuirse a la presencia de una justicia constitucional de amplias proporciones, sino que lo decisivo ha sido la praxis de frecuentes reformas constitucionales característica de la evolución constitucional de la República Federal desde sus comienzos. Dicho en otros términos, reforma y mutación mantendrán una relación inversamente proporcional. Cuanto menos se recurra al procedimiento de reforma formal de la Constitución en mayor medida proliferarán las mutaciones. Cree así Pedro de Vega que una y otra aparecen por lo mismo no sólo como excluyentes, sino también como complementarias, pero, claro está, para poder ver si, efectivamente, una mutación complementa la reforma, más bien habría que decir que la falta de la misma, habrá que atender a si la mutación se mantiene dentro de los inexcusables límites que sobre ella pesan, pues no es descartable que la mutación entrañe una deriva del texto constitucional que termine generando, sin más, una quiebra del mismo.

La mutación no sólo se produce por un cambio en el significado de un precepto constitucional, de resultados de una interpretación que evoluciona a lo largo del tiempo para acomodarlo a las nuevas circunstancias sociales o políticas (el cambio de significado de muchos de los términos de la Constitución norteamericana sería el ejemplo paradigmático al respecto), sino que también

⁽⁴²⁾ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 89-90.

nos situamos ante ella cuando, como dijera Kelsen, una práctica constitucional asentada se revela en manifiesta oposición a la letra constitucional. El Profesor De Vega⁴³ apunta al respecto un ejemplo que nos parece incuestionable: el caso del mandato imperativo, que, no obstante hallarse expresamente prohibido en un gran número de textos constitucionales, se presenta, sin embargo, como una realidad indiscutible en la actual democracia representativa, en la que los parlamentarios, *de facto*, vienen obligados a seguir las instrucciones y dictados de los partidos por los que han sido elegidos sin poder actuar libremente, ni tan siquiera votar en conciencia en aquellas cuestiones que más profundamente pueden afectar a sus más íntimas convicciones morales, éticas, religiosas... etc. Estamos por entero de acuerdo con el gran maestro español en que estas dos manifestaciones del mismo fenómeno de la mutación constitucional distan de ser equiparables, y por lo mismo difícilmente pueden ser objeto de un tratamiento similar. Mientras la mutación generada por la interpretación jurídica es perfectamente asumible, mucho más controvertible se nos presenta la segunda modalidad, que parece hacer reverdecer la situación que Jellinek describiera un siglo atrás: “El desarrollo de las Constituciones muestra... que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica”.⁴⁴

III. Un tema de notable interés atañe al de si ciertas características pueden considerarse o no elementos constitutivos del concepto de mutación constitucional. El primero de esos supuestos rasgos constitutivos sería el factor temporal. Una mutación constitucional requeriría así de un período de tiempo más o menos dilatado. Coincidimos por entero con la apreciación de Hesse⁴⁵, que rechaza que este factor temporal pueda tratarse de un elemento definitorio del concepto, por cuanto los procesos que dan lugar a una mutación constitucional no tienen relación alguna con el carácter más o menos remoto de la entrada en vigor de la Constitución. El período de tiempo de vigencia de la misma es, pues, irrelevante. Quizá podría atenderse al mismo en el hipotético caso de una mutación por *desuetudo* o desuso, pero este caso plantea una problemática diferente a la que nos referiremos más adelante.

Otro elemento cuya necesidad a los efectos definitorios de la mutación se ha de valorar es el que presupone el carácter intencional o inconsciente del cambio constitucional. Como ya indicamos, Jellinek veía en la ausencia de intención o de conciencia de la mutación un rasgo característico de la

⁽⁴³⁾ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 183-184.

⁽⁴⁴⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, op. cit., p. 84.

⁽⁴⁵⁾ Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 92-93.

misma, que utilizaba justamente para contraponerla a la reforma constitucional. Atender al carácter volitivo o no del acto conducente a la mutación no deja de plantear un problema difícil de resolver como es el que supone entrar a valorar la intencionalidad subyacente a cualquier acto. En Jellinek, como ya señalamos, esa visión enlaza con la corriente del psicologismo, que en sus días tuvo un cierto desarrollo en su aplicación a las ciencias sociales; además, habría que añadir que esa actitud psicologizante entroncaba con la preocupación ética del Profesor de Heidelberg. Por todo ello, no creemos que deba atenderse a este factor a la hora de definir lo que ha de entenderse por mutación. Y en sintonía con lo que se acaba de decir, tampoco parece un elemento atendible el que la mutación se produzca de un modo expreso o bien de forma implícita o tácita, aunque, como ya se ha visto, haya autores que al referirse a estos cambios constitucionales los identifican como “mutaciones tácitas”. También Kelsen, a la hora de visualizar estas mutaciones, se refiere a que el cambio de las normas constitucionales se produce “insensiblemente”,⁴⁶ como ya señalamos. Si como venía a decir Jellinek, los hechos conducentes a la mutación no han de ir acompañados de la consciencia del cambio constitucional, que se produciría por tanto inconscientemente, en lo que al actor desencadenante de la mutación se refiere, no pudiendo ser considerada como tal toda mutación consciente, ello supondría tanto como la exclusión de la categoría de las mutaciones constitucionales de las más frecuentes, las que se producen en sede judicial con ocasión de la interpretación constitucional, verdaderamente paradigmáticas en los Estados Unidos. Ello no tendría ningún sentido. Por lo mismo, este elemento no puede considerarse constitutivo del concepto de mutación constitucional.⁴⁷

Hesse,⁴⁸ siguiendo una pauta que ha tendido a extenderse entre la doctrina más moderna, con la que se acota la mucho más amplia visión de la mutación sustentada por la primera dogmática iuspublicista alemana, considera inadmisibile dentro de este concepto aquella contradicción existente entre la situación constitucional y la ley constitucional, lo que justifica por el hecho de que ello presupone argumentar a diferentes niveles; lo que cambia, nos dice Hesse, no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el citado autor entiende que el concepto de mutación debiera quedar limitado a modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven alterado su texto. Esta argumentación no deja de ser, cuando menos, harto

⁽⁴⁶⁾ Hans KELSEN, *Teoría General del Estado*, op. cit., p. 332.

⁽⁴⁷⁾ Análogamente se manifiesta Konrad HESSE, en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 93.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, pp. 93-94.

discutible. Para comprobarlo nos bastará con recordar un ejemplo de la Constitución americana. En su redacción inicial, este texto nada preveía acerca de la limitación del mandato presidencial. Sin embargo, desde el primer momento, esto es, desde la Presidencia de George Washington, se entendió que el período de ejercicio del Presidente se hallaba limitado a tan sólo dos mandatos. Franklin Delano Roosevelt quebró una convención que, aunque no se hallaba escrita, se había venido respetando durante siglo y medio, al presentarse en noviembre de 1940 para un tercer mandato presidencial, siendo además elegido para el mismo. No nos cabe la más mínima duda de que con ello, aunque no se vulnerara ninguna norma constitucional escrita, se produjo una mutación constitucional, y ello creemos que bien podría verse confirmado por la definitiva aprobación en 1951 de la vigésimo segunda Enmienda, a cuyo tenor, ninguna persona podría ser elegida más de dos veces para el cargo de Presidente. Con tal Enmienda venía a corroborarse que Roosevelt había alterado una regla constitucional no escrita, impidiéndose para el futuro que tal mutación pudiese pervivir. Con la tesis un tanto formalista sustentada por Hesse, el supuesto mencionado no sería reconducible a la categoría de las mutaciones constitucionales.

III. TIPOS DE MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA TRADICIONAL CLASIFICACIÓN DE DAU-LIN

No obstante los más de tres cuartos de siglo transcurridos desde la publicación de la obra de Dau-Lin, lo cierto es que la tipología que de las mutaciones constitucionales formuló el autor chino sigue siendo de referencia obligada. Él diferenció cuatro clases de mutación constitucional:⁴⁹ 1) La mutación debida a una práctica política que no viola formalmente la constitución y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional. 2) La mutación por imposibilidad de ejercer ciertas competencias y atribuciones constitucionales. 3) La mutación resultante de una práctica opuesta, contradictoria, con los preceptos constitucionales. 4) Finalmente, la mutación que se genera a través de la interpretación constitucional.

El primer tipo de mutación se produce porque aunque la práctica en cuestión no se oponga formalmente a un específico precepto constitucional, de la misma puede surgir un Derecho en contradicción con el conjunto de varias previsiones constitucionales o de todo el entramado constitucional. Entre los varios ejemplos reconducibles a este tipo de mutación que menciona el autor chino, podemos recordar uno de ellos. La Constitución

⁽⁴⁹⁾ Cfr. al respecto, Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 31 y ss.

norteamericana partía del principio de separación de poderes, que impedía al Ejecutivo cualquier tipo de relación oficial con el Legislativo. Sin embargo, la práctica configuró la institución de las Comisiones parlamentarias permanentes, correspondiendo cada una de ellas a un Departamento del Gobierno. Estas Comisiones vinieron a encauzar la relación entre el Congreso y los titulares de los respectivos Departamentos del Ejecutivo norteamericano. La conexión entre el Gobierno y el Congreso se canalizó a través de esta vía, no obstante las previsiones constitucionales.

El segundo tipo de mutación se genera por la imposibilidad de ejercer unas determinadas competencias de poder que se contemplan de modo específico en la Constitución, por lo que las normas constitucionales en cuestión dejan de ser, *de facto*, Derecho vigente. Ya Jellinek, un cuarto de siglo antes de Dau-Lin, se refirió a la mutación de la Constitución por desuso de facultades estatales,⁵⁰ a la *desuetudo* pues. Sin embargo, el autor chino no iba a seguir exactamente la posición del gran jurista de Leipzig; bien al contrario, iba a mostrarse en desacuerdo con la tesis sustentada por Jellinek, pues, a su juicio, y creemos que le asiste toda la razón, la Constitución no se transforma por el desuso sino por la imposibilidad de cumplirla, de suerte que desuso sólo es una de las causas. Dicho de otro modo, para Dau-Lin, lo determinante de este tipo de mutación no es la falta de ejercicio de una competencia, sino el hecho de que aunque el titular de la misma quisiera ejercerla las circunstancias políticas o una nueva realidad contextual se lo impediría. Con anterioridad, ya tuvimos oportunidad de referirnos al ejemplo más característico: la atrofia en la Francia de la Tercera República del derecho de disolución presidencial.

El tercer tipo lo encontramos en la mutación que se produce de resultas de una práctica en clara contradicción con los preceptos constitucionales. La ya referida "cláusula Frankenstein", establecida por la legislación ordinaria, es citada por nuestro autor como uno de los varios ejemplos reconducibles a este tipo de mutación, como también se puede traer a colación la transformación, igualmente comentada, que sufrió la situación del *Bundesrat* en el *Reich* imperial de resultas de una práctica contradictoria con las previsiones constitucionales. De acuerdo con las mismas, el *Bundesrat* no era una asamblea permanente, pues tan sólo se reunía cuando fuera convocado, si bien esa convocatoria debía hacerse anualmente. Sin embargo, como ya expusimos, el *Bundesrat* no se clausuró desde 1883, convirtiéndose en realidad desde ese año en un órgano permanente.

El último tipo de mutación es el resultado de la interpretación constitucional. La Constitución, nos dice Dau-Lin,⁵¹ experimenta una mutación

⁽⁵⁰⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, op. cit., pp. 45-53.

⁽⁵¹⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 45.

en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas. El ya mencionado cambio en el ejercicio del derecho de gracia por parte del Gran Duque de Baden sería un ejemplo de este tipo de mutación, como también lo sería la interpretación dada al art. 4º de la Constitución de Prusia de diciembre de 1848, que establecía que: "Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rango". Este precepto, en la práctica, se interpretó con tantas restricciones que, de hecho, no tuvo alcance jurídico. Innecesario es decir que será en los Estados Unidos donde de modo paradigmático encontraremos este tipo de mutaciones, pero a ello nos referiremos de modo específico más adelante.

Con su tipología, el autor chino explora bastante exhaustivamente las distintas vías por donde, como dijera García Pelayo,⁵² la vida y la historia penetran en la rigidez del texto constitucional y, desde luego, en modo alguno los cambios aludidos se limitan a aspectos accesorios sin penetrar en la entraña o en la esencia de la constitución. El muestrario de posibilidades que contempla Dau-Lin es pues muy amplio. Pero la misma generalidad y amplitud del muestrario le resta validez llegado el momento de abordar la operatividad jurídica de cada mutación. Porque como pone de relieve la doctrina,⁵³ y es algo que no creemos requiera de mucha argumentación, no es lo mismo la mutación que se produce por el desuso de una competencia, que la práctica que contradice frontalmente la constitución o la mutación resultante de la interpretación constitucional.

Parece bastante claro que el valor jurídico a dar a una mutación constitucional habrá de ponerse en conexión más o menos estrecha con la fuente de la que proviene la mutación. Y en ello nos centramos a continuación.

IV. FUENTES DE LAS QUE PUEDEN PROCEDER LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

I. Fue Pierandrei quien hace medio siglo diferenció dos tipos de las que él denominaba mutaciones tácitas en función de las fuentes de proveniencia de las mismas: las resultantes de actos de los órganos fundamentales del Estado y las derivadas de hechos normativos, esto es, de hechos que por sus características particulares resultan idóneos para establecer una regla jurídica en el momento en que tienen lugar.⁵⁴ Dicho en otros términos, las mutaciones pueden provenir de actos jurídicos de los órganos estatales, que como es lógico pueden ser actos normativos o actos jurisdiccionales,

⁽⁵²⁾ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 138.

⁽⁵³⁾ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, op. cit., p. 189.

⁽⁵⁴⁾ Franco PIERANDREI, "La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...", op. cit., pp. 93-94.

o bien de hechos que acaecen en el ámbito social de un modo tal como para terminar plasmando en el plano del Derecho positivo el principio o regla inmanente al mismo; de ahí que se hable de hechos normativos, siendo particularmente dignos de atención las costumbres constitucionales y las reglas convencionales. En tanto en cuanto este trabajo ha de centrar su objeto en las mutaciones jurisprudenciales, no podemos entrar en el análisis detallado de esos otros actos o hechos de los que pueden provenir las mutaciones, Ello no obstante, no queremos dejar de hacer algunas referencias, por superficiales que puedan ser a los actos jurídicos normativos y a las dos categorías de hechos normativos mencionados.

II. Los textos legales, es evidente, pueden llegar a generar auténticas mutaciones constitucionales, aunque en realidad, en casos tales, o en algunos de ellos por lo menos, sería mucho más adecuado hablar de una verdadera quiebra o ruptura de la Constitución (*Verfassungsdurchbrechung*). Y ni siquiera la existencia de un órgano de garantía constitucional, de un Tribunal Constitucional, impide a veces tales mutaciones, que en realidad son rupturas. En el caso español, bastaría con pensar en algunos Estatutos de Autonomía, en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en lo atinente al cambio que introdujo en el proceso de integración del Consejo General del Poder Judicial,⁵⁵ o en la LOAPA, si bien es verdad que en este último caso el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad.

Ya Jellinek, con vistas a explicar estas mutaciones desencadenadas por actos normativos, aducía que los límites de la Constitución, como los de la ley, (nosotros apostillaríamos que muchísimo más que los de la ley, particularmente en aquellas constituciones de consenso, como la española, en las que, en muchos preceptos, el acuerdo entre posiciones políticas contrapuestas se ha fraguado sobre la base de plasmar en la Constitución normas en muchas ocasiones en abierta contradicción) son siempre inciertos y no hay ninguna garantía de que las leyes que pretenden basarse en la Constitución no la contravengan a pesar de todo, produciendo así un cambio de la Constitución que no querían o, por lo menos, no pretendían explícitamente.⁵⁶

Dau-Lin se hacía eco a su vez de cómo una ley ordinaria podía transformar un precepto constitucional y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad, podía quedar indemne. Y mencionaba al respecto

⁽⁵⁵⁾ Idéntico juicio sostiene quien fuera Presidente del Tribunal Constitucional, el Profesor Jiménez de Parga. Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, "Reforma y mutaciones constitucionales", *op. cit.*, p. 1.

⁽⁵⁶⁾ Georg JELLINEK, *Reforma y mutación...*, *op. cit.*, p. 15.

como ejemplo la famosa “cláusula Frankenstein”.⁵⁷ Pero el autor chino no se limitaba a poner como ejemplo de estos actos jurídicos normativos las leyes, refiriéndose asimismo a los reglamentos de los órganos estatales supremos, en lo que coincidiría por entero Pierandrei,⁵⁸ justificando tal circunstancia en que las normas constitucionales, al instituir los órganos fundamentales del Estado, son extremadamente esquemáticas y lacónicas, correspondiendo a esos mismos órganos, a través de sus disposiciones internas, precisar su significado concreto, completándolo e integrándolo. De ahí que no haya que extrañarse si, a consecuencia de esos reglamentos o disposiciones internas, la Constitución termina presentándose “nella sua effettiva realtà”, con una configuración diversa de la que pudiera parecer deseada por su texto escrito.

Mayor aún es el riesgo de mutación constitucional cuando el constituyente, con la finalidad de soslayar enfrentamientos políticos, aplaza la solución de los problemas mediante el fácil, pero peligroso, recurso de reenvío a las leyes orgánicas u ordinarias, habilitando de esta forma al legislador para normar cuestiones materialmente constitucionales, con el subsiguiente peligro de que a través de tales normaciones se generen mutaciones constitucionales que pueden tener todo el perfil de una auténtica quiebra constitucional. España es un buen ejemplo de ello.

III. El fenómeno de la mutación constitucional se ha explicado con frecuencia por la literatura recurriendo al Derecho consuetudinario, a las costumbres constitucionales, lo que encuentra una lógica incontrovertible si se atiende a que la mutación se coloca en el terreno de los hechos y no en la órbita de las normas. Sin embargo, como ya recordaba Dau-Lin,⁵⁹ una opinión frecuentemente mantenida ha rechazado que en el campo del Derecho constitucional sea posible una formación de Derecho consuetudinario.

El Derecho consuetudinario, aunque la ciencia jurídica ha remontado su origen a los juristas romanos, es más bien un resultado de la idea jurídica romántica de la escuela histórica, que no es sino la reducción de todo el Derecho al espíritu del pueblo (*Volksgeist*), que duerme en el pueblo del Estado. Luego se abandonará la idea del espíritu del pueblo, exigiéndose como condición y fundamento del Derecho consuetudinario dos elementos: uno puramente material, la repetición del hecho, del comportamiento o de la práctica de que se trate, y otro más bien espiritual, la *opinio iuris et necessitatis*. A partir de aquí, brotarán al menos dos teorías del Derecho consuetudinario, una de ellas, que encuentra en Jellinek a su principal formulador, en clave sociológica, y que se va a basar en la fuerza normativa de lo fáctico, de los

⁽⁵⁷⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., pp. 41-43.

⁽⁵⁸⁾ Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...”, op. cit., p. 105.

⁽⁵⁹⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 109.

hechos, doctrina harto discutible por cuanto confunde lo ideal con lo existencial. Para Dau-Lin,⁶⁰ el elemento del deber (*sollen*) de una norma jurídica nunca resulta del elemento del ser (*sein*), sino que brota de la valoración inmanente del Derecho preexistente de la naturaleza humana.

Sin entrar en mayores detalles, resulta patente que, desde la óptica del Derecho constitucional, el problema más acuciante que aquí se plantea es el relativo a la convicción jurídica. En pura lógica, esa convicción habría de mantenerse por la ciudadanía en general,⁶¹ aunque no faltan quienes sostienen que en la realidad no es así, pues serán los autores de tales comportamientos y prácticas reiteradas, que no son otros que los titulares de los poderes y órganos del Estado, quienes no sólo, mediante su actuación repetitiva, terminarán conformando el elemento material, sino que también en tales actores terminará residiendo el elemento espiritual, algo que en modo alguno puede admitirse, pues si bien es cierto que las costumbres constitucionales, al margen ya de versar materialmente tan sólo sobre aspectos constitucionales, se distinguen de las restantes costumbres por no ser fruto de la conducta espontánea de los miembros de la colectividad socialmente organizada, en cuanto que derivan del comportamiento de los órganos estatales, ello no quiere decir que de esa diferencia derive el que la *opinio iuris et necessitatis* haya de corresponder asimismo a los miembros y titulares de esos mismos órganos. Por lo demás, como ha puesto de relieve De Vega,⁶² aquí nos encontramos con un contrasentido inadmisibile: el de conferir valor jurídico autónomo a prácticas políticas sobre las que hay que presumir que se encuentran estrictamente regladas por la norma constitucional. Y a todo ello, que ya por sí mismo sería suficiente para descartar una mutación constitucional de resultados de una costumbre, habría que añadir la dificultad de verificar la convicción jurídica requerida para que pueda hablarse de una auténtica costumbre.

IV. Como antes se dijo, dentro de los hechos normativos también se han ubicado las reglas convencionales, esto es, las *conventions of the constitution* inglesas o los *usages of the Constitution* norteamericanos. Digamos con carácter previo que Wheare entendió necesario hacer una distinción entre los términos *usage* y *convention*.⁶³ Por *convention* el Profesor de Oxford

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 123.

⁽⁶¹⁾ Como escribe Pierandrei: "Non può essere produttivo di un diritto il nudo fatto, quello dell'abitudine inerte o quello della forza, bensì può esserlo e lo è il fatto particolarmente qualificato, ma quest'ultimo si qualifica in virtù dell'atteggiamento spirituale della collettività". Franco PIERANDREI, "La Corte Costuzionale e le <modificazioni tacite>...", *op. cit.*, p. 107.

⁽⁶²⁾ Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 197.

⁽⁶³⁾ Sir Kenneth C. WHEARE, *Modern Constitutions*, London/New York/Toronto, Oxford University Press, 2nd edition in Oxford Paperbacks University Series, reprinted, 1967, p. 122.

entendía “a binding rule, a rule of behaviour accepted as obligatory by those concerned in the working of the Constitution”,⁶⁴ mientras que “by usage is meant no more than a usual practice”, si bien Wheare admitía claramente que un uso podía llegar a ser una convención. Es claro que nuestro autor piensa fundamentalmente en las convenciones constitucionales inglesas.

Una constitución, escribía Jennings,⁶⁵ no funciona por sí misma; tiene que ser hecha funcionar por los hombres. “It is an instrument of national co-operation, and the spirit of co-operation is as necessary as the instrument”. Las convenciones constitucionales son las reglas elaboradas para dar efecto a esa cooperación. Como los efectos de una constitución deben cambiar con las cambiantes circunstancias de la vida nacional, los hombres tienen que hacer funcionar el viejo Derecho en orden a satisfacer las nuevas necesidades. Las convenciones constitucionales (*constitutional conventions*) son las reglas que ellos elaboran; parece claro pues, que las convenciones se dirigen a asegurar que la constitución opere, funcione, en la práctica de acuerdo con la teoría constitucional prevalente en cada momento, y de todo ello se desprende que la convención presupone la ley⁶⁶. Y aunque el propio autor, estableciendo un parangón entre la ley y la convención, ponía de relieve que mientras la ley podía ser cambiada a través de la legislación, una convención era más bien difícil de cambiar abruptamente (“a convention is rather difficult to change abruptly”), más adelante apostillaba que la convención podía ser rota con impunidad (“the convention may be broken with impunity”).⁶⁷ Ya Dicey⁶⁸ había diferenciado con toda nitidez “the law of the constitution”, “a body of undoubted law”, de “the conventions of the constitution”, consistentes en máximas o prácticas que, aunque regulen la conducta ordinaria de la Corona, de los Ministros y de otras personas de conformidad con la Constitución, no son con exactitud leyes en absoluto (“are not in strictness laws at all”). Y también este autor, al abordar el problema de las sanciones a través de las cuales hacer cumplir las convenciones constitucionales, admitía la

⁽⁶⁴⁾ En un momento posterior Wheare pone como ejemplo de convención constitucional el que en las Constituciones de los países miembros de la *British Commonwealth* que han conservado la forma monárquica de gobierno, es usual encontrar que la Reina, o su representante, el *Governor-General*, tienen garantizados poderes para rehusar su asentimiento a una ley. Sin embargo, apostilla el Profesor de Oxford, “in all these cases it is accepted that, by convention, this power will not be exercised”. Sir Kenneth C. WHEARE, *Modern Constitutions*, op. cit., p. 124.

⁽⁶⁵⁾ Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, University of London Press Ltd., 5th edition, reprinted, 1963, p. 82.

⁽⁶⁶⁾ “Generally speaking, ---escribe Jennings--- it is perfectly true that the conventions presuppose the law”. Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, op. cit., p. 83.

⁽⁶⁷⁾ Sir Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, op. cit., pp. 132 y 136, respectivamente.

⁽⁶⁸⁾ A. V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London/New York, Macmillan & Co. Ltd./St. Martin's Press, 10th edition, reprinted, 1961, p. 24.

frecuencia de su incumplimiento: “the special articles of the conventional code are in fact often disobeyed”.⁶⁹

No ha de extrañar por tanto que Dau-Lin, bien que a partir del estudio de las reglas convencionales llevado a cabo por Hatschek, termine considerando que, en cuanto las convenciones constitucionales son tan particulares que pueden modificarse fácilmente, caracterizándose por su notable flexibilidad, tales convenciones no deben calificarse como normas jurídicas, como normas del *law of the Constitution*, ya que las normas del *law* tienen que ser constantes y las *conventions of the Constitution* son, sin embargo, de una naturaleza elástica.⁷⁰ Bastante tiempo después, también Rescigno consideraba,⁷¹ que el hecho de que para estas reglas falte un juez y falten asimismo sanciones institucionales encaminadas a predeterminar su coercibilidad, no es un defecto del ordenamiento, sino más bien una característica necesaria adecuada a su objeto. Estas reglas han de quedar sin juez y sin sanciones institucionales porque las mismas vienen libremente creadas y cambiadas por los sujetos políticos interesados, asentándose en un acuerdo tácito y comúnmente informal entre ellos, respetándose hasta tanto esos sujetos consideren oportuno mantener el acuerdo o no tengan la suficiente fuerza política para mutarlo.

Y en cuanto a los *usages of the Constitution* norteamericanos, que a menudo versan sobre relevantes materias constitucionales, son simples reglas consuetudinarias que aunque se observan de hecho, no se basan en una prescripción constitucional, ni en una ley. En su más clásico libro, *The American Commonwealth*, Bryce ya se ocupó de ellos. “Custom, —escribía⁷²— which is a law-producing agency in every department, is specially busy in matters which pertain to the practical conduct of government”. Bryce reconocía más adelante que algunos de los rasgos del *American government* a los que se debe principalmente su naturaleza no se apoyan ni en la Constitución ni en ningún texto legal, sino tan sólo en los usos o costumbres. Los usos o costumbres han surgido en torno a la Constitución y afectan profundamente a su funcionamiento, pero no son partes de la Constitución, ni necesariamente atribuibles a cualquier disposición específica suya. Más aún, recuerda Bryce,⁷³ que en algunas ocasiones los tribunales se han considerado obligados a declarar alguna ley o acto ejecutivo hecho de conformidad con una costumbre (“in pursuance of usage”) contrario

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, pp. 440-441.

⁽⁷⁰⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 135.

⁽⁷¹⁾ Giuseppe Ugo RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 4ª edizione riveduta, 1999/2000, p. 446.

⁽⁷²⁾ James BRYCE, *The American Commonwealth*, Vol. I, New York, The Macmillan Company, new edition completely revised, 1911, p. 394.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 398.

a la Constitución. ¿Qué sucede entonces? En teoría, la decisión judicial es concluyente y debe detener cualquier progreso posterior en el camino que se ha declarado inconstitucional. No ha de extrañar a la vista de estas consideraciones que Dau-Lin considerara evidente que el problema de la mutación constitucional no se puede resolver con el concepto de la regla convencional⁷⁴. Con todo, no se puede olvidar que un autor tan relevante como Loewenstein ha considerado,⁷⁵ que en los Estados Unidos el Derecho constitucional estatuido ha sido a lo largo de las generaciones tan modificado por el uso constitucional no escrito que los *Founding Fathers* tendrían realmente que hacer un gran esfuerzo para reconocer su creación. Y Wheare parece situarse en una posición análoga, llegando a poner a los Estados Unidos (junto a la Francia de la III República) como un curioso ejemplo de “nullification of legal powers conferred, or at any rate not denied, in the Constitution”.⁷⁶ Es claro, y así lo explicita el propio autor, que Wheare se está refiriendo a la limitación de la reelección presidencial para un tercer mandato, no expresamente prohibida por el texto de la Constitución, como ya se dijo, hasta que entró en vigor la Enmienda XXII, pero admitida por una convención constitucional en tal sentido. Desde luego, parece claro que para el Profesor de Oxford, tanto las convenciones como los usos constitucionales cambian las Constituciones de muy diversos modos⁷⁷ (así, por ejemplo, mediante el traspaso de poder legal de unas manos a otras, del que Wheare pone algunos ejemplos en relación a los Estados Unidos).

No muy distinta a la del autor chino es la mucho más recientemente esbozada posición de Pierandrei,⁷⁸ para quien las modificaciones tácitas de la Constitución no pueden derivar de las reglas convencionales, entre otras razones, porque éstas no son reglas jurídicas; derivan de una serie de comportamientos seguidos por los órganos fundamentales del Estado en la explicación de sus funciones y en la determinación de sus relaciones, y es claro que si tales comportamientos debiesen de generar verdaderas normas jurídicas habrían de venir acompañados por la *opinion juris et necessitatis*. Las reglas convencionales no pueden así modificar en sentido propio la Constitución escrita, lo que como es evidente no significa que no puedan producir consecuencias de gran importancia en el ámbito del funcionamiento del Estado, al venir a determinar el funcionamiento de las instituciones supremas en orden a los criterios a seguir en el ejercicio

⁽⁷⁴⁾ Hsü DAU-LIN, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 145.

⁽⁷⁵⁾ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 167.

⁽⁷⁶⁾ Sir Kenneth WHEARE, *Modern Constitutions*, op. cit., p. 125.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. al respecto, Sir Kenneth WHEARE, *Modern Constitutions*, op. cit., pp. 129-130.

⁽⁷⁸⁾ Franco PIERANDREI, “La Corte Costituzionale e le <modificazioni tacite>...”, op. cit., pp. 119-120.

de la respectiva actividad, precisando, suavizando incluso, sus relaciones y contactos recíprocos. Se podría decir que las normas del texto escrito de la Constitución “formano l’intelaiatura della costituzione, ma che poi il <corpo> di quest’ultima viene in gran parte determinato, insieme con le consuetudini, delle regole convenzionali”.⁷⁹ En cualquier caso, ello no hace sino confirmar que el orden constitucional del Estado no puede ser plenamente comprendido si no se toman en consideración los modos en que las normas escritas se plasman en la realidad institucional.

En definitiva, las convenciones constitucionales se producen casi siempre en estrecha conexión con una norma escrita, adquiriendo una predominante importancia interpretativa que incluso puede manifestarse en el sentido de revelar un principio implícito en el texto constitucional.

(Continuará en el próximo número)

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, pp. 123-124.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN NICARAGUA

Francisco E. Enríquez Cabistán

SUMARIO: I. El Control de Constitucionalidad en Nicaragua. II. El recurso por Inconstitucionalidad de la Ley. III. El Juez en el caso Concreto o el Control de Inconstitucionalidad en el caso concreto. IV. El recurso de amparo. V. El Recurso de Habeas Data. VI. Otros mecanismos de Control Constitucional: La Inconstitucionalidad por Omisión.

I. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NICARAGUA

1. Estatuto Fundamental y Estatuto sobre Derechos y Garantías

Entre 1979 a 1987, período histórico en que se derroca a la Dictadura de los Somoza y seda una asunción de fuerzas revolucionarias, Nicaragua estuvo sin una Constitución Política formal, aunque materialmente fungieron como Carta Magna el Estatuto Fundamental² y el Estatuto sobre Derechos y Garantías.³

De estos dos Estatutos antes mencionados, es el Estatuto sobre Derechos y Garantías quien aborda la temática de la Justicia Constitucional. Así el art. 8 *inc. 2 numeral c* de este cuerpo normativo expresa *que todo detenido tendrá derecho...a interponer el Recurso de Exhibición Personal*. El art. 50, de manera complementaria, estipula que *toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Estatuto Fundamental promulgado el día 20 de Julio de 1979, hayan sido violados, podrá interponer un recurso de amparo de conformidad con la ley*.

⁽²⁾ Aprobado por el Gobierno de Reconstrucción Nacional el día 20 de Julio de 1979.

⁽³⁾ Aprobado por la Junta de Reconstrucción Nacional el día 21 de agosto de 1979.

Durante la no vigencia de una Constitución, se aprobó el 28 de mayo de 1980 una nueva Ley de Amparo (publicada en la Gaceta No. 122 del 31 de mayo de 1980), Decreto No. 417, la cual limita el Habeas Corpus al amparo, el que es interpuesto en contra de todo acto, disposición o resolución y en general, contra toda acción u omisión de los funcionarios de la administración públicas o por la amenaza de los derechos que los Estatutos antes descrito pudieren estipular (arts. 2 y 3), es decir, contra actos consumados. Se requería que la persona tuviera en el país y haber agotado la vía administrativa previa; correspondiéndole recibirlo a la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones respectiva conociendo de todas las actuaciones que esta Ley señala hasta la suspensión del acto inclusive y a la Corte Suprema de Justicia le corresponderá conocer para su ulterior trámite y resolución definitiva (art. 4). La sentencia tiene efectos entre las partes (arts. 22 al 27). El control constitucional era posterior (art. 28 inc. 1).

Constitución de 1987

La Constitución Política de 1987, actualmente vigente, desarrolla tuitivamente el ámbito de la Justicia Constitucional, en esta línea de pensamiento, el art. 45 es de la noción de que *las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo,*² quedando la Ley de Amparo como una Ley de carácter constitucional (art. 184).

El mismo apartado normativo nos ilustra de la siguiente manera:

Art. 187. Se establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.

Art. 188. Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Art. 189. Se establece el Recurso de Exhibición Personal en favor de aquellos cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.

Art. 190. La Ley de Amparo regulará los recursos establecidos en este Capítulo.

Producto del Pacto de Esquipulas II y de los procesos de paz que vivía Nicaragua junto al resto de país de la región centroamericana

² La actual Carta Magna manifiesta que son atribuciones, entre otras, de la Corte Suprema de Justicia: conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo y los recursos por inconstitucionalidad de la ley (art. 164 inc. 3 y 4).

durante el segundo lustro de los años ochenta, los gobernantes nicaragüenses observaron la necesidad de diseñar una Ley de Amparo que garantizará la tutela efectiva de los derechos fundamentales, la cual fue aprobada el día 21 de noviembre de 1988, y publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 241 del día 20 de diciembre de 1988. Esta ley, elevada a carácter constitucional (art. 1), trata de seguir los parámetros constitucionales y divide al control de constitucionalidad de las leyes en: recurso de inconstitucionalidad, amparo y Habeas Corpus; con matices de un sistema concentrado y difuso, es decir de carácter mixto, concretizándose esta posición doctrinaria con la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 260/1998, que consagra también la inconstitucionalidad de los casos concretos de parte de los judiciales.

La Ley de Amparo es reformada por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 113, del 21 de Julio de 1992, al consagrar al recurso de inconstitucionalidad como acción popular y que el mismo *no resuelve querellas, individuales sino problemas de ley, generales y del más alto nivel jurídico.*

Otro aspecto importante, es la reforma constitucional del 4 de julio de 1995, que dividió a la Corte Suprema de Justicia en 4 Salas: Constitucional, Penal, Civil y Contencioso Administrativo, constituyéndose en un Órgano unitario de los tribunales de justicia cuyas facultades son las de *juzgar y ejecutar lo juzgado*, teniendo entre sus funciones las de *conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo, y los recursos por inconstitucionalidad de la ley* (art. 15 de la Ley No.192/1995).

El 29 de noviembre de 1995, se reformó por segunda vez ya través de Ley, la Ley de Amparo a través de la Ley de Reforma a los arts. 6 y 51 de la Ley de Amparo, Ley No. 205, en donde desapareció del art. 6 el término de "decreto ley", no así en el resto del articulado de la Ley, dejando susceptibles de control constitucional, además de la ley, decreto o reglamento, *cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución que se oponga a lo prescrito en ella.* De igual manera, se confirma la acción popular en el recurso por inconstitucionalidad y de que éste no procede contra la Constitución y sus reformas, excepto cuando estando en vigencia (las reformas) se invoquen la existencia de vicios en el procedimiento y aprobación. También, se eliminó lo que establecía el antiguo articulado sobre la exigencia del *perjuicio directo o indirecto causado* para la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

En otro aspectos de dicha reforma, se consagran cuales materias son excluidas del recurso de amparo, tales como: 1. Contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia; 2. Contra el proceso de formación de la Ley, su promulgación o su publicación o cualquier

otro acto o resolución legislativa; 3. Cuando hayan cesado los efectos del acto, reclamado o este se haya consumado de modo irreparable; 4. Contra los actos que hubieren sido consentidos por el agraviado de modo expreso o tácito. Se presumen consentidos aquellos actos por los cuales no se hubiere recurrido de Amparo dentro del término legal, sin perjuicio de la suspensión del término de conformidad al derecho común; 5. Contra las resoluciones dictadas en materia electoral; 6. Contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y destitución de los funcionarios que gozan de Inmunidad (art. 2).

Una tercera reforma a la Ley de Amparo ocurre cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emite la Sentencia No. 59, del 7 de mayo del año dos mil cuatro (ratificada por la Corte Plena de la Corte Suprema de justicia mediante Sentencia No. 69, de las 1:45 p.m., del 23 de septiembre del dos mil cuatro), admitiendo un recurso de amparo en el proceso de formación de ley, es decir mediante un control constitucional previo, situación que es derogada posteriormente por una cuarta Reforma a la Ley de Amparo, mediante de la Ley No. 643, aprobada el 23 de Enero del 2008 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 28 del 08 de Febrero del 2008, en donde se incorpora *la solución de los Conflictos de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado* conforme a lo dispuesto en los arts. 163 párrafo segundo, 164 inciso 12, 187, 188, 189 y 190 de la Cn (art. 1), y se deja claro que el control constitucional es a posteriori.

El 30 de enero de 2013 se aprobó en la Asamblea la Ley No. 831/2013³, Ley de Reformas y Adiciones a la Ley No. 49, Ley de Amparo, la cual estipula “que la presente Ley Constitucional, tiene como objeto el mantener y restablecer la supremacía constitucional, según lo dispuesto en los artículos 130 párrafo primero, 182, 183 y 196 de la Constitución política de la República de Nicaragua, regulando el Recurso por Inconstitucionalidad, el mecanismo de control de inconstitucionalidad en casos concretos, el Recurso de Amparo, el Recurso de Exhibición Personal, el Recurso de Habeas Data, y la solución de los Conflictos de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado”.

En 2014, a través de la Ley No. 854, entra en vigencia las reformas constitucionales y en materia de control constitucional establece: En el artículo 45 Cn incorpora el tema de Justicia Constitucional y sus diferentes mecanismos, entre ellos el Habeas Data (por primera vez de forma expresa en el texto constitucional). También el artículo 184 Cn establece como Leyes constitucionales: la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Justicia Constitucional. Y el art. 190 Cn estipula como mecanismos de control constitucional: El Recurso de Habeas Data, El conflicto de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado, El control de constitucio-

⁽³⁾ Publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 29, del 14 de Febrero de 2013.

nalidad en caso concreto como un mecanismo incidental de control, y Los conflictos de constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe. El texto constitucional mandata a crear el funcionamiento de cada mecanismo a través de la nueva Ley de Justicia Constitucional.

2. Lineamientos normativos actuales

El Sistema de Control Constitucional en Nicaragua es Mixto, ya que posee una combinación del control constitucional concentrado y el control constitucional difuso. La primera combinación se realiza cuando existe un órgano con funciones de control abstracto y concentrado como lo es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que puede conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad y de amparo (en el fondo); y la segunda combinación de control constitucional difuso se realiza cuando los jueces pueden inaplicar una ley en el caso concreto cuando ésta lesione y contradiga a la Constitución (art. 190 Cn; arts. 22, 23 y 24 de la Ley de Amparo Vigente y sus Reformas,⁴ y art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 260/1998⁵).

En este sentido, las líneas generales y normativas referentes al sistema de control constitucional en Nicaragua versan en la premisa de que la Corte Suprema de Justicia tiene la función de ejercer el control constitucional (Título V, artos. 164 inc. 3 y 4). Estas disposiciones se fundamentan en que la Corte Suprema de Justicia tiene la atribución de conocer y resolver los recursos de amparo e inconstitucionalidad de la ley (art. 164 incisos 3 y 4 Cn).

El mismo cuerpo legal en su Título X, Capítulo II, arts. 187 al 190, referente al Control Constitucional se establecen los recursos por Inconstitucionalidad, de Amparo y Exhibición Personal para garantizar su supremacía normativa de la Primera Norma, remitiendo sus regulaciones a una ley de rango constitucional, como es la Ley N° 49 Ley de Amparo, recientemente reformada, en donde se incorporan dos mecanismos de control constitucional muy especial, como lo es el recurso de Habeas Data y el recurso de Conflictos de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes del Estado; y la reforma constitucional de 2014 que añade el control constitucional en el caso concreto (art. 190 numeral 3 Cn).

Mecanismos de Control Constitucional establecidos en la Ley de Amparo nicaragüense y sus reformas.

⁽⁴⁾ la Ley No. 643, aprobada el 11 de Febrero de 2008 y publicada en la Gaceta, Diario Oficial No. 212 del 4 de Noviembre de 2008.

⁽⁵⁾ Aprobada el 7 Julio 1998 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 137 del 23 Julio 1998

II. EL RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El Recurso por Inconstitucionalidad procede contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución Política (arts. 87 Cn y 2 de la Ley No. 831/2013).

La persona para estar legitimada en interponer este recurso es cualquier ciudadano o ciudadanos cuando una ley, decreto o reglamento perjudique directa o indirectamente sus derechos constitucionales (art. 8 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas) y debe interponerse en contra la persona titular del órgano que emitió la ley, decreto o reglamento (art. 9 de la Ley No. 831/2013) en 60 días contados desde la fecha en que entre en vigencia la Ley, decreto o reglamento (art.12 de la Ley No. 831/2013). El Recurso por Inconstitucionalidad podrá interponerse personalmente, o por apoderado especialmente facultado para ello. En este segundo caso el poder deberá ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua (art. 15 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

El órgano encargado de recibir este recurso es la Secretaria de la Corte Suprema de Justicia y la entidad de tramitarlo y resolverlo es el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en pleno (art. 13 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Según el art. 13 de la Ley No. 831/2013: *El Recurso por Inconstitucionalidad se formulará por escrito, en papel sellado de ley, dirigido directamente a la Corte Suprema de Justicia, presentado en Secretaria con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al funcionario contra quien fuere dirigido el recurso y al Procurador General de Justicia.*

El mismo cuerpo legal manifiesta que *el escrito deberá contener: Nombres, apellidos y generales de ley del recurrente; nombres y apellidos del funcionario o titular del órgano en contra de quien fuera interpuesto; la Ley, decreto o reglamento, impugnado, la fecha de su entrada en vigencia y la disposición o disposiciones específicas que se opongan a la Constitución, determinando las normas que se consideren violadas o contravenidas; una exposición fundamentada de los perjuicios directos o indirectos que la ley, decreto o reglamento le cause o pudiese causarle; la solicitud expresa para que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento o partes de la misma; y el señalamiento de casa conocida para notificaciones.*

Como hemos de observar, la formalidad es muy estricta en la interposición de este recurso, aunque el mismo texto legal abre la posibilidad de llenar omisiones de forma y para ese caso la Corte Suprema de Justicia concederá al recurrente un plazo de cinco días. Si el recurrente dejare pasar este plazo, el Recurso se tendrá por no interpuesto (art. 14 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Una vez interpuesto en forma el Recurso por Inconstitucionalidad la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará dentro de quince días sobre la admisibilidad del mismo (art. 16 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas), una vez que es admitido, la Corte Suprema de Justicia pedirá informe al funcionario en contra de quien se interpone, el que deberá rendirlo dentro de quince días de recibida la notificación correspondiente, pudiendo alegar todo lo que tenga a bien. Para ello se le entregará copia del escrito y de la providencia, respectiva que se dicte. Igual copia se entregará a la Procuraduría General de Justicia al momento de la notificación (art. 17 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Si por cualquier circunstancia la Corte Suprema de Justicia necesitaré datos que no aparezcan en el proceso para resolver el recurso, ésta dictará las providencias que estime necesarias para obtenerlos, dándole intervención al recurrente, al funcionario recurrido y a la Procuraduría General de la República (art. 18 de la Ley No. 831/2013).

Transcurrido el término para que el funcionario rinda su informe, y una vez practicadas las diligencias especiales, si fuere el caso, con el informe o sin él, la Corte Suprema de Justicia dará audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia para que dictamine el recurso, pasado este término, con el dictamen o sin él, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la Inconstitucionalidad alegada (art. 19 de la Ley No. 831/2013).

Una vez que se declare la Inconstitucionalidad ésta tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, declarando la inaplicabilidad de la ley, decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la Inconstitucionalidad fuere parcial. Notificándose a los demás Poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en La Gaceta, Diario Oficial (art. 20 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una ley, decreto o reglamento producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales (*efectos erga omnes*). Cuando se recurrió solamente contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos (art. 21 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

La parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo podrá alegar la inconstitucionalidad de la norma que se le haya aplicado en el caso concreto. Si resultará ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la norma aplicada. La resolución de la Sala respectiva, se enviará al pleno de la Corte

Suprema de Justicia para ratificar o no la inconstitucionalidad y generar los efectos correspondientes (art. 22 de la Ley No. 831/2013), sin perjudicar o afectar derechos adquiridos por terceros en virtud de ésta (art. 24 de la Ley No. 831/2013).

III. EL JUEZ EN EL CASO CONCRETO O EL CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO

La inconstitucionalidad en los casos concretos se desarrolla cuando los Jueces en su función jurisdiccional pueden decretar la inaplicabilidad o no de la ley (o cualquier otra norma jurídica como el reglamento o un decreto) cuando ésta en el caso objeto de estudio contradiga la Constitución política (art. 190 numeral 3 Cn). La inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución puede ser de dos maneras: o se rechaza y archiva, y segundo, que una vez declarada, por el juez o autoridad, la inconstitucionalidad en el caso concreto⁶ necesita ratificarse por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, con efectos de cosa juzgada y de carácter *erga omnes*.

En estos casos, es la parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo la que está legitimada para alegar la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento que se le haya aplicado (art. 22 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Si resultare ser cierta la inconstitucionalidad alegada, la Corte Suprema de Justicia, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de la ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento aplicado (art. 22 párrafo segundo de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Cuando por sentencia firme hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto (ejecutivo en materia administrativa) o reglamento, el funcionario judicial o tribunal en su caso deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte ratifica la Inconstitucionalidad de la ley, decreto ejecutivo en materia administrativa o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad. En estos casos la declaración de inconstitucionalidad no podrá afectar o perjudicar derechos adquiridos por terceros en virtud de dichas leyes, decretos ejecutivos en materia administrativa o reglamentos (art. 23 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Los jueces, por mandato constitucional, tienen la obligación de velar por la supremacía constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales a través de la inconstitucionalidad de la norma en los casos concretos.

⁽⁶⁾ La declaratoria de inconstitucionalidad en los casos concretos de la norma contraria a la Constitución, puede ser parcial o total.

IV. EL RECURSO DE AMPARO

El Recurso de Amparo solo puede interponerse por toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada por toda disposición, acto o resolución, y en general, toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos, que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (arts. 188 Cn y 25 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

El recurso en mención, se interpone en contra del funcionario o autoridad que ordene el acto que se presume violatorio de la Constitución Política, contra el agente ejecutor o contra ambos (art. 26 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). El recurso en mención solo es admitido cuando se ha agotado la vía administrativa, es decir, haber hecho uso de los recursos administrativos de revisión y apelación⁷ (art. 29 inciso 6 de la Ley No. 49

⁽⁷⁾ Que si bien es cierto la Ley de Amparo establece como requisito para interponer un recurso de amparo el agotamiento de la vía administrativa, el Supremo Tribunal, a través de la Sala Constitucional, ha expresado en múltiples sentencias de que existe ininterrumpida jurisprudencia respecto a que dicho principio de Definitividad, no es absoluto, sino que tiene excepciones; tal es el caso de las situaciones de hecho; cuando la parte afectada no ha sido parte en el proceso administrativo; cuando existe una manifiesta violación de la Constitución o de la ley; cuando hay invasión de funciones; o cuando una persona ha sido expulsada del territorio (Ver 1982, Sentencia No. 152, Cons. I; 1989, Sent. 123, pág. 258; 1992, Sent. No. 171, de las nueve de la mañana, del 27 de noviembre; 1997, Sent. No. 6, de las doce y treinta minutos de la tarde, del veintidós de enero; 1999, Sentencia No. 168, de las ocho y treinta minutos de la mañana, del doce de agosto; Sentencia No. 13 del 2002). En consecuencia, para evitar mayores contratiempo y gastos pecuniarios innecesarios a las partes que recurren ante los Tribunales del país buscando el resguardo de sus garantías constitucionales, se previene tanto al Tribunal objeto del presente Recurso de Amparo por la Vía de Hecho, como a los demás Tribunales del País, ser más cuidadosos en la tramitación de los Recursos de Amparo rigiéndose únicamente con lo estipulado en la Ley de Amparo y en el Acta de las Mercedes. Por las razones expuesta habrá que declarar con lugar el presente Recurso de Amparo por la Vía de Hecho" (Sentencia No. 150, de las 10:45 a.m., del 13 de junio del 2003, Considerando II). De acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, no es requisito sine qua non el Agotamiento de la Vía Administrativa, toda vez que la autoridad administrativa obre fuera de su competencia, con total desprecio al Principio de Seguridad Jurídica (artículo 25 numeral 2 Cn), al Principio de Legalidad (artículo 32, 130, 160 y 183 Cn) y al Debido Proceso (artículo 34 Cn)... Debemos señalar, que en casos como el presente no hay vía administrativa que agotar, porque de lo contrario sería allanarse a una jurisdicción incompetente: "No es obligación agotar recursos ordinarios, cuando nos encontramos ante un problema de invasión de esfera, en estos casos no existe obligación de acudir ante las autoridades de la entidad invasora, interponiendo recursos ordinarios, con el propósito de que se modifique o revoque el acto que invade la esfera competencial de otra entidad, ya que se supone que la autoridad invasora viola disposiciones que rigen en una jurisdicción distinta a la que pertenece, y lesionan la esfera de aquella entidad, por lo que no existe razón para que en un conflicto de esa especie sea una autoridad superior de la invasora la que determine si se lesiona, o no las atribuciones de una entidad no sujeta a su jurisdicción" (Góngora, Pimentel. Genaro, "Introducción al Estudio del Juicio de Amparo" 6ª Ed. Porrúa, pág. 175. México 1997"). (Véase Sent. N° 28, de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, del 12 de junio de 1995)... de tal suerte que no es necesario agotar la vía administrativa cuando existe una manifiesta violación a la Constitución Política (Considerando III, Sentencia No 5, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del uno de febrero del dos mil cinco, a las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana; y Considerando II, Sentencia No. 220, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del treinta de Agosto del dos mil cinco, a las ocho y treinta minutos de la mañana). Estas excepciones al agotamiento de la vía administrativa se incorporan, como vemos,

vigente y sus reformas, y arts. 39 al 44 de la Ley No. 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo).

El Recurso de Amparo se interpondrá en 30 días hábiles (art. 28 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas) ante la Sala Civil de los Tribunales de Apelaciones de la Circunscripción respectiva, el que conocerá de las primeras actuaciones hasta la suspensión del acto inclusive, correspondiéndole a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento ulterior hasta la resolución definitiva. Si el Tribunal de Apelación se negare a tramitar el recurso, podrá el perjudicado recurrir de Amparo por la vía de hecho ante la Corte Suprema de Justicia (art. 27 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Según el art. 29 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas, el Recurso de Amparo se interpondrá por escrito en papel común con copias suficientes para las autoridades señaladas como responsables y para la Procuraduría General de Justicia. El escrito deberá contener: Nombres, apellidos y generales del agraviado y de la persona que lo promueva en su nombre; nombre, y apellidos y cargos de funcionarios, autoridades o agentes de los mismos contra quien se interpone el Recurso; la disposición, acto, resolución, acción u omisión contra los cuales se reclama, incluyendo si una norma, que a juicio del recurrente fuere inconstitucional; las disposiciones constitucionales que el reclamante estima violada; el Recurso podrá interponerse personalmente o por apoderado especialmente facultado para ello; el haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala; el señalamiento de casa conocida en la ciudad sede del Tribunal para subsiguientes notificaciones (art. 29 de la Ley No. 831/2013).

Aunque la ley es muy formal en la interposición de este recurso, el Tribunal de Apelaciones concederá al recurrente un plazo de cinco días para que llene las omisiones de forma que notare en el escrito de interposición del Recurso. Si el recurrente dejase pasar este plazo, el Recurso se tendrá por no interpuesto (art. 30 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

por la vía jurisprudencial sin definirse expresamente cada una de ellas. Haciendo un pequeño ejercicio académico, podríamos definir dichas excepciones de la siguiente manera: 1. *Situaciones de hecho*: Es cuando el acto administrativo o la actuación de la Administración se sustentan en una cobertura formal que no justifique la realización del mismo. 2. *Cuando la parte afectada no ha sido parte en el proceso administrativo*: La actuación de la administración se justifica en situaciones que lesionan el debido proceso administrativo y el principio de contradicción de las partes en el proceso contencioso administrativo. 3. *Cuando existe una manifiesta violación de la Constitución o de la ley*: La actuación y decisión de la Administración se fundamenta en una transgresión a los principios constitucionales y derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna. 4. *Cuando hay invasión de funciones*: Este presupuesto se presenta, cuando la Administración atribuyéndose funciones que no le corresponde, emite un acto administrativo que contrapone los derechos de los administrados. 5. *Cuando una persona ha sido expulsada del territorio*: Esta excepción se estableció para proteger la integridad territorial de aquellas personas que en estado precariedad física, necesitan permanecer en el país para mientras se deslucida su situación.

Interpuesto en forma el Recurso de Amparo ante el Tribunal, se pondrá en conocimiento de la Procuraduría General de Justicia acompañándole copia del Recurso (art. 33 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). El Tribunal dentro del término de tres días, de oficio o a solicitud de parte, deberá decretar la suspensión del acto contra el cual se reclama o denegarla en su caso (art. 33 de la Ley No. 831/2013).

Se Procederá la suspensión de oficio cuando se trate de algún acto que de llegar a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado, o cuando sea notoria la falta de jurisdicción o competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiere el Recurso, o cuando el acto sea de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente. La suspensión a que se refiere este artículo se decretará por el Tribunal, notificándolo sin tardanza por cualquier vía para su inmediato cumplimiento (art. 34 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Según el art. 35 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas, la suspensión a solicitud de parte, será atendida cuando concurren las siguientes circunstancias: Que la suspensión no cause perjuicio al interés general ni se contravengan disposiciones de orden público, que los daños y perjuicio que pudieren causarse al agraviado con su ejecución sean de difícil reparación a juicio del Tribunal o que el rectamente otorgare garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiere causal a terceros, si el amparo fuere declarado sin lugar.

Un vez que se ha decretado la suspensión, el Tribunal fijará la situación en que habrán de quedar las cosas y se tomará las medidas pertinentes para conservar la materia objeto del amparo, hasta la terminación del respectivo procedimiento (art. 36 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). La suspensión otorgada conforme al art. 33 y siguientes quedará sin efecto si un tercero interesado, da a su vez caución suficiente para restituir las cosas al estado que tenía antes del acto que motivó el amparo y de pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, en el caso de que se declare con lugar el amparo (art. 37 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). El Tribunal fijará el monto de la garantía y de la contragarantía a que se refieren los artículos anteriores (art. 38 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

El Tribunal respectivo pedirá a los señalados como responsables, envíen informe a la Corte Suprema de Justicia⁸ dirigiéndoles oficio por

⁽⁸⁾ Sobre la Falta del Informe la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias ha sido categórica en señalar: *“En principio tenemos a bien señalar que no basta con presentar un escrito diciendo que es un INFORME, sino exponer de manera clara, fundamentada y documentada su actuación tal y como se lo ordenó el Tribunal receptor al ordenar al funcionario remitir las diligencias que se hubieren creado, de tal forma que no le quede la menor duda a esta Sala de lo Constitucional, de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos; un escrito sin estas características no es un Informe, sino un simple escrito*

correo en pieza certificada, con aviso de recibo, o por cualquier otra vía que a juicio del Tribunal resulte más expedito. El informe deberá rendirse dentro del término de diez días, contados desde la fecha en que reciban el correspondiente oficio. Con él se remitirán en su caso, las diligencias de todo lo actuado (art. 39 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Una vez resuelta la suspensión del acto reclamado, se remitirán los autos en el término de tres días a la Corte Suprema de Justicia para la tramitación correspondiente previniéndoles a las partes que deberán

que debe agregarse a los antecedentes del expediente. Al respecto el Constitucionalista Ignacio Burgoa refiere: "... LA AUTORIDAD RESPONSABLE debe exponer en el informe las razones y fundamentos legales que estime pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado o la improcedencia del juicio y acompañarán (las autoridades responsables), en su caso copia certificada de las constancias que sean necesarias para apoyar dicho informe" (Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparos, Ed. Porrúa 1998, pág. 46). Por su parte Genaro Góngora Pimentel, en su obra Introducción al Estudio del Juicio de Amparo (Ed. Porrúa 1997, pág. 461) refiere que: "El Informe Justificado es el escrito en que la AUTORIDAD RESPONSABLE cumple con lo que se le solicita en el auto de admisión de la demanda, en que se llama a juicio y da respuesta a ésta. Al rendir el Informe con justificación, LA AUTORIDAD CONTESTA los argumentos del promovente del amparo, pidiendo al juzgador que declare la constitucionalidad de los actos reclamados, y como consecuencia, la negación del amparo solicitado. También acostumbra, si es procedente, y aún si no lo es, abogar por el sobreseimiento del juicio. LA AUTORIDAD DEBE JUSTIFICAR CON PRUEBA LO QUE DICE EN EL INFORME". De conformidad con las disposiciones citadas, los artículos 37, 39 y 78 de la Ley de Amparo vigente que dice: "Los términos que establece esta Ley son improrrogables" y los artículos 7 Pr., 12 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (los procedimientos no están al arbitrio de las partes; las resoluciones son de ineludible cumplimiento bajo las responsabilidades que determine la ley; y el respeto a la buena fe, lealtad, probidad y veracidad); y de acuerdo a reiterada y reciente jurisprudencia, esta Sala de lo Constitucional, debe tener como cierto el acto reclamado y dar lugar al presente Recurso de Amparo. (Termina Cita: Ver Sentencia N° 154 de las diez de la mañana, del cinco de septiembre del dos mil uno; Sentencia N° 176 de la una de la tarde del dieciocho de octubre del año dos mil uno; Sentencia N° 17, del 6 de febrero del dos mil tres, Cons. II; Sentencia N° 30, del 24 de febrero del dos mil tres, Cons. II y Sentencia N° 146 de las diez y cuarenta y siete minutos de la mañana del veinticinco de septiembre del dos mil seis). Ser cierto el acto reclamado, no debe entenderse en el sentido automatístico, esto es de que efectivamente se ha violado la Constitución Política, pues ello sólo se concluye después de un estudio de fondo por la Sala, y no de manera a priori; al respecto esta Sala ha sostenido: "La frase "ser cierto el acto reclamado" debe rectamente interpretarse como "ser ciertos los hechos aducidos por el recurrente"; sin embargo, una cosa es dar por probado que se realizaron determinados actos, y otra muy distinta dar por probado que esos actos constituyen una violación a derechos y garantías constitucionales y que hayan causado agravios al recurrente, pues ello lo debe deducir la Sala del contenido de los autos (del escrito de interposición del recurso, y de las probanzas aportadas por el recurrente). Si se amparara instantáneamente al recurrente simplemente ante la falta de informe del funcionario recurrido, dándole un efecto automatístico, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la Sala correría el riesgo de conceder un absurdo (por ejemplo, admitir que al recurrente se le conceda Cédula de Identidad como miembro de otro sexo), o de emitir un fallo violatorio de la legalidad (como en el caso de autos, admitir que se le conceda al recurrente una exención de pago a la que no tiene derecho). Desde el punto de vista político (estatal), podría perjudicarse gravemente al Estado y al interés general simplemente por la negligencia, omisión, incapacidad, pereza o mala fe del funcionario recurrido (quien podría incluso estar coludido con el recurrente, haciendo fraude procesal en perjuicio del Estado). (Sentencia N° 154 de las diez de la mañana, del cinco de septiembre del dos mil uno; Sentencia N° 176 de la una de la tarde del dieciocho de octubre del año dos mil uno; Sentencia N° 167, de las 10:45 a.m., del 27 de junio del 2003, Cons. I; Sentencia N° 226 de las 10:47 am del cinco de diciembre del 2006), por lo que es menester contrastar la presunción de esos hecho con la Constitución Política.-(Considerando II, Sentencia No. 2, Sala Constitucional, del nueve de enero del año dos mil nueve, a las 10: 47 am).

personarse dentro del término de tres días hábiles, más el de la distancia, para hacer uso de sus derechos. Si el recurrente no se persona dentro del término señalado anteriormente, se declarará desierto el Recurso (art. 40 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Recibidos los autos por la Corte Suprema de Justicia, con o sin el informe, dará al Amparo el curso que corresponda. La falta de informe establece la presunción de ser cierto el acto reclamado (art. 41 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). Además, la Corte Suprema de Justicia podrá pedir al recurrente ampliación sobre los hechos reclamados y resolver sobre todo lo relativo a la suspensión del acto (art. 42 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). Si el Tribunal Supremo no encontrare datos suficientes para resolver el Amparo lo abrirá a pruebas por el término de diez días, siendo admisible toda clase de pruebas y podrá recabar de oficio otras que considere convenientes (art. 45 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

La Corte Suprema de Justicia dictará una sentencia en 45 días posteriores a la a recepción de las diligencias (art. 49 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas), estableciendo el cauce de cómo han de quedar las cosas. La sentencia solo tendrá efectos entre las partes (*inter partes*) (art. 46 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas), restituyéndose al agraviado en el pleno goce de sus derechos transgredidos, restableciéndose las cosas al estado que tenían antes de la transgresión (art. 48 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas). La sentencia deberá de cumplirse o hacerse cumplir en 3 días hábiles posteriores a la emisión de la misma (arts. 50 de la Ley No 49 vigente y sus reformas) y ante los superiores jerárquicos respectivos. En esta línea de pensamiento, se consagra que si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación las autoridades o funcionarios responsables no dieren cumplimiento a la sentencia en el caso de que la naturaleza del acto lo permita, la Corte Suprema de Justicia requerirá al superior inmediato de la autoridad o funcionario responsable, para que obligue a éstos a cumplir sin demora la sentencia, si dicha autoridad o funcionario no tuviere superior jerárquico, el requerimiento se hará directamente a ellos (art. 51 de la Ley No. 49 vigente y sus reformas).

Según el art. 53 de la Ley No. 831/2013, el Recurso de Amparo no procede contra las resoluciones de las autoridades judiciales en asuntos de su competencia,⁹ cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o este se

⁹ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha manifestado en innumerables sentencias que considera necesario dejar sentado lo establecido en la Constitución Política, la Ley de Amparo, la Jurisprudencia y Doctrina asumida por esta Sala. La Constitución Política de la República, en sus artículos 45, 188 y 190 contienen el Recurso de Amparo como instrumento de Control Constitucional, para la salvaguarda de las garantías constitucionales. La Ley N° 49, Ley de Amparo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, N° 241, del 20 de diciembre de 1988, en sus artículos 3, 23 y 24 retomando lo establecido en la Constitución Política, refiere que se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general,

haya consumado de modo irreparable, contra los actos que hubieren sido consentidos por el agraviado de modo expreso o tácito (Se presumen consentidos aquellos actos por los cuales no se hubiere recurrido de amparo dentro del término legal, sin perjuicio de la suspensión del término de conformidad al derecho común), contra las resoluciones dictadas en materia electoral, contra los actos relativos a la organización de los Poderes del Estado y el nombramiento y destitución de los funcionarios que gozan de inmunidad; y de conformidad con los artículos 129, 141, 142 y 188 de la Constitución Política, no puede promoverse, admitirse, ni resolverse Recurso de Ampa-

contra toda acción, u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agentes de los mismos que viole, o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. Como se puede observar en ningún momento la Constitución Política o la Ley de Amparo establecen esfera alguna para que ciertos funcionarios públicos, como son los judiciales, estén exentos del Recurso de Amparo; es decir, funcionarios con Inmunidad de Poder. Por el contrario la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente en el Art. 161 hace una definición de funcionarios el cual literalmente se lee: "En esta ley se denominan Servidores, en general, las personas que prestan sus servicios en el Poder Judicial. Por Funcionarios Judiciales se entenderá específicamente a quienes administran justicia: los Magistrados, Jueces de Distrito y Jueces Locales. Se entenderá por funcionarios, en general, a los que tengan atribuciones y responsabilidades propias determinadas en la presente Ley". No obstante la Ley de Amparo, a fin de garantizar elementales principios constitucionales, como son los de seguridad jurídica (Art. 25 N° 2 Cn), y la cosa juzgada (Art. 34 N° 10 Cn.), coherente con ellos, en su Arto. 51 numeral 1) estable que "No procede el Recurso de Amparo, N° 1) Contra las resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia". Lo cual no implica que no puedan ser recurrible por la vía del Recurso de Amparo aquellas resoluciones judiciales que están fuera de la competencia del Judicial. Al respecto, hay variadas sentencias donde esta Sala ha admitido y tramitado Recursos de Amparo en contra de Resoluciones Judiciales, siendo categórica en señalar que: "El Art. 51 inciso 1 de la Ley de Amparo establece que: No procede el Recurso de Amparo contra resoluciones de los funcionarios judiciales en asuntos de su competencia, lo que a contrario sensu podría interpretarse que sí podría haber en aquellos casos en que las resoluciones judiciales se han dictado sin tener competencia dichos funcionarios... La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de las disposiciones citadas estima que podría haber un Recurso de Amparo por falta de competencia del judicial al dictar su resolución si esta fuese alegada en las instancias correspondientes..." (Ver B.J., 1996, Sent. N° 42, de las diez y treinta minutos de la mañana, del 27 de marzo, pág. 91; así como Sent. N° 158, de las nueve de la mañana, del quince de noviembre B.J., 1998, Sentencia N° 193, de las nueve de la mañana, del doce de noviembre; y Sentencia No. 81 de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, del 5 de mayo del dos mil tres, Cons. II). En consecuencia, cuando se recurre de amparo de resolución o sentencia, alegando incompetencia del judicial que la dictó, el Tribunal Receptor se limitará a llenar las omisiones de forma, al tenor de lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley de Amparo, siendo a esta Sala de lo Constitucional a la que le corresponde examinar si dicha resolución ha sido dictada dentro de su competencia, o no. Al respecto esta Sala ha dicho: "... por otra parte en lo que esta Sala interesa incurrió en un error evidente al declarar la improcedencia del Recurso de Amparo, facultad y competencia privativa de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que es la que se debe pronunciar si la relación entre los abogados demandantes y el IDR es del orden civil o laboral, pues eso es lo que determina si el Recurso de Amparo procede o no en contra de resoluciones de funcionarios judiciales <en asuntos de su competencia>... por lo que si el recurrente señala que no tenían competencia los Magistrados recurridos, el amparo debió ser admitido y es a esta Sala Constitucional a la que corresponde pronunciarse sobre el fondo" (Ver Sentencia No. 17, de las once de la mañana, del cinco de febrero del año dos mil dos; Sentencia No. 81 de las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, del 5 de mayo del dos mil tres, Cons. II; Sentencia No. 12, del treinta y uno de enero del dos mil seis, a las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, Cons. IV; Sentencia No. 81, del cinco de mayo del año dos mil tres, a las diez y cuarenta y cinco minutos de la mañana, Cons. II; Sentencia No. 253 del veinte de agosto del dos mil ocho, a las diez y cuarenta y seis minutos de la mañana, Cons. III; y Sentencia No. 132 del uno de noviembre del dos mil cuatro, a las doce y treinta minutos de la tarde, Cons. III).

ro en contra del proceso de formación de Ley, desde la introducción de la correspondiente iniciativa hasta la publicación del texto definitivo.

V. EL RECURSO DE HABEAS DATA

La Acción de Habeas Data nace con el desarrollo tecnológico del mundo actual, ya que hoy nuestra vida está registrada en instituciones públicas y privadas, y en la mayoría de los casos, no se conoce exactamente el contenido de esa información sobre nosotros mismos o sobre nuestros bienes, las que muchas veces es incorrecta por la falta de actualización de tales registros o bancos de datos, y luego, a lo circular tal información incorrecta, perjudica la honra y buena reputación de la persona. Ahora bien, si esa información fuese correcta, está relacionada con hechos privados e íntimos, los cuales al divulgarse, vulneran el ámbito de la privacidad, precisamente, por el carácter confidencial de tal información.¹⁰

En ese sentido, siguiendo al profesor argentino Enrique Falcón, citado por el también profesor Rigoberto González Montenegro,¹¹ el Habeas Data viene a ser un remedio urgente para que las personas puedan obtener:

- a) El conocimiento de los datos a ellos referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados,
- b) Y en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos”.

Nuestra Carta Magna en el art. 26 establece la figura de la acción de Habeas Data con la finalidad de proteger los datos privados de las personas. Según el ya mencionado profesor Rigoberto González Montenegro,¹² *las garantías son aspectos esenciales de aquellos derechos que siendo fundamentales, requieren de una protección sin dilación, in extremis expedita. Esto se muestra diáfananamente en la institución del Habeas Corpus, es decir, no puede haber libertad sin dignidad humana. En este contexto de mutatis mutandi, es aplicable la institución del el Habeas Data, ya que para acceder a la intimidad de las personas de manera abusiva, se está en capacidad de lesionar su dignidad.*

Volviendo al mandato constitucional nicaragüense, se reconoce en este el derecho a la privacidad o intimidad de las personas, y así el art. 26, expresa:

⁽¹⁰⁾ Espinoza Mondragón Braulio. *El Habeas Data y la Autodeterminación Informativa*, Cuadernos Universitarios “Segunda Generación”, No 1, Noviembre de 2006, página 59.

⁽¹¹⁾ *El Habeas Data*, segunda edición revisada y actualizada, Litho Editorial Chen, Ciudad de Panamá, Panamá, 2002, página 45.

⁽¹²⁾ *El Habeas Data*, segunda edición revisada y actualizada, Litho Editorial Chen, Ciudad de Panamá, Panamá, 2002, páginas 20 y siguientes.

“Toda persona tiene derecho:

1. A su vida privada y a la de su familia.
2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
3. Al respeto de su honra y reputación.
4. A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información...”

Del análisis de este precepto constitucional se pueden analizar tres aristas. La primera, consagra la igualdad en y ante la ley de todas las personas. Segundo. Protege la intimidad colectiva e individual de los ciudadanos. Y tercero, “la inviolabilidad domiciliar y de las telecomunicaciones o de información”. Este apartado constitucional, le otorga primacía (jurídica e interpretativa) a estos derechos frente al resto de postulados constitucionales debido a que se trata de proteger la intimidad y privacidad de las personas, para un “mejor control de las informaciones y datos personales” existentes. La privacidad se presenta como un principio de autodeterminación informativa de tutelar el entorno de su vida y de los medios informativos de respetarla. Se tutela a la persona, al ser humano. Es un derecho irrenunciable e imprescriptible.¹³

La privacidad de las personas no solo debe ser entendida en un respeto y manejo adecuado de la información pública contenida en instituciones del Estado (Consejo Supremo Electoral, Corte Suprema de Justicia, Ministerios de Estado) sino también a la contenida por entidades privadas, como los bancos, las agencias de seguridad, etcétera. En ambas situaciones, la Ley regula la acción de habeas data para proteger los datos privados y la intimidad de todas las personas, no obstante, no existe (procedimentalmente) en la Ley de Amparo mecanismos que regulen esta acción, por lo que el ciudadano tiene que acudir a la justicia constitucional y ordinaria para hacer valer sus derechos. Tal vez lo más indicado sería, para no vulnerar los derechos fundamentales, aplicar esta figura jurídica siguiendo los parámetros del habeas corpus o el propio recurso de amparo administrativo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país expresa que el procedimiento, en su momento, a aplicarse es el establecido en el recurso de amparo.¹⁴ Como nos ilustra el Profesor Iván Escobar

⁽¹³⁾ Enríquez Cabistán Francisco. *La Libertad de Expresión y el Derecho a Informar en la Constitución política nicaragüense*, material de la conferencia sobre: *Entendiendo el marco legal de la libertad de expresión y acceso a la información*, impartida en el Programa del seminario: “Investigación Periodística: Nuevas Tendencias”, Universidad Centroamericana (UCA), Managua, 2008, página 33.

⁽¹⁴⁾ Ver: Sentencia No. 60, del 18 de Enero de 2007, a las 10: 40 am; Sentencia No. 29, del 13 de Agosto de 2007 de Corte Plena, de las 4: 50 pm.

Fornos¹⁵, *la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su resolución definitiva podrá disponer la supresión del dato registrado, su rectificación, su confidencialización o su actualización.*

La Ley No. 831/2013, Ley de Reformas y adiciones a la Ley No. 49, Ley de Amparo, manifiesta “que el Recurso de Habeas Data se crea como garantía de tutela de datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, de naturaleza pública o privada, cuya publicidad constituya una invasión a la privacidad personal y tenga relevancia con el tratamiento de datos sensibles de las personas en su ámbito íntimo y familiar. El Recurso de Habeas Data procede a favor de toda persona para saber quién, cuándo, con qué fines y en qué circunstancias toma contacto con sus datos personales y su publicidad indebida” (art. 5 Bis).

El mismo texto legal concreta “que el Recurso de Habeas Data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 26 numerales 1, 3 y 4 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, en consecuencia toda persona puede utilizar dicho recurso para:

1. Acceder a información personal que se encuentra en poder de cualquier entidad pública y privada de la que generen, produzcan, procesen o posean información personal, en expedientes, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier documento que tenga en su poder.
2. Exigir la oposición, modificación, supresión, bloqueo, inclusión, complementación, rectificación o cancelación y actualización, de datos personales sensibles independientemente que sean físicos o electrónicos almacenados en ficheros de datos, o registros de entidades públicas o instituciones privadas que brinden servicios o acceso a terceros, cuando se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización, omisión total o parcial o la ilicitud de la información de que se trate.
3. Exigir la oposición, modificación, supresión, bloqueo, inclusión, complementación, rectificación o cancelación y actualización de cualquier publicidad de datos personales sensibles que lesionen los derechos constitucionales”. (art.84 bis Ley 831/2013)

El Recurso de Habeas Data podrá ser interpuesto por la persona natural afectada, por tutores y sucesores o apoderados de las personas naturales afectadas, o personas jurídicas afectadas por medios de representantes legales o apoderados designados para tales efectos. Para interponer el Recurso de Habeas Data se requiere que la persona legitimada procesalmente para ello, previamente haya agotado la vía administrativa contemplada

⁽¹⁵⁾ *Estudios Jurídicos, Tomo II*, Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 2010, páginas 276 y 277.

en la Ley No. 787/2012, ley de Protección de Datos Personales... El recurso se interpondrá dentro de los treinta (30) días posteriores a la notificación de la autoridad administrativa competente en materia de protección de datos personales; se considera agotada también la vía administrativa si dentro del plazo de los treinta días la autoridad administrativa no emite su resolución correspondiente (art. 84 ter. Ley 831/2013).

El Recurso de Habeas Data se dirige contra los responsables y cualquier otra persona que hubiere hecho uso indebido de ficheros de datos públicos o privados, o ambo (art. 84 quater Ley 831/2013), siendo el órgano competente para conocer y resolver de dicho recurso, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (art. 84 quinquies Ley 831/2013).

El escrito del Recurso de Habeas Data contendrá los siguientes requisitos: Se presentará escrito en papel común indicando contra quien va dirigida o presuntamente dirigido el recurso, domicilio, calidades y demás elementos indispensables para garantizar la identificación de las partes; indicando en qué consiste la vulneración de derechos según las circunstancias, las pruebas y elementos que disponga el afectado acerca de la lesión sufrida; por lo que deberán presentarse también copia de la resolución administrativa del órgano competente en materia de protección de datos personales; y solicitud de suspensión de los actos¹⁶ que están produciendo la vulneración de derechos (la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia debe pronunciarse de inmediato sobre la suspensión, la cual procede de oficio o a solicitud de parte). De faltar algunos de los requisitos señalados, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se lo hará saber al recurrente y le concederá un plazo máximo de tres días para que subsane la omisión. Si dentro del plazo no se corrigen dichas omisiones, el Recurso se tendrá por no interpuesto (art. 84 septies Ley 831/2013).

⁽¹⁶⁾ Según el art. 84 undecies Ley 831/2013, “la suspensión de los actos que están produciendo vulneración de derechos procede siempre en carácter precautorio en los siguientes casos:

a. Cuando el dato se esté transmitiendo y se impugne su confidencialidad, se debe suspender la tramitación o revelación del contenido.

b. Cuando se trate de la inclusión de datos personales sensibles que revelen, entre otros, la ideología, la religión, las creencias, la filiación política, el origen racial, la salud o la orientación sexual de las personas, información crediticia y financiera, antecedentes penales o faltas administrativas, económicos financieros, se debe suspender la inclusión de los datos, hasta tanto no se determine que existió consentimiento válido del afectado en dicho tratamiento.

c. Cuando la información se impugne por inexacta, falsa o desactualizada.

d. Cuando transmitir la información o almacenarla pueda causar en el futuro, daños irreparables o los cause legítimamente.

Según la urgencia del asunto y para evitar daños futuros o inmediatos, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al recibir el escrito de interposición, dictará la suspensión del acto o de la transmisión de los datos concernientes con el recurso interpuesto. Esta disposición también surtirá efectos sobre los riesgos conexos donde pueda aparecer el dato impugnado”.

Si el Recurso de Habeas Data cumple los requisitos señalados anteriormente, se notificará al responsable del fichero, a quien se le concederá un plazo de tres días para que se pronuncie con respecto a la causa. En dicho escrito de contestación, el recurrido podrá ofrecer las pruebas que estime convenientes. En caso de no contestar el recurso, se tendrá por ciertos los hechos expresados por el recurrente (art. 84 octies Ley 831/2013).

Si la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, determina que se produjo lesión a los derechos del titular de los datos, dictará las medidas que estime pertinentes para el cumplimiento del fallo, velando para que no se divulgue información cuyo titular pueda resultar afectado por el conocimiento que terceros puedan tener de ella, e incluso podrá imponer al recurrente el deber de guardar secreto en relación con lo que conozca en razón de que el recurso interpuesto fue declarado con lugar (art. 84 nonies Ley 831/2013).

Por tanto, una vez que es admitido el Recurso de Habeas Data, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ordenará al recurrido aportar la información objeto del recurso. Una vez contestado el recurso por parte del recurrido, éste deberá exhibir lo solicitado por el recurrente. Cuando se trate de datos confidenciales, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tendrá acceso a dicha información, pero deberá tomar las medidas cautelares pertinentes a fin de que el contenido no trascienda de las partes. Asimismo, determinará a cuales datos tendrá acceso el recurrente (art. 84 decies Ley 831/2013).

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictará sentencia dentro de los treinta días siguientes de admitido el recurso. La sentencia que declare con lugar el Recurso de Habeas Data ordenará restituir al recurrente en el pleno goce del derecho constitucional vulnerado¹⁷, correspondiendo a dicha

⁽¹⁷⁾ Según este mismo art. 84 duodecies Ley 831/2013, manifiesta que con la sentencia se “producirá la eliminación o supresión inmediata de la información o el dato impugnado, en los siguientes casos:

a. Cuando exista tratamiento de información confidencial con fines de publicación o transmisión a terceros no legitimados para conocerla.

b. Cuando haya tratamiento de datos evidentemente sensibles como los aludidos en el inciso b del artículo anterior, y no exista consentimiento expreso del interesado ni un fin legítimo para realizar sobre ellos un tratamiento ni estén dentro de los límites de la Ley.

c. Cuando la permanencia de los datos en su fichero haya perdido la razón de ser, porque transcurrió el plazo de prescripción previsto en la Ley para cada caso o cuando se haya alcanzado el fin para el cual fueron tratados.

d. Cuando figure información obtenida mediante la comisión de un delito, desviación de poder, falta o negligencia del informante o el solicitante de la información, violación de las reglas o los principios del proceso debido o cuando, por conexión debe eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.

e. Cuando la información resulte innecesaria para los fines del registro, el archivo, la base de datos o el listado legítimo.

En el caso del inciso d anterior, cuando el dato impugnado figure como elemento probatorio en

instancia judicial por tal motivo, el de ordenar al recurrido efectuar las correcciones, alteraciones o supresiones correspondientes y le concederá un plazo máximo de tres días después de notificada la sentencia, vencido ese período y deberá verificar el cumplimiento de ésta. Asimismo, otorgará al recurrente el derecho de demandar el pago de daños y perjuicios ocasionados, los cuales se liquidaran mediante un proceso de ejecución de sentencia. La Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no impide la utilización de la jurisdicción ordinaria civil y penal para ejercer los derechos a través de las acciones correspondientes (art. 84 duodecies Ley 831/2013).

VI. OTROS MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Según el Profesor Néstor Pedro Sagüés,¹⁸ la Inconstitucionalidad por Omisión se produce cuando un Órgano del Estado no ejecuta un deber Constitucional. Ese “encargo constitucional puede ser expreso o tácito”.

El mismo Profesor Sagüés,¹⁹ nos manifiesta que existen dos tipos de Inconstitucionalidad por Omisión:

1. *Inconstitucionalidad por Mora*, que a su vez puede resultar tanto de la inercia en adoptar una decisión concreta, o de la tardanza en la producción de normas generales. El caso más frecuente de esta última es el ocio Legislativo en sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución, o de “desarrollo” constitucional, en cuanto a la organización de los Poderes Públicos, o para ejecutar las cláusulas “programáticas” de la Constitución, que a menudo requiere de normas regulatorias o instrumentadoras para tornarse efectivas.²⁰
2. *Inconstitucionalidad por Mora en ejecución*, en donde hay una decisión tomada pero no se cumple. Sería el caso de una jubilación o retiro ya otorgado, pero no se paga.²¹

un proceso judicial incoado contra el afectado, podrá solicitarse que ese dato no sea utilizado como prueba en su contra por haberse lesionado los derechos que dan sentido al Recurso de Habeas data.

⁽¹⁸⁾ *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 605.

⁽¹⁹⁾ *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 606.

⁽²⁰⁾ Sagüés Néstor Pedro. *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 606.

⁽²¹⁾ Sagüés Néstor Pedro. *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII*

3. *Inconstitucionalidad por Negación o Relativa*, ocurre si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la Ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la Constitución otorga. Tal sería la norma, que confiriese el derecho de circular libremente en el territorio nacional a los habitantes (pero no incluyendo a todos ellos), o que negase arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país, cuando por el principio de libertad de confesión tal derecho corresponde ser reconocidos a todos. En estos supuestos se está “omitiendo a alguien un derecho que le pertenece”.²²

Esta situación es un problema para la vigencia de los derechos fundamentales. Como nos afirma el profesor Néstor Pedro SAGUES,²³ *tradicionalmente el asunto fue tratado en cuanto a la inconstitucionalidad por mora en la ejecución o la negación, dando lugar a diversos tipos de amparo y mandatos de ejecución, o la declaración de inconstitucionalidad de la norma discriminatoria en el reconocimiento de un derecho, o avara en su otorgamiento pleno. En cambio, la inconstitucionalidad por mora en la producción de normas generales fue un tópico poco desenvuelto, una suerte de “asignatura pendiente” para el derecho constitucional.*

Nuestra legislación procesal constitucional no abarca, de manera precisa y expresa, ningún mecanismo o remedio jurisdiccional en la cual se podría recurrir por una Inconstitucionalidad por Omisión de parte de los Poderes Públicos e Institucionales, como los mencionados anteriormente. No obstante, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de manera acertada y tuitiva, mediante Sentencia No. 90, del 22 de Abril de 1999, a las 10: 30 am, estableció la utilización de estos temas (en el caso concreto, la Omisión de la Asamblea Nacional de no aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República de 1999, el cual fue presentado a la Asamblea Nacional por el Poder Ejecutivo en Octubre de 1998, y que debido a los desastres ocasionados por el Huracán Mitch, se modificó mediante reforma presentada en Febrero de 1999, aplicándose provisionalmente dicho Proyecto en el primer trimestre de 1999) a través del procedimiento del Recurso de Amparo.

Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 606.

⁽²²⁾ Sagues Néstor Pedro. *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 606.

⁽²³⁾ *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión, en la Obra Colectiva: Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002, página 609.

Frente a posibles vacíos jurídicos en legislaciones sobre el tema antes descrito, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, desarrolla, a través de sus mecanismos, que *es deber de los Estados el adoptar Disposiciones de Derecho Interno, si el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter. Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades* (art. 2).

Bibliografía

ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel. *Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad: características diferenciables*, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, No. 6, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BALAGUER CALLEJÓN María Luisa. *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2001.

BLUME FORTINI Ernesto. *El Tribunal Constitucional como supremo interprete de la Constitución*, Derecho PUCP, núm. 50, diciembre de 1996.

BURGOA Ignacio. *El juicio de amparo*, 41ª edición, editorial Porrúa, México, 2005.

CAPPELLETTI Mauro. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, UNAM de México, 1966.

CAPPELLETTI Mauro. *Judicial Review in the Contemporary World (The BobbsMerrill Company, Inc. 1971)*.

DANÓS ORDOÑEZ Jorge y SOUZA CALLE Martha. "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en EGUIGUREN PRAELI, Francisco, Director, *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Editorial Cuzco, Lima, 1987.

ENRÍQUEZ CABISTÁN Francisco. *Justicia Constitucional en Nicaragua*, editorial SENICSA, 1ra edición, Managua, 2012.

ENRÍQUEZ CABISTÁN Francisco. *Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Nicaragua*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica, 2009.

ENRÍQUEZ CABISTÁN Francisco. *Estructura Normativa de la Constitución política de Nicaragua*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2009.

ESCOBAR FORNOS Iván. *Derecho Procesal Constitucional, La Constitución y su defensa*, editorial Hispamer, Managua, 1999.

ESCOBAR FORNOS Iván. *Estudios Jurídicos, Tomo II*, Centro de Documentación e Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 2010.

ESPINOZA MONDRAGÓN Braulio. *El Habeas Data y la Autodeterminación Informativa*, Cuadernos Universitarios "Segunda Generación", No 1, Noviembre de 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José Julio. *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, editorial TECNOS, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco. *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Editorial Ingranusi, Montevideo 2000.

GARCÍA BELAUNDE Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO Francisco (Coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, editorial DYKINSON, Madrid, 1997.

GARCÍA BELAUNDE Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO Francisco y HERNÁNDEZ VALLE Rubén (Coord.). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, editorial DYKINSON, Madrid, 1992.

GARCÍA BELAUNDE Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*, editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 2001.

GARCÍA PALACIOS Omar A. *El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua*, en la Obra Colectiva: *Homenaje al Profesor Héctor Fix Zamudio*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, 2010.

GÓNZALEZ MONTENEGRO Rigoberto. *El Habeas Data*, segunda edición revisada y actualizada, Litho Editorial Chen, Ciudad de Panamá, Panamá, 2002.

LÓPEZ GUERRA Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

MASAPANTA GALLEGOS Christian. *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios al Inaplicar preceptos Contrarios a la Constitución Política del Ecuador*, Tesis de Maestría presentada en el Programa de Maestría Internacional en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2008.

PINTO ACEVEDO, Mynor, *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1995.

SAGUES Néstor Pedro. *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión*, en la Obra Colectiva: *Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2002.

SAGUES Néstor Pedro. *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina*, publicado en la Obra Colectiva: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, López Guerra Luis (Coord.), Corporación editora Nacional, Quito, Ecuador, 2002.

SÁNCHEZ GIL Rubén. *El Control Difuso de la Constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, 2004.

VILA Cynthia. *El Control Difuso y el Control Concentrado en el Sistema Peruano de Justicia Constitucional: Eficacia de la Judicial Review a dos Siglos de su creación*, en CARBONELL Miguel, *Obra Colectiva: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM de México, 2004.

WEBER, Albrecht. *La jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: una comparación*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no 17, mayo-agosto, 1986.

ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Ductil*, editorial Trotta S.A., 2da edición, Madrid, 1997.

ZAGREBELSKY Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Tomo I, UTET, Torino, 1998.

ZAPATA LARRAÍN Patricio. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General*, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002.

NOTAS

ESTADO TOTALITARIO Y NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO *

Allan R. Brewer- Carias

SUMARIO: I. El derecho administrativo entre el deber ser y la realidad que resulta de la práctica política. II. El derecho administrativo y el paradigma democrático en las formulaciones constitucionales. III. El derecho administrativo y los autoritarismos. IV. El derecho administrativo y el desequilibrio entre poderes estatales y derechos ciudadanos. V. El estado totalitario y la desconstitucionalización del estado constitucional

Hablar sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo, como se nos ha pedido en este importante *Congreso Internacional Conmemorativo del Acto legislativo del 10 de septiembre de 1914 por el cual se restableció el Consejo de Estado*, que trata sobre el tema general de *¿Para dónde va el Derecho Público?* o de las *Tendencias actuales del derecho público*, exige, ante todo, una precisión de perspectiva a los efectos de tratar de establecer qué es realmente lo que se quiere saber con dicha pregunta.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ENTRE EL DEBER SER Y LA REALIDAD QUE RESULTA DE LA PRÁCTICA POLÍTICA

Una primera interpretación de la misma sería que nos dediquemos a determinar *hacia dónde nosotros pensamos que debería ir el derecho público* como derecho del Estado, en cuyo caso, la respuesta nos llevaría a esbozar, desde una perspectiva principista y optimista, lo que también pensamos

(*) Texto elaborado para la conferencia programada en el *Congreso Internacional Conmemorativo del Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914 por el cual se restableció el Consejo de Estado*, Universidad del Rosario, Consejo de Estado, Bogotá, 9 de septiembre de 2014.

que deberían ser las nuevas tendencias del derecho administrativo hacia el futuro, en el marco de ese derecho público y del Estado que quisiéramos, conforme a todo lo que hemos estudiado y enseñado durante tantos años.

Pero una segunda interpretación de la pregunta sería la que nos impone buscar o determinar *hacia dónde es que efectivamente se está dirigiendo el derecho público y el Estado en la actualidad*, lo que implicaría entonces esbozar, partiendo de la realidad contemporánea, las nuevas tendencias que ese derecho público y el propio Estado le están imponiendo al derecho administrativo, que como bien sabemos, siempre está condicionado por el entorno político.

La primera aproximación, nos llevaría sólo a expresar buenos deseos, o buenas intenciones, argumentando sobre lo que quisiéramos que fuera el derecho administrativo y sus nuevas tendencias en una sociedad democrática, como por ejemplo sería el aseguramiento del sometimiento efectivo de la Administración al derecho, y el necesario reforzamiento y perfeccionamiento del control contencioso administrativo sobre la actividad de la Administración; el control ciudadano sobre el funcionamiento de la Administración mediante mecanismos efectivos de participación; la garantía de que la Administración realmente funcione basada en los principios de seguridad jurídica, transparencia e igualdad; el aseguramiento de que los recursos públicos sean inviertan conforme a los principios de buena administración, con la erradicación o persecución de la corrupción administrativa; el desarrollo efectivo de la meritocracia en la Administración Pública de manera que haya un servicio civil que esté al servicio exclusivo del Estado y no de una determinada parcialidad política; en fin, el que se materialicen todos los principios del derecho administrativo que tanto hemos analizado.

Esta aproximación, sin duda, es la que todos hemos seguido en la enseñanza cotidiana de nuestra disciplina, la que todos hemos oído, sobre la cual todos hemos escrito, muchas veces aislándonos de la realidad. A esa no es precisamente a la cual quiero referirme hoy en este evento.

Me preocupa ahora la otra perspectiva, la de tratar de entender hacia dónde va realmente el derecho público en algunos de nuestros países, y cuales son las nuevas perspectivas que el derecho administrativo está experimentando en ellos, y me refiero a aquellos países de nuestra América Latina que han venido siendo sometidos durante los últimos lustros a gobiernos totalitarios y populistas, con todas las consecuencias desastrosas que ello ha tenido para nuestra disciplina, construida con tanto esfuerzo con arreglo en otros paradigmas estatales. Y lo cierto es que muchas veces, en general, tendemos a obviar estas realidades en nuestros estudios de derecho, considerándolos como anomalías que no requieren de nuestra atención. Sin embargo, allí están, y no muy lejos, incluso en muchos casos del otro lado de las fronteras.

La semana pasada me correspondió exponer en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado en la Universidad Externado de Colom-

bia sobre el tema del “Modelo político y derecho administrativo,” explicando que nuestra disciplina, como parte del derecho público, es ante todo, un derecho del Estado; y que como tal, gústenos o no nos guste, está ineludible y necesariamente vinculado al modelo político en el cual el mismo opera, conforme a la práctica política del gobierno actuante, siendo los condicionamientos políticos uno de los más importantes elementos que moldean a nuestra disciplina.¹

En los últimos 100 años, precisamente los que han transcurrido desde que se restableció el Consejo de Estado en Colombia, el modelo político que se ha venido consolidando en el mundo contemporáneo ha sido el del Estado de derecho, que debe funcionar en el marco de un régimen político de democracia representativa, basado en el principio del sometimiento del Estado al derecho y a la justicia, y en la primacía de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, originando un derecho administrativo montado sobre el necesario equilibrio entre uno y otro aspecto extremo, es decir, entre prerrogativas estatales y derechos ciudadanos, que ha sido el que ha conformado la columna vertebral de nuestra disciplina.² En dicho marco, la acción de Estado y de la propia Administración comenzó a encontrar límites formales, los cuales también comenzaron a ser recogidos en normas constitucionales, produciéndose así una progresiva constitucionalización del propio derecho administrativo.³

Ello ha implicado incluso, que en la actualidad, la Constitución sea la fuente jurídica primaria y más importante en nuestra disciplina, regulando directamente aspectos de la organización, del funcionamiento y de la actividad de la Administración Pública; del ejercicio de la función administrativa; de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los administrados; de los poderes y prerrogativas de los cuales puede aquella

⁽¹⁾ Sobre el tema, bajo el ángulo de la Administración, nos ocupamos hace años en Allan R. Brewer-Carías, “Les conditionnements politiques de l’administration publique dans les pays d’Amérique Latine”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. XLV, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1979, pp. 213-233; y “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países latinoamericanos” en *Revista de la Escuela Empresarial Andina*, Convenio Andrés Bello, N° 8, Año 5, Lima 1980, pp. 239-258

⁽²⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El derecho a la democracia entre las nuevas tendencias del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre los Poderes de la Administración y los derechos del administrado,” en Víctor Hernández Mendible (Coordinador), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo (Commemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela)*, Tomo II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, pp. 1417-1439.

⁽³⁾ Sobre el proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia y en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172, y en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y “Algunos aspectos de proceso de constitucionalización del derecho administrativo en la Constitución de 1999” en *Los requisitos y vicios de los actos administrativos. V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas 1996, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2000, pp. 23-37.

dispone para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales; y de los medios de control de la Administración por los administrados, para asegurar su sometimiento al derecho.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL PARADIGMA DEMOCRÁTICO EN LAS FORMULACIONES CONSTITUCIONALES

Esos han sido los grandes avances jurídico formales de nuestra disciplina, todo lo cual nos confirma lo que es una realidad incontestable, y es que el derecho administrativo no es ni puede ser una rama políticamente neutra, y menos aún, un orden jurídico que haya encontrado la relativa rigidez o estabilidad de la que gozan otras ramas del derecho.

El derecho administrativo, aun cuando conservando principios esenciales, en realidad tiene un inevitable grado el dinamismo que lo hace estar en constante evolución, como consecuencia directa, precisamente, de la propia evolución del Estado; lo que impone a ambos, al Estado y a su derecho administrativo, la necesidad de adaptarse a los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, de manera que siempre “refleja los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.”⁴

Por ello, podemos responder a la pregunta que identifica este Congreso, sobre hacia dónde va el derecho público afirmando que el mismo, en definitiva, va hacia donde vaya el Estado; y las nuevas tendencias del derecho administrativo serán las que resulten o se deriven de regular a la Administración de ese Estado; lo cual, no deriva por supuesto de los solos enunciados constitucionales que a veces a lo único que nos conducen es a considerar el deber ser, es decir, lo que quisiéramos que fuera la tendencia del derecho administrativo, por supuesto, si el Estado fuera realmente, siempre, un Estado democrático.⁵

Pero ya a estas alturas del conocimiento de nuestra disciplina, no creo equivocarme al afirmar que ninguno de los aquí presentes, para analizar un régimen político y la estructura de un Estado, puede basarse sólo en las solas denominaciones y definiciones oficiales de los Estado insertas en las Constituciones. Tomemos por ejemplo, el caso de Colombia, cuya Constitución la proclama como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1).

⁽⁴⁾ Véase Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del derecho administrativo y su evolución”, en *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57

⁽⁵⁾ Véase por ejemplo, Jesús María Alvarado Andrade, “Aproximación a la tensión Constitución y libertad en Venezuela,” en *Revista de Derecho Público* n° 123, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 17-43

No voy yo por supuesto a analizar aquí ni hacer ejercicio validación alguna sobre esa declaración, como sé que Ustedes lo habrán hecho tantas veces.

Pero en cambio, sí me voy a referir a la norma similar que se encuentra en la Constitución de Venezuela, y que declara, también, que: "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político" (art. 2), agregando el texto constitucional, además, que el Estado es "un Estado Federal descentralizado"(art. 4).

Mejor y más completa definición formal del Estado democrático en el texto de una Constitución, ciertamente es casi imposible de encontrar para que sirva de marco general del ordenamiento jurídico que debería ser aplicable al Estado, y que debería ser el que habría de moldear al derecho administrativo. Sin embargo, ante esa definición, lo que corresponde es determinar si realmente, en la práctica política del gobierno del Estado de Venezuela, el mismo responde a esos principios, o si son simples enunciados floridos, y nada más, de un Estado que no es nada de derecho, ni democrático, ni social, ni de economía mixta, ni de justicia, ni descentralizado, tal como efectiva y trágicamente es nuestro caso.

Si esa definición se ajustara a la realidad, aquí nada tendríamos que agregar más que decir que ante un Estado Constitucional de derecho, y además, democrático, descentralizado, social, de economía mixta y de justicia, la tendencia del derecho administrativo sería precisamente la que debería resultar de regular a la Administración de ese Estado, donde el pluralismo y la alternabilidad republicana tendrían que estar garantizada; donde la Administración y todos los órganos del Estado deberían estar sometidos al derecho, a través de un riguroso sistema de control judicial de la actividad administrativa; donde la Administración debería ejercer con imparcialidad y respetando la igualdad de todos, su tarea de gestionar el interés general y asegurar la satisfacción de las necesidades colectivas; dando con ello, plena garantía a los derechos de los administrados, en un marco de transparencia gubernamental y de pulcro manejo de los recursos financieros sometidos a escrupulosos controles fiscales. ¡Qué más quisiéramos...! Realmente, ¡qué más quisiéramos tener en Venezuela!

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LOS AUTORITARISMOS

Pero lamentablemente, ello no es así. Como dije, en la realidad, en Venezuela, contra lo que dice la Constitución, no hay ni un Estado de derecho, ni un Estado democrático, ni un Estado Social, ni un Estado de Economía Mixta, ni un Estado de Justicia, y además, no hay un Estado descentralizado.

Lo que dice la Constitución simplemente no existe en la realidad, y ni siquiera su implementación fue la intención de quienes al asaltar el poder en 1999, luego de un intento de golpe de Estado que procuraron dar en 1992.⁶ El texto, por lo demás, fue aprobado popularmente en 1999, con la abstención de muchos y el voto de pocos, pero todos obnubilados por el deseo y las promesas de cambio del momento y por supuesto sin percatarse, como lo denunciamos en su momento, el germen para el establecimiento de un Estado autoritario,⁷ que pronto derivó en el Estado totalitario y populista de la actualidad;⁸ con el

⁽⁶⁾ Así se puede apreciar de los papeles del golpe de Estado de 1992 en los cuales la intención era establecer un Estado totalitario y comunista, publicados en: Kléber Ramírez Rojas, *Historial documental de 4 de febrero*, Colección Alfredo Maneiro, Ministerio de la Cultura, Fundación Editorial El Perro y la Rana, Caracas 2006.

⁽⁷⁾ En 1999, al propugnar el voto NO por la Constitución de 1999 elaborada por la Asamblea Constituyente y sometida a aprobación popular, advertí que si la Constitución se aprobaba, ello iba a implicar la implantación en Venezuela, de “un esquema institucional concebido para el autoritarismo derivado de la combinación del centralismo del Estado, el presidencialismo exacerbado, la democracia de partidos, la concentración de poder en la Asamblea y el militarismo, que constituye el elemento central diseñado para la organización del poder del Estado.” En mi opinión –agregé–, esto no era lo que en 1999 se requería para el perfeccionamiento de la democracia; la cual al contrario, se debió basar “en la descentralización del poder, en un presidencialismo controlado y moderado, en la participación política para balancear el poder del Estado y en la sujeción de la autoridad militar a la autoridad civil” Documento de 30 de noviembre de 1999. V. en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 339.

⁽⁸⁾ Aun cuando no se trata ahora de entrar en la definición del Estado totalitario o del totalitarismo como sistema político de dominación total de la sociedad, estimo que basta recurrir a lo expresado por Raymond Aron en su obra *Démocratie et totalitarisme*, donde destaca los caracteres del totalitarismo, como un régimen político donde la concentración del poder es total; existe un partido único que se fusiona al Estado y que posee el monopolio de la actividad política “legítima” y de la aplicación de la ideología del Estado, que se convierte en verdad oficial del Estado; el Estado asume el monopolio de los medios de persuasión y coacción, y de los medios de comunicación; la economía es totalmente controlada por el Estado y se convierte en parte del mismo; se produce la politización de toda actividad, originándose una confusión entre sociedad civil y Estado, de manera que las faltas cometidas por los individuos en el marco de la actividad política, económica o profesional se conforman simultáneamente como faltas ideológicas, originando un terror ideológico y policial. Véase la edición en castellano: *Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Madrid 1968, “La diferencia con el autoritarismo, es que en éste la concentración del poder sin aceptación de oposición, no excluye la admisión de un cierto pluralismo en sus apoyos y la carencia de una intención o capacidad de homogeneización total de la sociedad. Véase por ejemplo, José Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Rienner, 2000. Por ello, en los últimos lustros se podía calificar el régimen político venezolano como autoritario. Ya, sin embargo, comienza a aparecer el totalitarismo con toda su faz. Por ejemplo, la Conferencia Episcopal de Venezuela ha advertido la situación al expresar, sobre lo grave de la situación el panorama político actual, sobre “la pretensión de imponer un modelo político totalitario y un sistema educativo fuertemente ideologizado y centralizado” así como “la criminalización de las protestas y la politización del poder judicial, que se manifiesta, entre otras cosas, en la existencia de presos políticos y en la situación de tantos jóvenes privados de libertad por haber participado en manifestaciones” Véase reportaje de Sergio Mora: “Los obispos de Venezuela: Pretenden imponer un modelo totalitario,” en Zenit. El mundo visto desde Roma, Roma, 12 julio 2014, en <http://www.zenit.org/es/articulos/los-obispos-de-venezuela-pretenden-imponer-un-modelo-totalitario>

cual se ha desmantelado la democracia,⁹ y se ha violado y moldeado el orden jurídico como sus líderes han querido, empobreciendo y haciendo miserable a un país otrora próspero,¹⁰ y donde simplemente se ha eliminado la justicia.

Y en el marco de esta conferencia, es precisamente ese Estado, y la Administración Pública desarrollada por el mismo, lo que hay que analizar para poder responder a la pregunta de *¿Hacia dónde va el derecho público?* en un país como Venezuela, tan cerca de ustedes; y precisar algo sobre cuáles son *las nuevas tendencias del derecho administrativo* que se han venido mostrando en el funcionamiento de la Administración de ese Estado.

Pero por favor, no nos alarmemos. La historia de nuestra disciplina está llena de casos de desarrollo del derecho administrativo en el marco de regímenes autoritarios; pero lo que pasa es que tantos años de regímenes democráticos, lo que nos había impuesto era el olvido – por el rechazo – de lo que significó el totalitarismo, que hasta hace poco nos parecía incluso un anacronismo. Sin embargo, estas experiencias nuevas que estamos viviendo – y tan cerca –, nos impone la necesidad de comenzar a recordar cómo fue que funcionaron los Estados Totalitarios para tratar de comprender lo que ahora está ocurriendo y su impacto en el orden jurídico; cuando la totalidad del Poder estuvo en manos de un partido o de una nomenclatura que asaltó al poder y lo puso a su servicio, sin control de naturaleza alguna, salvo las depuraciones sucesivas del liderazgo, apoderándose de todo, de propiedades, medios de producción, medios de comunicación, vidas y bienes, volviendo el ciudadano a ser siervo del Estado, e imponiendo una ideología oficial.

En esos Estados totalitarios, el derecho, si es que le podemos dar ese nombre, solo fue un amasijo de reglas maleables por el poder para asegurar el control total de la sociedad. Recordemos, fue el caso de la Unión Soviética, y antes, fue el caso del Estado Nazista o del Estado Fascista, y desde hace cinco décadas es el caso del Estado cubano. En realidad, todos fueron y son fascistas, donde el derecho administrativo, como nosotros lo hemos conocido, simplemente no existió, ni existe. En ese grupo, lamentablemente, ya entró el Estado venezolano.

⁽⁹⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, New York, 2010; y “La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009),” en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517.

⁽¹⁰⁾ Por eso Nelson Castellanos con razón anotó recientemente sobre “la gran mentira bolivariana, esa que prometió un proyecto social y terminó instalando el sistema comunista de los Castro. La que ofreció trabajar para los pobres, cuando su intención era seguir manteniéndolos abajo, para poder manipularlos.” Una banda que se preocupó por enriquecerse rápidamente y por tomar el control de todos los poderes del Estado, afín de no tener que irse nunca. Aunque para ello violara leyes y derechos, reprimiera o persiguiera a los ciudadanos que pretendieron oponerse a sus planes de perennidad.” En “La mentira Bolivariana”, en Noticiero Digital.com, julio 13, 2014, en <http://www.noticierodigital.com/2014/07/la-mentira-bolivariana/>.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DESEQUILIBRIO ENTRE PODERES ESTATALES Y DERECHOS CIUDADANOS

En aquéllos Estados Totalitarios, por supuesto, no existió el que podemos considerar como el elemento esencial que caracteriza al derecho administrativo de un Estado democrático de derecho, como es el de servir de punto de equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados. En el Estado Totalitario incluso se superó aquella visión del Estado, de la cual Fernando Garrido Fallo nos habló hace décadas, considerado como un “hipócrita personaje de doble faz” que encerraba una “oposición aparentemente irreductible” entre, por una parte, el conjunto de prerrogativas que posee y que “situaban a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares”; y por la otra, y el conjunto de derechos y garantías de estos, que lo llevaban a regular lo que Garrido llamó “la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”¹¹

En un Estado Totalitario, como lamentablemente ya lo tenemos en Venezuela, en cambio, definitivamente, esa doble faz quedó eliminada, pero volcando el desequilibrio a favor del Estado, reduciéndose el derecho administrativo a ser, sola y exclusivamente, el conjunto de reglas destinadas a regular el funcionamiento de la Administración del mismo, y nada más.

Es en este marco, en el cual me propuse tratar de responder, en relación con Venezuela, a la pregunta fundamental de esta Conferencia, de *¿Hacia dónde va el derecho público?*, y conforme a ello, tratar de identificar cuáles son las *nuevas tendencias del derecho administrativo* que se han venido manifestando. La conclusión fue que a pesar de que la Constitución venezolana diga que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, y además, Federal descentralizado, la realidad es que luego de un despiadado proceso de desinstitucionalización, de desjuridificación, de desjudicialización, de desdemocratización, de desconstitucionalización y de desadministración,¹² lo que tenemos es un Estado Totalitario que por supuesto implica nuevas tendencias del derecho administrativo ahora derivadas de un esquema de concentración total del poder; donde existe un partido político estatal y militar único, fusionado al propio Estado, que actúa como instrumento facilitador, que rechaza la democracia represen-

⁽¹¹⁾ Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 223

⁽¹²⁾ Véase Jesús María Alvarado Andrade, “Sobre Constitución y Administración Pública ¿Es realmente el Derecho Administrativo en Venezuela un Derecho Constitucional Concretizado?” en HERNÁNDEZ G, José Ignacio (Coord.), *100 Años de Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Universidad Monteávila-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, pp. 165-263

tativa y el parlamentarismo y tiene el monopolio de la actividad política “legítima” que es la aplicación de la ideología “socialista” “oficial” del Estado; y en el cual, además, con ausencia total de pluralismo político, se niegan los derechos individuales y la libertad como valor máximo de la democracia, siendo sustituidos por unos supuestos derechos colectivos de los cuales el Estado es el único presuntamente depositario, desconociéndose además la dignidad de la persona humana; un Estado que si bien desde 1975 controlaba con exclusividad la producción del petróleo, ahora ha asumido el monopolio total de todos los medios de producción, de manera que la economía es ahora totalmente controlada por el Estado y se convierte en parte del mismo, en un extraordinario sistema de Capitalismo de Estado; que ha asumido el control total de los medios de persuasión y coacción, incluso las policías locales; que ha asumido el monopolio de los medios de comunicación; en el cual se ha producido la politización de toda actividad particular, originándose una confusión entre sociedad civil y Estado, de manera que las faltas cometidas por los individuos en el marco de su actividad individual se conforman simultáneamente como faltas ideológicas, procurándose la eliminación de cualquier tipo de opinión disidente a la oficial, sirviéndose para ello de la policía y de los militares.

Lo cierto es que en el autoritarismo que tuvimos al inicio, la concentración del poder que existió, aun cuando rechazaba a la oposición, sin embargo no excluía la admisión de cierto pluralismo en algunos medios y en los apoyos que el gobierno recibía, y no había la clara intención de homogeneización total de la sociedad, que ahora en cambio se ha manifestado brutalmente.

Por ello decía, lamentablemente, que el Estado que hoy tenemos en Venezuela es un Estado Totalitario, estando las nuevas tendencias del derecho administrativo muy alejadas de aquél derecho vinculado a la democracia y que tenía por misión garantizar el equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de las personas. Ahora sólo atiende a velar por la imposición a la población inerme, de políticas autoritarias e incluso comunistas, incluso violando la Constitución y las leyes.

V. EL ESTADO TOTALITARIO Y LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Todo lo que anteriormente hemos expuesto, nos confirma entonces que en Venezuela, el Estado que tenemos es un Estado Totalitario, el cual:

En *primer lugar*, ha hecho desaparecer todo vestigio de Estado de derecho que prevé la Constitución, lo que ha resultado de la violación sistemática de la Constitución que ha perdido su carácter de ley suprema, lo que ha sido acompañado de un proceso sistemático de maleabilidad,

mutabilidad y desrigidización constitucional, todo lo cual ha producido una completa desjuridificación del propio Estado, al haberse creado fuera de la Constitución un Estado Comunal, en paralelo al Estado Constitucional,¹³ que ha sido completamente desconstitucionalizado

En *segundo lugar*, el Estado totalitario ha hecho desaparecer, igualmente, todo vestigio del Estado democrático que regula la Constitución, lo que ha resultado de la distorsión de la representatividad política en la legislación electoral, de manera que con minoría de votos se obtienen mayoría de representantes; de las fallas en la implementación de la democracia participativa, que ha resultado ser un esquema de movilización popular basada en repartos controlados por el Poder central; de la ausencia de separación de poderes en la organización del Estado, y en particular, de la ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial; de la distorsión de la Administración Pública que dejó de estar al servicio del ciudadano; de la militarización avasallante de la sociedad y el Estado; de la eliminación de la libertad de expresión y comunicación; y de la eliminación y violación del principio democrático.

En *tercer lugar*, el Estado totalitario también ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado Social y de Economía Mixta que regula la Constitución, mediante la eliminación de la libertad económica, el ahogamiento de la iniciativa privada y la garantía del derecho de propiedad, sin generación de riqueza, resultando la configuración de un Estado montado sobre una política de subsidios y repartos directos, con un esquema de economía comunista donde el Estado acapara la totalidad de la actividad económica, basado en sistema de Capitalismo de Estado, donde el Estado es el principal empleador, por ello es un Estado Burocrático, donde desapareció el servicio civil basado en la meritocracia; todo lo cual ha originado un Estado Populista, con la forma ahora de Estado Comunal y del Poder Popular, y en todo caso, de Estado Clientelar.

En *cuarto lugar*, el Estado totalitario adicionalmente ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado de Justicia que regula la Constitución, lo que ha resultado de la ausencia de leyes justas y la multiplicación de leyes inconsultas; de una extrema inflación de la inseguridad jurídica, con reformas de las leyes mediante su simple republicación; del sometimiento político del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y la Asamblea Nacional; del

⁽¹³⁾ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, "La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado Democrático y Social de derecho al Estado Comunal Socialista, sin reformar la Constitución," en *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, (Coordinación y Compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia), Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. V, Caracas 2012, pp. 51-82; en Carlos Tablante y Mariela Morales Antonorzzi (Coord.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia*, Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, En Cambio, Caracas 2011, pp. 37-84; y en *Estado Constitucional*, Año 1, No. 2, Editorial Adrus, Lima, junio 2011, pp. 217-236.

hecho del Estado de haberse escapado de la justicia interna, al no existir materialmente contencioso administrativo ni posibilidad de condena al Estrado por responsabilidad; y de haberse escapado también el Estado de la justicia internacional, tornándose en un Estado irresponsable; de haberse puesto la Justicia al servicio del autoritarismo; de haber áreas con carencia de justicia, como es la justicia de paz; y de haberse desarrollado un sistema de injusticia como consecuencia de la impunidad.

Y por último, en *quinto lugar*, el Estado totalitario también ha hecho desaparecer todo vestigio del Estado descentralizado que bajo una concepción centralista de la llamada “federación descentralizada” reguló la Constitución, lo que se ha consolidado con el desbalance introducido a favor del nivel nacional de la distribución territorial; con un Municipio que no se llegó a configurar efectivamente como la unidad primaria de la organización nacional; con la creación, en paralelo a las entidades políticas territoriales previstas en la Constitución, pero fuera de sus regulaciones, del Estado Comunal, del Poder Popular y de las Comunas para acabar con los Estados y Municipios, los cuales han sido vaciados de competencia a favor de las mismas; y por último, con el ahogamiento y neutralización de las mismas entidades políticas territoriales por parte del Poder Nacional.

Todo ello ha hecho mediante leyes orgánicas que han pretendido regular mecanismos de ejercicio de directo de la soberanía, sin sufragio ni representación, controlados por el partido oficial de gobierno y dependientes directamente del propio Poder Ejecutivo; que lejos de ser un instrumento de descentralización configuran un sistema de centralización y control férreo de las comunidades por el Poder Central. Se trata más bien de un “edificio” de organizaciones para evitar que el pueblo realmente ejerza la soberanía e imponerle mediante férreo control central, políticas por las cuales nunca tendrá la ocasión de votar, basado en una concepción única, que es el Socialismo, de manera que quien no sea socialista está automáticamente discriminado e impedido de participar.

No es posible, por tanto, en el marco de esta ley poder conciliar el pluralismo que garantiza la Constitución y el principio de la no discriminación por razón de “opinión política” con sus disposiciones que persiguen todo lo contrario, es decir, el establecimiento de un Estado Comunal, cuyas instancias sólo pueden actuar en función del Socialismo y en las cuales todo ciudadano que tenga otra opinión queda excluido.

En esta forma, al fraude a la Constitución,¹⁴ y además, en fraude a la voluntad popular, se le ha impuesto a los venezolanos mediante leyes

⁽¹⁴⁾ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009; *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York 2010.

orgánicas, un modelo de Estado totalitario, comunista y centralizado por el cual nadie ha votado, con lo que se ha cambiado radical e inconstitucionalmente el texto de la Constitución de 1999, que no ha sido reformado conforme a sus previsiones, en abierta contradicción y desprecio al rechazo popular mayoritario que se expresó en diciembre de 2007 a la reforma constitucional que entonces se intentó realizar incluso violando la propia Constitución.

Es a ese marco de Estado totalitario y de desconstitucionalización del Estado, al que en la actualidad se enfrenta el derecho público en Venezuela, y es que sin duda está originando unas “nuevas tendencias al derecho administrativo,” que comienzan a mostrárnoslo como una rama del derecho que dejó de ser el punto de equilibrio entre los poderes y prerrogativas del Estado y las garantías de derechos de los particulares, y en un marco de su desquiciamiento, sólo sirve ahora, sin seguridad jurídica alguna, para regular exclusivamente al Estado, a sus poderes y prerrogativas, pero en la medida en que los gobernantes decidan, sin control judicial de naturaleza alguna; siendo su misión el servir de medio de imposición de la voluntad del Estado y de los funcionarios, a los ciudadanos.

Ya entenderán Ustedes entonces, la magnitud y significado de la tarea que los administrativistas venezolanos tenemos por delante, ante el desmoronamiento en sólo tres lustros, del Estado de derecho, y con él, del derecho administrativo que tanto contribuimos a conformar.

E PLURIBUS UNUM: CONTROVERSIAS ESTATALES Y COMPROMISOS NACIONALES EN LA FORMACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Robert S. Barker *

En la primera década de la era cristiana, el poeta romano Ovidio, hablando de su ciudad natal, declaró, *Sulmo mihi patria est* – “Sulmona es mi patria”. Diecisiete siglos después, un espíritu similar de regionalismo y localismo prevaleció entre la mayoría de los habitantes de los trece “Estados Unidos” en el año 1787, cuando sus representantes se reunieron en la ciudad de Filadelfia para reformar el sistema constitucional de la nueva nación.

La tesis de este breve trabajo es que muchas de las características básicas de la Constitución de los Estados Unidos son productos de diferencias y debates entre Estados y regiones del país, y de compromisos políticos alcanzados entre los representantes de esos distintos Estados.

Comencemos a principios del siglo diecisiete.

Entre 1607 y 1732 fueron establecidas trece colonias inglesas en la costa atlántica de Norteamérica. Desde su fundación hasta el fin de la época colonial en 1776, cada colonia tenía su propio gobierno colonial y su propio sistema de leyes y tribunales¹. Las colonias no tenían enlaces formales la una con la otra; cada una tenía un vínculo jurídico directamente con el gobierno en Londres.

(*) Duquesne University Distinguished Professor of Law, Pittsburgh, Pennsylvania, U.S.A.

(¹) Véase, Clinton Rossiter, *The First American Revolution* (New York: Harcourt, Brace and Company, 1956), *passim*.

En la década de los sesenta del siglo dieciocho, el Gobierno británico adoptó una nueva política con respecto a sus colonias norteamericanas, política caracterizada por una serie de impuestos y otras intervenciones en la vida local. En 1774 los representantes de las trece colonias se reunieron bajo el título de Congreso Continental para tratar de resolver pacíficamente la controversia con la Corona. A pesar de los esfuerzos de estadistas moderados en ambos lados del Atlántico, el conflicto armado estalló en 1775, y la posibilidad de resolver las diferencias dentro del sistema imperial británico desapareció.³

El 2 de julio de 1776 el Congreso Continental adoptó una resolución proclamando que

...absueltos de toda lealtad a la Corona británica, y que toda conexión política entre ellos y el Estado de Gran Bretaña es, y debe ser, totalmente disuelta.⁴

Dos días después, el Congreso aprobó formalmente la Declaración de Independencia, que se refiere a “los Estados Unidos de América” como “Estados Libres e Independientes.”⁵

¿Qué resultó de esas declaraciones? ¿Una nueva nación? ¿o trece Estados independientes?

En 1777, el Congreso Continental adoptó un documento de naturaleza constitucional, conocido como los “Artículos de Confederación”, que, de acuerdo con sus propias estipulaciones, no entraría en vigor hasta que fuera ratificada por todos los trece Estados, requisito realizado en 1781. Bajo los “Artículos”, el gobierno nacional no tenía ni poder ejecutivo independiente ni poder judicial permanente; tampoco podía imponer impuestos directos.⁶ Aún más, los “Artículos” limitaron enfáticamente los poderes del gobierno nacional, y enfatizaron la soberanía de los Estados. Según el artículo dos:

Cada Estado retiene su soberanía, libertad e independencia y toda facultad, jurisdicción y derecho, que no sea delegado expresamente por medio de esta confederación a los Estados Unidos, reunidos en Congreso.⁷

A pesar de algunos éxitos importantes bajo los “Artículos de Confederación”, el gobierno nacional era tan restringido que no podía remediar muchos problemas nacionales e internacionales de la época, especialmente

⁽³⁾ Sobre la Guerra de Independencia de los Estados Unidos, véase, John Richard Alden, *The American Revolution, 1775-1783* (New York: Harper & Row, Publishers, Inc, 1954).

⁽⁴⁾ Resolution for Independence [introduced June 7, 1776 and adopted July 2, 1776], en Henry Steele Commager (ed.), *Documents of American History* (New York: Appleton-Century-Crofts, Inc. (6ª edición, 1958), pág. 100.

⁽⁵⁾ Declaration of Independence, July 4, 1776, in Commager, *supra*, nota 3, pág. 100.

⁽⁶⁾ The Articles of Confederation, en Commager, *supra*, nota 3, pág. 111.

⁽⁷⁾ Articles of Confederation, *supra*, nota 4, Article II.

las controversias entre los Estados sobre la navegación de los ríos y otros asuntos comerciales.¹

Por eso, en el año 1786, el Congreso de los Estados Unidos pidió que los Estados enviaran delegados a una Convención en la ciudad de Filadelfia, para proponer enmiendas a los "Artículos de Confederación" que fortalecieran al gobierno central. La Convención de Filadelfia escribió no unas enmiendas a los "Artículos" sino una nueva Constitución, que entró en vigor en 1789 y sigue vigente hoy, y cuyo contenido y longevidad son, en gran parte, productos de controversias y compromisos entre los representantes de los diversos intereses estatales y regionales. En mi opinión, los compromisos principales tratan cinco aspectos constitucionales:

- 1° La división de las facultades gubernamentales entre los Estados y el gobierno nacional;
- 2° La fórmula de representación en la rama legislativa nacional;
- 3° La facultad de reglamentar asuntos comerciales;
- 4° La controversia sobre la esclavitud; y
- 5° Las garantías de derechos fundamentales.

1º La cuestión predominante que enfrentó a los constituyentes fue la de cómo dividir las facultades gubernamentales entre los Estados y el gobierno nacional. La delegación del Estado de Virginia, el Estado más poblado en esa época, planteó ante la Constituyente un plan muy nacionalista, que concentraría casi todas las facultades gubernamentales más importantes en el gobierno central. En respuesta, la delegación del Estado de Nueva Jersey, presentó un plan apoyado por los Estados menos poblados, que dejaría más poderes en manos de los Estados. El resultado fue una Constitución que delegó determinadas facultades al Gobierno nacional, dejando todas las demás facultades gubernamentales no prohibidas por la Constitución en manos de los distintos Estados de la Unión. En otras palabras, el Gobierno nacional (o "federal") es gobierno de poderes limitados o enumerados, mientras los gobiernos de los Estados tienen poderes generales.² Este principio, establecido implícitamente por la Constitución en su forma original, está confirmado por la Décima Enmienda (adoptada en 1791), que dice:

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos, ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.³

⁽¹⁾ Véase, Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic* (New York: W. W. Norton & Co., 1969).

⁽²⁾ Constitution of the United States of America, in Commager, *supra*, nota 3, *passim*.

⁽³⁾ Constitution, enmienda X.

Este compromiso también establece con precisión que el Gobierno federal, cuando actúa dentro de sus poderes constitucionales, es supremo. El artículo seis, párrafo dos, dice:

...Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de todo Estado están obligados a observarlos a pesar de cualquier disposición que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.⁴

2º El segundo compromiso constitucional está muy estrechamente relacionado al primero: la fórmula de representación en la rama legislativa del gobierno nacional. El "Plan de Virginia" proponía que la representación de cada Estado en la legislatura nacional estuviese basada en proporción a su población. Los Estados menos poblados favorecían la igual representación de los Estados. El llamado "Gran Compromiso," propuesto por el Estado de Connecticut y adoptado por la Convención, estableció un Congreso bicameral, con el Senado basado en el principio de la igualdad de los Estados (es decir, dos senadores por cada Estado) y la Cámara de Representantes, donde la representación está basada en la población de los respectivos Estados.⁵

3º El tercer compromiso tuvo que ver con el conflicto más específico entre los Estados: la facultad de reglamentar la navegación y el comercio. Durante la vigencia de los "Artículos de Confederación", muchos Estados habían establecido obstáculos tributarios, aduaneras, y de navegación contra el comercio de otros. El problema era tan serio que James Madison calificó a los Estados menos favorecidos geográficamente como Nueva Jersey y Carolina del Norte, Estados que no tenían faltaron puertos importantes, como víctimas de sus Estados vecinos más favorecidos geográficamente.

El compromiso diseñado por la Convención de Filadelfia fue, primero, delegar al Gobierno nacional la facultad de reglamentar el comercio entre los Estados (tanto como el comercio internacional y con las comunidades nativas), prohibir impuestos aduaneros estatales, y al mismo tiempo prohibir que el gobierno federal favorezca los puertos de un Estado sobre los de cualquier otro.⁶

4º El cuarto compromiso tiene que ver con la esclavitud. En siete de los Estados, la esclavitud había sido prohibida o estaba legalmente en vías de abolición; en los otros seis, la esclavitud fue protegida por ley. Muchos de los representantes de los Estados no esclavistas quisieron que el Gobierno

⁽⁴⁾ Id., artículo VI.

⁽⁵⁾ Constitución, art. I, §§2, 3. Véase también Clinton Rossiter, *1787: The Grand Convention* (New York: W. W. Norton & Co., 1987), pág. 182-194.

⁽⁶⁾ Constitución, art. I, §§8, 9.

nacional pudiera prohibir la importación de más esclavos. La mayoría de los representantes de los Estados esclavistas se opusieron a esa posibilidad. Además, los Estados esclavistas (es decir, los Estados sureños), a pesar del hecho de que los esclavos no eran ciudadanos de los Estados, quisieron que sus esclavos se consideraran como “personas” para calcular el número de representantes de sus Estados en la Cámara de Representantes.⁷

Como resultado de estos compromisos, la Constitución estipuló que el Congreso de los Estados Unidos no pudiera prohibir la importación de esclavos antes del año 1808,⁸ y estableció que para calcular el número de representantes de cada Estado en la Cámara de Representantes, cada esclavo se contara como tres- quintos de persona.⁹

Afortunadamente, la esclavitud —y ese compromiso— fueron eliminados por la Guerra Civil —a un costo de más de 600,000 mil muertos— y la Enmienda XIII de la Constitución, adoptada en 1865.¹⁰

5º El quinto compromiso importante tuvo que ver con garantías de derechos. En la Convención de Filadelfia, George Mason, delegado por el Estado de Virginia, propuso que la Constitución incluyera una Carta de Derechos. Pero la mayoría de los delegados creían que el nuevo gobierno nacional que la Constitución establecería — aunque sería más fuerte que el Gobierno de la vieja Confederación — no tendría poderes suficientes para impedir el ejercicio de los derechos tradicionales, derechos que ya eran garantizados en la mayoría de los Estados por sus propias constituciones estatales. Por eso, la Convención de Filadelfia concluyó que una declaración de derechos no sería necesaria y, por tanto, la Constitución de los Estados Unidos, en su forma original, tenía pocas garantías de derechos.¹¹

Pero cuando la Constitución fue sometida a los Estados para ser ratificada, muchas personas se opusieron a ella, y un argumento principal en contra de la ratificación fue que faltando de una Declaración de Derechos, la nueva Constitución se convertiría en un instrumento de tiranía. De hecho, los Estados de Massachusetts, Carolina del Sur, New Hampshire, Virginia y Nueva York formalmente recomendaron o demandaron que la Constitución incluyera garantías de derechos. Por eso, durante el proceso de ratificación resultó un compromiso político implícito de que si la Constitución fuese ratificada, sería enmendada para añadir garantías de los derechos fundamentales.¹² Así, la nueva Constitución entró en vigencia

⁽⁷⁾ Constitución, art. I, §2, ¶3.

⁽⁸⁾ Constitución, art. I, §9, ¶1. Véase también Rossiter, *supra*, nota 11, pág. 216-218.

⁽⁹⁾ Constitución, art. I, §2, ¶3. Rossiter, *supra*, nota 11, pág. 266-267.

⁽¹⁰⁾ Constitución, enmienda XIII.

⁽¹¹⁾ Véase, Catherine Drinker Bowen, *Miracle at Philadelphia: May to September, 1787* (Boston: Little Brown & Co., 1966), pág. 243-253.

⁽¹²⁾ Con respecto a la ratificación de la Constitución, véase Pauline Maier, *Ratification: The*

en 1789, y dos años después en 1791, fueron ratificadas diez enmiendas constitucionales conocidas colectivamente como la “Carta de Derechos.”

Es claro que la Constitución de los Estados Unidos fue producto de influencias estatales y regionales. Los constituyentes de la Convención de Filadelfia fueron escogidos por su respectivos Estados; en la Convención, cada Estado tuvo un voto; el contenido de la Constitución fue forjado en conflictos entre los Estados y debates y compromisos acordados entre sus respectivos delegados; y la propia Constitución entró en vigencia como resultado de su ratificación por los Estados.

James Madison, conocido como “El padre de la Constitución,” abogando por su ratificación, escribió:

... aparece, por una parte, que la Constitución habrá de fundarse en el asentimiento y la ratificación del pueblo americano, expresados a través de representantes elegidos con este fin especial; pero, por la otra, dichos asentimientos y ratificaciones deben ser dados por el pueblo, no como individuos que integran una sola nación, sino como componentes de los varios Estados, independientes entre sí, a los que respectivamente pertenecen. Será el asentimiento y la ratificación de los diversos Estados, procedentes de la autoridad suprema que hay en cada uno: la autoridad del pueblo mismo. Por lo tanto, el acto que instituirá la Constitución, no será un acto *nacional*, sino *federal*.¹³

En nuestros días, Clarence Thomas, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, reiteró el análisis de Madison, afirmando que:

...los pueblos de los distintos Estados son la única fuente verdadera de poder [constitucional del país].¹⁴

El papel de los Estados en la formación de la Constitución y en el mantenimiento de nuestro equilibrio constitucional se reconoce con claridad en el escudo de los Estados Unidos, que proclama el lema oficial del país y su principio fundacional:

“E pluribus unum” – “De muchos, uno”

People Debate the Constitution, 1787-1788 (New York: Simon & Schuster, 2010).

⁽¹³⁾ James Madison, El Federalista No. XXXIX, en Gustavo R. Velasco (ed.), *El Federalista* (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, quinta reimpression, 1994), pág. 161.

⁽¹⁴⁾ *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 799, 847, 115 S.Ct. 1842, 1876 (1995). (Opinion disidente del magistrado Thomas).

JUECES, IMPARCIALIDAD Y POLÍTICA

Iván Sequeiros Vargas *

Se ha venido especulando que muchos Jueces tendrían filiación política e inclusive estarían inscritos en algún grupo político, condición que afectaría la función que desempeña y deberían ser identificados con la finalidad de excluirlos de la función judicial. Se retoma un crucial tema judicial, la independencia e imparcialidad del Juez, sobre bases supuestamente objetivas, (inscripción del juez en agrupación política), pretendiendo tachar jueces, sin evaluar lo trascendental del asunto, que es su comportamiento ético y moral, a pesar de su pertenencia política. La ecuación parece sencilla, quien pertenece a un partido político, resolverá los casos siempre a favor de esa agrupación, pero el tema rebasa esa elemental deducción, si realmente queremos contribuir en el control de la imparcialidad de los jueces.

No es bueno para el Estado confundir política con derecho, aun cuando ambas actividades además de estar estrechamente vinculadas, deben preservar sus márgenes de coherencia. Es necesario tener claro en qué consisten los controles que determinan el equilibrado funcionamiento del Poder Estatal, en consecuencia, el control político y el control jurídico, deben desarrollar su tarea, sin tergiversaciones ni interferencias.

Queda claro que cada vez con mayor trascendencia y diaria frecuencia, los jueces asumen controles políticos, en las democracias, haciendo evidente y real, aquello que se pregona muchas veces sin entender, un Estado de Derecho, donde se pretende encaminar la voluntad e intensidad política por los caminos de la Constitución y la Ley, haciendo vivida la Constitución, como

(*) Juez y profesor universitario

señalaba Loewenstein¹, lo que incrementa (actualiza diría) el poder de los jueces y evidentemente origina el celo de los políticos, no acostumbrados a vivir y desenvolverse en condiciones de plena vigencia normativa.

En nuestro país, muchas decisiones políticas, vienen siendo judicializadas, a través de reclamos de personas sometidas a investigaciones parlamentarias e inclusive los mismos congresistas han sometido decisiones del Congreso que los perjudican a la jurisdicción del Estado y en más de una ocasión los jueces han declarado la nulidad de procedimientos políticos parlamentarios, situaciones que demuestran la intervención de los jueces en asuntos eminentemente políticos y lo hacen, esperamos, única y exclusivamente desde la perspectiva jurídica, sin ningún tipo de influencia partidaria o ideológica.

Esta realidad de una aparente “interferencia” de los jueces en la política, ciertamente no es practica nacional, por el contrario es una tendencia universal, que se debe única y exclusivamente a la necesidad de evolucionar en el ejercicio del poder a través del cumplimiento de la ley y no por la buena voluntad de quienes detentan poder, camino que es el que diseña el moderno constitucionalismo². Esta tendencia que se advierte recién en el Perú y ha despertado la preocupación (injustificada) de algunos parlamentarios, pues si actúan conforme a la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales no tiene que judicializarse ninguna decisión política, ha traído como consecuencia el reclamo de evaluar las pertenencias políticas de miembros del Poder Judicial y del Ministerio Publico.

La independencia del Juez, tema recurrente, requiere en principio que el Juez, asuma plenamente esa condición, no es una exigencia formal, si una convicción necesaria, no lo determina la Ley, sino la moral humana, por tanto, habrá jueces no independientes por diversas razones e independientes aun estando afiliados, no solo a una agrupación política sino a muchas otras entidades de diverso orden; veamos el asunto con sencillez y claridad.

El cuestionamiento se origina por una suspicacia, que puede o no tener sustento, pues pensamos que un Juez que pertenece a una agrupación política, favorecerá con sus decisiones a los de esa agrupación y viceversa, entonces no actúa con independencia y esa condición no depende de lo que prescribe la Constitución o la Ley, sino de la calidad del juez y su moral.

El Juez con convicción, estando inscrito en un partido político, cuando le toca resolver el caso, no actuará bajo la presión de su pertenencia política, prevaleciendo en él su independencia, en tanto que el Juez sin convicción,

⁽¹⁾ “Teoría de la Constitución” Karl Loewenstein. Traducido al español por Alfredo Gallego Anavitarte, Edit. Ariel, Reimpresión, Barcelona 1979.

⁽²⁾ Hay un excelente libro referido a este tema: “Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia” de Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzol, Edit. Taurus, Madrid 1999.

aun sin estar inscrito en una agrupación política, actuará condicionado, tal vez resolviendo a favor de aquel afiliado a un partido, en la creencia de que con esa decisión se verá favorecido o favorecerá determinada forma de pensamiento político que variará según la oportunidad y el caso se presente.

Qué diferencia existe entre un Juez que tiene determinada convicción religiosa y una convicción política, en ambas circunstancias, tiene dos elementos de presión igualmente validos, trascendentales y tal vez el primero más fuerte que el segundo, sin embargo nada se dice de la pertenencia de un Juez a un culto religioso, porque igualmente bajo la suspicacia del Juez con filiación política podemos afirmar que cuando le toque resolver un caso donde esté involucrado su culto religioso, favorecerá ese interés, pues lo que prima no es la formalidad de la filiación o pertenencia a algún grupo, sino la condición del Juez convencido de su independencia.

Igualmente, existen muchas otras actividades en la sociedad que están divididos en grupos, sectas, filiaciones, clubes y toda clase de instituciones a las que muchos jueces pertenecen y no por eso dudamos de su independencia, respecto de la institución a la que pertenecen y está bien que no lo hagamos, porque el Juez es independiente al margen de las filiaciones que tenga a diversas entidades que conforman el Estado y la sociedad.

Recuerdo que hay Jueces que se inhiben de conocer un caso “por decoro” cuando está en el conflicto judicial, el banco en el que tiene sus ahorros o la universidad en la que dicta clases, nada mas indecoroso que renunciar a su capacidad de decidir un caso con absoluta independencia a pesar de estar vinculado de alguna manera con una entidad, porque inhibirse por decoro, es como admitir no estar seguro de su independencia, duda de su capacidad, pone en tela de juicio su moral que sustenta su independencia, por tanto su destino es no ser Juez.

Evidentemente hay situaciones en las que el Juez como cualquier persona puede ser influido por alguna especial circunstancia que afecta de manera trascendental su imparcialidad, por ejemplo si se trata de un caso donde está involucrado su hermana, su madre, lógicamente tiene que inhibirse, pero en otras situaciones, aun cuando se trate de su mejor amigo, tiene que asumir el caso y resolver como corresponde, si efectivamente es su mejor amigo entenderá las razones del Juez, a pesar de una decisión adversa y no tenemos porque pensar que si es favorable, la decisión lo hizo en aras de la amistad, para eso tendrá que explicar claramente las razones de su decisión, tan consistente debe ser su argumentación que nadie dude que efectivamente en derecho la decisión es correcta, pero prevalece la independencia del Juez.

Los jueces todos los días resolvemos casos, con muchas influencias de las que venimos premunidos por nuestra condición humana, orígenes,

infancia, padres, maestros, idiosincrasia, personalidad, creencias, ideología³, en fin una serie de atavismos que todos los seres humanos tenemos y que influyen, positiva o negativamente en todos nuestros actos, por tanto la pertenencia política, religiosa, social, económica, deportiva, entre otros, son adicionales influencias que tenemos que controlar, manejar y canalizar para que no sean factores que decidan un conflicto, sino una interpretación idónea de la ley y los principios que rigen al derecho, la sociedad y a los hombres, no es fácil evidentemente, pero ahí radica la capacidad del Juez para ponderar sus atavismos, sus miedos, sus costumbres, sus defectos y debilidades y sobreponer su condición de Juez independiente, concepto que jamás es puro ni perfecto.

Todos los Jueces, como seres humanos que somos tenemos plena capacidad de asumir ideologías políticas libremente, es más la profesión de derecho, por su naturaleza tiene un fuerte componente ideológico, entonces afirmar trivialmente que se debe evaluar la filiación política de los Jueces, constituye, no solo una aberración, sino un despropósito que por su ineficacia e inconsistencia no debe afectar la independencia del Juez.

En muchos lugares del mundo y en el Perú, muchos Jueces han sido políticos y parlamentarios⁴ antes o después de ser jueces y abiertamente expresaban su filiación ideológica en términos políticos, no por eso han sido malos jueces, revisemos un poco la historia de la república y veremos cómo senadores, diputados, luego terminan siendo Jueces de las diferentes Cortes, sin que ello sea obstáculo para calificarlos como buenos Jueces, porque supieron diferenciar su actividad de Juez independiente de sus libres maneras de pensamiento político, entonces resulta absurdo el reclamo acerca de que los Jueces sean una suerte de minusválidos, sin pensamiento ideológico o peor aun que escondan esos pensamientos, pues de no ser así no deberían ser jueces.

Habrà sin duda, casos en los que el Juez resuelva casos, atendiendo a su filiación política, será como muchos, por otras razones Juez no independiente, entonces el problema de la independencia de los Jueces no pasa por evaluar si pertenecen a alguna agrupación política o no, sino en revisar y comprobar su capacidad y moral para decidir a pesar de sus filiaciones y pertenencias a diversos grupos de la sociedad. Debemos destacar que casi era una tradición en el Perú, la falta de independencia de los jueces,

³ Respecto de la influencia ideológica revisar artículo de Jordi Nieva Fenoli, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, en "Justicia", Revista de Derecho Procesal, año 2011, núm. 1-2, pp. 23-26.

⁴ Manuel Lorenzo de Vidaurre Landa, político y luego designado Presidente de la Corte Suprema; Anselmo Barreto León, fue Ministro antes de ser Juez; Carlos Zavala Loayza, fue fiscal, Ministro y luego reasume su labores como Juez.

pues no es casual que en el año de 1833, Manuel Lorenzo Vidaurre⁵ ponía en duda esa independencia basándose esencialmente en las deplorables condiciones en que se desenvolvía el sistema de justicia, sin haber recibido la atención necesaria por parte del Estado al que aparentemente le convenía mantenerlo en esas condiciones para utilizarlo indebidamente.

La mejor forma de comprobar si un Juez actúa influenciado por su filiación política o no es precisamente sabiendo a qué grupo pertenece y es más peligroso aquel Juez que parece impoluto, "apolítico", dicen, pero cada vez que decide cuando tiene ocasión lo hace influenciado por aquel pensamiento político que íntimamente esconde, a este no lo podemos controlar, al primero sí, entonces no podemos actuar sin reflexionar ni evaluar razonablemente el tema para hacer afirmaciones sin fundamento y cuestionar comportamientos de manera ligera, sin entender cabalmente el problema. Pretender eliminar la parcialización de los jueces por razones político partidarias a través de la verificación de su adscripción o no a un partido político, es cándido y penoso, lamentablemente el CNM, ingresa en ese supuesto control, en el mejor de los casos será guardar las apariencias, pero de ningún modo eliminar las influencias ideológicas del juez en sus decisiones.

No hay Juez que deje de tener una ideología política, lo sabio está en preservar su credo al margen de la decisión del caso concreto, lo que si resulta viable, porque finalmente la ideología política es genérica y amplia, el caso concreto es un debate de hechos y normativo, por tanto es relativo que la ideología influya en la solución del caso, salvo excepciones, donde la trascendencia del debate jurídico, tienen arraigados matices políticos y es en estos casos donde se exige mayor ecuanimidad e imparcialidad al Juez. Si sabemos de sus preferencias políticas, será viable evaluar su comportamiento jurídico, se puede inclusive ponderar la influencia de su ideología política en la decisión, mientras haya ignorancia sobre esas preferencias ideológicas, el Juez es inmune a cualquier evaluación de su comportamiento jurídico desde la perspectiva política, por lo que insisto, es mejor saber que tendencia política tiene el Juez antes que lo esconda y solo aflore en sus decisiones judiciales, lo que me lleva a afirmar que el Juez que expresa abiertamente sus preferencias políticas, tiene mejor control sobre la imparcialidad de sus decisiones que aquel que esconde esas preferencias.

Para matizar el asunto, yo soy hincha del más popular de los equipos de fútbol del Perú, del único, no por eso cuando se presente el caso y tuve

⁵ Fue el primer Presidente de la Corte Suprema de Perú (1825) luego fue Presidente del Congreso Constituyente 1827 y posteriormente Ministro de Estado.

alguna ocasión, voy a resolver a favor de los que formamos ese grupo o en contra de los que no pertenecen a esa hinchada, esa pertenencia se termina en las cachas de fútbol o en las disputas amigables, pero nunca debe trascender la función del Juez independiente, lo mismo ocurre con la pertenencia política, en otra dimensión por cierto, siendo fundamental que se mantenga esa ecuanimidad.

Los jueces no somos corderos que seguimos consignas, mandatos o proclamas de líderes, como ocurre con algunas personas afiliadas a algunas agrupaciones políticas, somos hombres libres, la profesión, nos da esa gran fortaleza y es una de las razones por las que abrazamos la carrera del derecho, porque no nos constriñe la filiación, la orden, la presión, el mando, la jerarquía, ni ninguna otra forma de vinculación que obliga a muchas personas a no hacer las cosas según su libre pensamiento, con ejercicio pleno de sus derechos, no reprimimos nuestro comportamiento a la voluntad de otros ni a las decisiones de otros, sino que nos conducimos libremente, dentro de los necesarios y válidos principios que señala la Constitución, los criterios establecidos en las leyes y los valores que rigen nuestra conducta personal y funcional, esos son los límites, a nuestra independencia, que no se ve acomplejada frente a una pertenencia política.

Finalmente todos los Jueces tenemos nuestra preferencia en los procesos electorales, donde votamos como cualquier ciudadano, tenemos también nuestras aversiones, eso sirve para el desarrollo de nuestros derechos políticos, tema al que no ingreso en este corto artículo, pero termina ese ejercicio político en su momento, sin que trascienda en la función judicial que realizamos. El Juez seguro de su independencia, actuará siempre de ese modo, aun cuando esté vinculado con matrícula y carné a un partido político, mientras el Juez influenciado, decidirá, siempre en base a presiones diversas, aun cuando no tenga filiación política.

SOBRE LASSALLE Y SU CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Carlos Ruiz Miguel

SUMARIO: I. Ferdinand Lassalle: una vida comprometida con sus ideales. II. Lassalle o Marx: Economía, política, derecho y estado. III. “Sobre la esencia de la constitución”, o la constitución como forma jurídica y esencia política. IV. Traducciones de la obra en los principales idiomas occidentales y necesidad de una nueva traducción española.

I. FERDINAND LASSALLE: UNA VIDA COMPROMETIDA CON SUS IDEALES

1. Ferdinand Lassal (que en 1847 afrancesó su apellido en “Lassalle”) nació el 11 de abril de 1825 en la ciudad, entonces prusiana, de Breslau (que hoy forma parte de Polonia con el nombre de Wrocław). Nacido en una familia judía era hijo de un rico comerciante de seda llamado Heyman Lassal (también conocido como “Loslauer”) y de Rosalie Lassal (nacida Heizfeld).

Desde su juventud, Lassalle mostró su carácter combativo tanto por sus propios intereses como por los de su patria. Con apenas 12 años retó por escrito a duelo a otro joven a quien disputaba el amor de una señorita. Poco después, cuando sólo contaba 15 años, ya denunciaba en su diario que Alemania era una gran mazmorra donde los derechos de los alemanes se hallaban pisoteados. Sus compañeros de estudios en el Instituto y la Escuela comercial (1835–1840) cuentan que Lassalle tenía un elevado concepto de sí mismo.

Contra la voluntad paterna que temía que el estudio de la Filosofía no pudiera garantizarle un medio de vida, Lassalle abandonó los estudios en

la Escuela Comercial porque no le satisfacía dedicar su vida sólo al comercio. Preferiría la reflexión y el cultivo del intelecto y preparó, con éxito, su ingreso en la Universidad. Lassalle se entregó totalmente a sus estudios de Filosofía. Especialmente interesado en la filosofía pre-socrática y en la filosofía alemana, y muy particularmente en Heráclito y en Hegel, aspiró inicialmente a convertirse en profesor universitario de Filosofía.

2. En su época universitaria, bajo el influjo de los “jóvenes hegelianos” y del socialismo utópico su pensamiento se inclinó hacia el socialismo. Fue Lassalle, a partir de esta base teórica, uno de los responsables de uno de los primeros levantamientos obreros en Alemania, la rebelión de los tejedores de Silesia de junio de 1844.

En 1845, cuando tenía 20 años, Lassalle conoció a la condesa Sofía Von Hatzfeld, que le doblaba en edad. La condesa, que había sido forzada a casarse cuando tenía 17 años, intentaba separarse por todos los medios de su marido que cada vez le humillaba más. Lassalle, que después de sus estudios de Filosofía, emprendió los de Derecho, asumió la representación de la condesa defendiendo su causa en 36 procesos a lo largo de 9 años (1846-1854). Las victorias judiciales hicieron famoso a Lassalle y la condesa, agradecida, le otorgó una renta además de apoyar sus ideas. Mientras se desarrollaban los procesos de la condesa, en febrero de 1848 Lassalle fue encarcelado como sospechoso del robo de una caja con importantes documentos. Sin embargo, tras una brillante defensa de su causa por él mismo, el jurado le absolvió en agosto de 1848, lo que significó su puesta en libertad.

En marzo de 1848 estalló la revolución alemana. Al menos desde un año antes, Lassalle estaba en estrecho contacto con revolucionarios franceses y fue entonces cuando francofonizó su apellido. Tras salir de la cárcel, Lassalle, multiplicó su activismo y trató en persona a Marx y Engels, siendo uno de los lectores del “Manifiesto Comunista” y del periódico fundado por Marx, el “Neue Rheinische Zeitung” en el que también colaboró.

En julio de 1849 sufrió un nuevo encarcelamiento por otro período de seis meses, esta vez por un artículo publicado en el que llamaba a dos iniciativas que, sin embargo, fracasaron y que luego serán objeto de reflexiones en “Sobre la esencia de la Constitución”: el propósito de armar unas milicias populares y la negativa al pago de impuestos. Al estar encarcelado esos meses, no pudo ser encausado con otros cabecillas revolucionarios en el “Proceso contra los comunistas” de 1849. Una vez libre, Lassalle fue uno de los pocos líderes que ni se exilió ni fue encarcelado. Pero no por ello cesó en sus actividades políticas. Desde entonces mantuvo el contacto epistolar, y a veces personal, con Marx, entre 1849 y 1862, pero Marx veía con reticencia a Lassalle tanto por ser un peligroso competidor intelectual

cuanto por las discrepancias sobre la cuestión del internacionalismo y del papel del Estado, que no compartía nuestro autor. Aunque Lassalle no compartía las tesis del “materialismo histórico, intentó formar parte de la “Liga de los Comunistas”, pero su solicitud fue rechazada por el comité central de Colonia. De ahí que fundara una organización, también ilegal, en Düsseldorf, ciudad vecina de Colonia. El hecho de que los órganos comunistas de Colonia rechazaran su militancia no fue óbice para que Lassalle les apoyara en el proceso que se siguió contra ellos en 1851-1852.

En la década siguiente, gracias a las rentas que le transfería la condesa Von Hatzfeld prosiguió sus estudios tanto jurídicos (publicó su obra “Sistema de los derechos adquiridos”, 1861) como filosóficos, volviendo al estudio de Heráclito.

La crisis constitucional prusiana de 1862-1864 supuso la cima de la proyección política de Lassalle. Esa crisis, fundamental para el desarrollo del Derecho Público alemán y clave para entender la obra “Sobre la esencia de la Constitución” (1862).

En mayo de 1863, tras sufrir un nuevo encarcelamiento (esta vez de un mes de duración) fundó en Leipzig la “Unión General de Trabajadores Alemanes”, la organización que al fundirse con el Partido de Eisenach, dio lugar al nacimiento del Partido Social Demócrata Alemán (SPD), aún presente como segunda fuerza del Parlamento alemán, en el Congreso de Gotha de 1875. El siguiente paso de Lassalle fue entrar en contacto con Bismarck con quien aspiraba a conseguir la aprobación del sufragio universal. El entendimiento de las dos figuras fue posible porque Lassalle no consideraba su adversario al Estado prusiano, sino a los liberales frente a los que propuso la aprobación por el Estado de un “salario mínimo”.

3. Durante una estancia en un balneario Lassalle conoció a la joven Helene von Dönniges con la que pretendió casarse. Pero se topó con la oposición del padre de la joven, un diplomático bávaro, y del hombre que el padre quería para su hija. Lassalle ganó en los tribunales un proceso por secuestro del padre a su hija. Pero no era suficiente. Lassalle intentó que el famoso director de orquesta Hans von Bülow y el compositor Richard Wagner mediaran en su favor ante el rey Luis II de Baviera. Sin éxito, Lassalle retó a duelo al padre de Helene que encomendó su defensa al joven que quería como esposo de su hija, el rumano Jancu Racovita. El 28 de agosto de 1864 se celebró el duelo en el que Lassalle fue herido mortalmente, falleciendo el 31 de agosto. Pese a los intentos de impedir su inhumación en el cementerio de Breslau, el temor de las autoridades a los tumultos por privar de las honras fúnebres a quien era ya una referencia política en Prusia, permitió que su cuerpo fuera inhumado en el cementerio judío de Breslau el 15 de septiembre de 1864.

II. LASSALLE O MARX: ECONOMÍA, POLÍTICA, DERECHO Y ESTADO

Como se ha dicho, Lassalle fue uno de los grandes exponentes del socialismo. De hecho, se podría decir, en la línea ya apuntada por Kelsen, que todo el socialismo se puede reconducir a dos posibles direcciones: la de Marx o la de Lassalle. ¿Cuáles son los aspectos fundamentales que distinguen el pensamiento lassalliano del marxista?

En primer lugar, y esto marca la diferencia esencial, el socialismo lassalliano es un socialismo “nacional”, frente al socialismo marxiano que es “internacional”. Este es uno de los aspectos que determinan la divergencia fundamental entre ambas corrientes del socialismo que derivó, en última instancia en la separación entre la socialdemocracia (de raíz lassalliana) y el comunismo (marxiano). Dicho de otro modo, según Lassalle la consecución de los propósitos de la clase obrera sólo se puede hacer en el marco de la Nación en la cual existe. Es decir, aunque se suela hablar de clase obrera no sería del todo exacto hablar de “una” clase obrera en el mundo, sino que se podría decir que hay tantas clases obreras como naciones. Cada circunstancia nacional implica la existencia de problemas peculiares que, por tanto, deben tener un tratamiento diferenciado.

En segundo lugar, Lassalle no compartía la premisa marxiana del “determinismo histórico”, sino que consideraba que la libertad (y voluntad) humana podían introducir elementos en la historia que podrían decidir la evolución de los acontecimientos en un sentido diferente al que seguirían de no haberse introducido (insisto, mediante la voluntad libre) esos elementos.

En tercer lugar, Lassalle no consideraba el Derecho simplemente como una “super-estructura” (en el sentido marxista) sino, me atrevería a decir, como una “infra-estructura” (en el mismo sentido). El Derecho era contemplado, así no sólo como una instancia “legitimadora” de una situación dada (una “super-estructura”), sino también como una herramienta valiosa con la que hay que contar, precisamente por la coactividad con la que se garantizan sus preceptos (una “infra-estructura”).

A mi juicio, todos estos aspectos se nutren de una idea común: Lassalle era más *realista* que Marx. Esta visión, a mi juicio, más realista que la de Marx se explica, en buena medida, por la propia trayectoria de Lassalle. Lassalle no fue un exiliado, sino alguien que vivió *en* la sociedad sobre la que reflexionaba. Lassalle no tuvo una vida privilegiada, sino que sacrificó la expectativa probable de una gran prosperidad material por el estudio teniendo que luchar para hacer realidad sus proyectos personales hasta el extremo que su último proyecto personal le costó la muerte. Lassalle no hizo

meras especulaciones teóricas, sino que defendió sus ideas y sus proyectos políticos y sociales, sufriendo la cárcel por ello. Y entre los instrumentos que utilizó en su lucha el Derecho se mostró como uno de los más eficaces.

III. "SOBRE LA ESENCIA DE LA CONSTITUCIÓN", O LA CONSTITUCIÓN COMO FORMA JURÍDICA Y ESENCIA POLÍTICA

1. La obra que en español, francés y portugués suele traducirse como "¿Qué es una Constitución"? se compone de dos textos fundamentales a los que se suelen agregar, en las ediciones en español, otros textos complementarios.

El primer texto es "*Über Verfassungswesen*", que es una conferencia pronunciada el 16 de abril de 1862 en Berlín y editada ese mismo año en esa misma ciudad, y cuyo título más correcto sería "Sobre la esencia de las Constituciones" o "Sobre la esencia de la Constitución". A este texto le siguió otra conferencia, presentada también en Berlín el 14 de noviembre de ese mismo 1862, y editada a comienzos del año siguiente en Zurich titulada "*Was nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen*" o "¿Y ahora qué? Segunda conferencia sobre la esencia de la Constitución".

Junto a estos dos textos fundamentales, las ediciones españolas incluyen otros tres textos. En primer lugar, sendas cartas, de 10 y 14 de enero de 1863, enviadas al diario "*Vossische Zeitung*". En esas cartas Lassalle protesta contra sendos artículos que manipulaban las palabras que pronunció en estas conferencias. El quinto y último texto es un breve, pero muy sustancioso texto, "*Recht und Macht*", correctamente traducido como "Derecho y Poder" (y no "Poder y Derecho") escrito y publicado en febrero de 1863.

2. El desencadenante directo de la obra de Lassalle es la crisis constitucional prusiana de 1861-1862. De acuerdo con el artículo 99 de la Constitución prusiana de 1850, el Parlamento tenía el "derecho" de aprobar los Presupuestos del Estado. El emperador prusiano Guillermo I tenía el objetivo de reforzar el Ejército (con el objetivo de conseguir la supremacía en el mundo germánico y la unificación alemana). Para ello presentó unos presupuestos que elevaban el gasto militar. El Parlamento rechazó aumentar los gastos si no se disminuía el período de servicio militar obligatorio, algo que no era aceptable para el monarca. Es en este contexto en el que el Emperador se niega a aceptar la voluntad del Parlamento, en el que se pronuncia la primera conferencia sobre la esencia de la Constitución. Poco después, el 23 de septiembre de 1862, Bismarck es nombrado Canciller (en Alemania, título equivalente a Primer Ministro) y su política no deja lugar

a dudas: hay que fortalecer el Ejército diga lo que diga el Parlamento. En un discurso pronunciado ante el Parlamento el 7 de octubre dijo (como así recoge Lassalle en su segunda conferencia) que “los *problemas de derecho* de la índole de éste, no suelen resolverse echando a reñir dos *teorías* opuestas, sino paulatinamente, por la *práctica* del derecho constitucional” (cursivas de Lassalle). Es tras este discurso que anuncia la voluntad del Gobierno de aprobar los presupuestos SIN el asentimiento del Parlamento cuando Lassalle pronuncia su segunda conferencia.

3. La lectura de la aportación de Lassalle nos descubre un Lassalle alejado de la idea que presentan muchos expositores haciendo de él sólo un teórico del concepto sociológico o político de Constitución.

En primer lugar, y lo más importante, es que contra lo dicho por algunos, para Lassalle la Constitución es norma jurídica, también es una ley, aunque no sea “una simple ley”, sino “algo más”. Por ello, a mi juicio, resulta simplificador decir que Lassalle defiende un concepto “sociológico” de Constitución. Sí, es cierto que para él la “esencia” de una Constitución no es jurídica, pero en ningún momento dice nuestro autor que la “forma” no sea, ni deba ser, jurídica. Y no puede extrañarnos esta conclusión, siendo Lassalle un brillante jurista que destacó en el foro.

Dicho esto, en segundo lugar, y partiendo, repito, de que una Constitución tiene y debe tener *forma* de ley (de ley fundamental), Lassalle se pregunta por la “sustancia”, la “esencia” de la Constitución. Y es entonces cuando considera que la esencia de la Constitución es ser la expresión de los factores reales de poder en una nación dada.

A partir de esta distinción básica, que queda clara en la primera conferencia, es posible comprender adecuadamente la segunda conferencia. Precisamente porque la Constitución es considerada formalmente como “norma jurídica” se puede hablar de un “Derecho Constitucional”, se pueden denunciar las “violaciones” de la Constitución y se puede impugnar, jurídicamente, el intento de derogar las “normas” por la “práctica”. Pero precisamente porque la “esencia” de una Constitución es la expresión de los factores reales de poder es por lo que, por un lado, se puede preconizar una Política Constitucional en la que también el pueblo, como uno de los factores reales de poder existente, pueda utilizar tácticamente su poder para defender sus derechos constitucionales y, por otro lado, pueda utilizar estratégicamente su poder para intentar reequilibrar más en su favor la expresión conjunta de los factores reales de poder existentes.

IV. TRADUCCIONES DE LA OBRA EN LOS PRINCIPALES IDIOMAS OCCIDENTALES Y NECESIDAD DE UNA NUEVA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

1. Las primeras traducciones de la obra de Lassalle se hicieron a los idiomas eslavos: serbocroata (1871); ruso (1878, 1897, 1900, 1903, 1905 y 1906); polaco (1891, 1905, 1906, 1907, 1912). Sin embargo, las traducciones a los idiomas occidentales fueron apareciendo con posterioridad.

Quizás fue el francés el primer idioma occidental en el que se vertió en 1896 la primera de las dos conferencias de Lassalle con el inexacto título "*Qu'est-ce qu'une Constitution*". Esa primera traducción hecha por Édouard Vaillant se publicó en el *Almanach de la question sociale* de 1896. Esta traducción conoció nuevas ediciones en París (1900), Gante (1910) y nuevamente en París (1985, en el nº 25 de la revista *Études de Marxologie*; y en 1998 en la casa Éditions Sulliver de París). Poco después de la traducción por Vaillant, en 1896 de la primera conferencia lassalliana sobre la Constitución, apareció en 1903 una nueva traducción, pero de las dos conferencias de Lassalle sobre la Constitución a cargo de Victor Dave y Leon Remy. En francés no me consta que se hayan publicado las cartas polémicas a raíz de la segunda conferencia sobre la Constitución ni el opúsculo "Derecho y Poder".

En italiano las dos conferencias sobre la Constitución de Lassalle fueron traducidas primeramente por Antonio Rovini y publicadas en la obra "*Raccolta degli scritti di C. Marx, F. Engels e F. Lassalle*", al cuidado de Ettore Ciccotti y editadas por Mongini en 1902. En 1945, Alessandro Groppali hizo una nueva traducción, con el título mucho más correcto de "*Sulla natura delle Costituzioni*", y publicada por la Casa Editrice Ambrosiana, de Milán. Más recientemente, Clemente Forte en el número 20 (1996) de la revista Behemoth ha publicado una nueva traducción con un título más exacto, "*Sull'essenza delle Costituzioni*". La traducción de Rovini de las dos conferencias sobre la Constitución fue reeditada en 1996. El opúsculo "Derecho y Poder" apareció en italiano en 1907 y no me consta que se haya vuelto a reeditar.

En portugués se publicó la traducción que hizo Albert Stöner de la primera conferencia lassalliana en São Paulo en 1933, con un título inspirado en las traducciones francesa y española ("*O que é uma Constituição?*"). Esta traducción de la primera conferencia ha sido reeditada varias veces (1980 y 2012). Existe también una segunda traducción, por Manoel Soares, de la primera conferencia ("*O que é uma Constituição politica*") publicada en Oporto en 1976 y reeditada en Río de Janeiro en 1987. En 1985 Aurelio Wander Bastos publicó una nueva traducción con cambios mínimos sobre

la que hizo Stöner, aunque entre esos cambios mínimos está el acertado cambio del título ("*A essência da Constituição*"). Poco después, aparecieron las versiones firmadas por Hiltomar Martins de Oliveira (Belo Horizonte, en 2002) y por Ricardo Rodrigues Gama (São Paulo, 2005), ambas con el inexacto título "*O que é uma Constituição?*".

En inglés apareció en 1927 la traducción de varios fragmentos. En 1942, con el correcto título "*On the Essence of Constitutions*" apareció la traducción completa de la primera conferencia de Lassalle sobre la Constitución, publicada en el nº 1 del volumen 3 de la revista comunista "*Fourth International*", en las páginas 25-31.

2. En español hasta ahora sólo existía dos traducciones. La primera traducción, debida a Wenceslao Roces, se publicó por la editorial Cénit, de Madrid, en 1931 y comprendía las dos conferencias sobre la Constitución (con el inexacto título "*¿Qué es una Constitución?*"), las dos cartas polémicas de Lassalle a raíz de la segunda conferencia (cuya traducción fue mutilada por Roces) y el opúsculo "Derecho y Poder" que arbitrariamente fue traducido por Roces como "Poder y Derecho". Esta traducción de Roces sigue de cerca la previa traducción francesa, de la que copia el inexacto título ("*¿Qué es una Constitución?*"). La versión de Roces ha tenido un extraordinario éxito editorial publicándose profusamente por diversas editoriales en España (1931, 1976, 1978, 1984, 1987, 1989, 2002 y 2004 y 2012), Argentina (1946, 1957, 1964, 1975, 1980, 1987), México (1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014)), Colombia (1994, 1997, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2008, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014) y Panamá (2003).

Existe también una segunda traducción, pero sólo de la primera de las conferencias lassallianas sobre la Constitución. Es la traducción debida a Manuel Acosta, y que fue publicada por Ediciones Hispánicas en México DF en 1987 (y reeditada en 1989 y 1990).

3. Era urgente y necesario realizar una traducción de la obra de Lassalle respetuosa con el texto original. Las traducciones existentes hasta ahora, sobre todo la hecha por Roces no son fieles al texto original. Esta falta de fidelidad al original alemán es la causa de graves problemas y no es el menor el de haber causado una deficiente comprensión del pensamiento constitucional de Lassalle.

Los problemas de la traducción de Roces (omito comentar ahora la versión de Acosta que, por lo demás, no traduce ni la segunda conferencia, ni las cartas de Lassalle polemizando sobre la segunda conferencia ni el opúsculo "Derecho y Poder) son numerosos y graves. En primer lugar, Roces omite traducir algunas palabras o pasajes. En segundo lugar, Roces

en alguna ocasión introduce palabras o frases que no están en el original. En tercer lugar, no respeta todos los pasajes que fueron enfatizados por Lassalle. En cuarto lugar, Roces tampoco respeta todas las divisiones de párrafos que hizo el autor en su obra original. En quinto lugar, en las cartas que aparecen como apéndice a la segunda conferencia de Lassalle sobre la Constitución resulta bastante escandaloso que en la versión de Roces se suprimieran, sin dar ninguna explicación, varios párrafos completos. En sexto lugar, conviene notar que varias de las notas que Roces introdujo al texto de Lassalle son deficientes: así, por ejemplo, se atribuyen de forma errónea unos versos de un poeta alemán y se traduce equivocadamente algún verso que está en latín.

Todo esto es sumamente grave y justifica por sí mismo la necesidad de una nueva traducción. Pero hay un motivo aún más importante: las palabras y pasajes claves para entender los textos de Lassalle no están bien traducidas en la versión de Roces. En primer lugar, hay que destacar que en la traducción hasta ahora existente se traducía mal el título de la obra que no es “¿Qué es una Constitución?”, sino “Sobre la esencia de la Constitución”. En segundo lugar, Roces no distingue en su traducción entre dos conceptos (“Verfassung” y “Konstitution”) que en Lassalle son distintos y cuya diferenciación es absolutamente fundamental para una correcta comprensión de Lassalle. En tercer lugar, la propia definición que da Lassalle de la esencia de la Constitución aparece mal traducida por Roces que habla de “factores reales de poder” en lugar de la correcta “relaciones fácticas de poder”.

DICCIONARIO AMERICANO DE DERECHOS *

Víctor J. Ortecho Villena

Hace algo más de un año, que circula un extraordinario diccionario que contiene los Derechos Constitucionales y los Derechos Humanos, producto de la participación de 600 juristas de América y también de España. Esta obra ha sido patrocinada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y dirigida por el instituto de Investigaciones Jurídicas de tal entidad académica latinoamericana.

El diccionario cuenta con dos tomos, y su título completo es *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*. ¿Por qué ese nombre? La razón es la siguiente, que las libertades y derechos que han sido conquistados históricamente a través de luchas sociales y ha tenido que ser reconocido por los organismos internacionales y por los Estados, para que sean respetados, tiene que establecerse procedimientos y medidas para su debida aplicación. De allí la existencia de una disciplina jurídica denominada Derecho Procesal Constitucional. Y como el ámbito interno los Derechos Constitucionales, han sido receptados con el nombre de Derechos Fundamentales; en el ámbito externo se denomina Derechos Humanos, y precisamente a estos los protege la Convención Americana, denominada también Pacto de San José de Costa Rica, se justifica que el título del diccionario emplee el termino convencional. Como es bien sabido, los ejes principales del desarrollo jurídico constitucional, ha sido México y Argentina. De allí que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,

(*) Publicado en "La Industria", Trujillo, 15 de enero de 2016.

haya sido justo en expresar el inicio del primer tomo del diccionario, al expresar su reconocimiento y homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio, forjador del Derecho Procesal Constitucional. Los colaboradores de la obra han sido 600 constitucionalistas de los diversos países de América y también de España. Entre los cuatro peruanos tres de Lima: César Landa Arroyo, Gerardo Eto Cruz y Domingo García Belaunde y otro de Trujillo, Víctor Julio Ortecho, quien suscribe el presente artículo.

NECROLÓGICA

ALESSANDRO PIZZORUSSO (1931–2015)

Gerardo Eto Cruz *

SUMARIO: I. La influencia y gravitación del pensamiento de Alessandro Pizzorusso en Iberoamérica. II. Su proyección académica. III. Recuerdo de una crónica de viajes a diversas universidades europeas.

I. LA INFLUENCIA Y GRAVITACIÓN DEL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO PIZZORUSSO EN IBEROAMÉRICA

La recepción de la doctrina y la influencia de los científicos, qué duda cabe, no tiene fronteras. Y ello es así, dado el rol que cumplen los científicos que forman parte de una comunidad que no tiene banderas ni nacionalidades, solo el quehacer de su producción intelectual y científica.¹ En el caso del mundo jurídico o más propiamente de las ciencias jurídicas, no escapa a esta observación. Iberoamérica, y en especial todos los países de nuestra región latinoamericana, reciben los diversos aportes de lo mejor que se produce en el mundo europeo. Este es el caso de la vasta producción intelectual del profesor Alessandro Pizzorusso recientemente fallecido y que hoy ocupa este breve obituario.

El 14 de diciembre de 2015, las noticias inmediatamente llegaban desde los correos electrónicos, las “redes” y notas periodísticas: había fallecido el

(*) Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Nacional de Trujillo y San Martín de Porres. Ex-magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

⁽¹⁾ GRAYLING, A.C.: *El poder de las ideas. Claves para entender el siglo XXI*, traducción de Francisco J. Ramos, Ariel, Barcelona, 2015.

ilustre iuspublicista italiano Alessandro Pizzorusso, quien constituye uno de los más grandes exponentes del pensamiento constitucional italiano y cuya influencia se extendió allende a sus fronteras y en especial el mundo hispanohablante.

Alessandro Pizzorusso nace en Lucca, en 1931, bella ciudad que forma parte de La Toscana, región situada al noroeste del centro de Italia y que alberga a Florencia, Siena, Pisa, San Gimignano, Livorno. Luca es una ciudad que tiene una rica tradición e historia, allí nacieron muchos hijos ilustres, destacando por ejemplo Giacomo Puccini, célebre compositor italiano, el Papa Lucio III.

Había sido profesor emérito de la Universidad de Pisa. Recordemos que se incorpora a esta Casa Superior de Estudios en 1972. Igualmente el magisterio de su enseñanza lo ejerció entre 1981 y 1989 en la Cátedra de Derecho Constitucional Comparado en Florencia. Antes de su inicio en la docencia, había sido asistente entre 1965 a 1971 del magistrado de la Corte Costituzionale Costantino Mortati.

Al lado de la docencia universitaria, el profesor Pizzorusso ejerció la magistratura. Ello, sin embargo, no menguó en ningún momento su vocación que le deparó toda su vida: el estudio y reflexión del Derecho Público en sus diversas vertientes.

Formó parte del Consiglio Superiore de la Magistratura y redactó en su condición de experto por la Comisión Europea el Informe: "*Affirming fundamental rights in the European Union*", publicado en febrero de 1999.

Como veremos luego, Alessandro Pizzorusso amén de una cultura cosmopolita, cultivó una formación de rigor intelectual sin ostentarlo. Es una constante y delicia de los grandes hombres: la coquetería de la sencillez y humildad.

Una ruta en la vida del profesor Pizzorusso ha sido su inquebrantable espíritu anti-autoritario que habría de delinearlo en su pensamiento jurídico y en sus fallos que, como magistrado, fue construyendo y que desencadenó un activismo para afirmar los contenidos axiológicos de la Constitución.

II. SU PROYECCIÓN ACADÉMICA

No cabe duda que en el mundo académico probablemente el *sentido de la vida* de muchos científicos sea justamente el quehacer reflexivo y el constante trabajo intelectual que produce una espiritual sensación de placer, aun cuando ello sea un quehacer fatigoso y silencioso y quizá, para muchos, incomprendido. Con todo, el profesor Alessandro Pizzorusso no escapa a este quehacer y al sentido de la vida del que se ha dedicado al trabajo de pensar y reflexionar a partir de las realidades y, en base a ello,

impulsar heterodoxas investigaciones en el mundo jurídico y político. Ese espíritu inquieto le llevó a publicar a lo largo de su vida cerca de mil trabajos que van desde libros, monografías, ensayos, artículos, notas a sentencias de todo este vasto campo del Derecho Público, y en especial, del Derecho Constitucional.

Mucho más preciso, podemos señalar que sus predilecciones académicas se ubicaban en los sectores de la Teoría Constitucional, Jurisdicción Constitucional, Teoría General de los Derechos Fundamentales, Politología, Estado democrático, Sistema de fuentes, Estructura y Organización del Estado, Multiculturalismo, en particular, derechos lingüísticos, y Derecho Comparado.

Entre sus principales libros que han circulado en el mundo hispanohablante destacan:

Justicia, Constitución y pluralismo, Palestra, Lima, 2010.

Las sentencias básicas de la Corte Constitucional italiana: estudios de una jurisdicción de la libertad (en coautoría con Miguel Ángel Presno Linea), Toni Roger Campione, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2010.

Curso de Derecho Comparado, Ariel, Barcelona, 1987.

Lecciones de Derecho Constitucional, CEC, Madrid, 1984.

III. RECUERDO DE UNA CRÓNICA DE VIAJES A DIVERSAS UNIVERSIDADES EUROPEAS

El deceso físico del ilustre maestro de Pisa, Alessandro Pizzorusso, nos trae a colación el recuerdo de una estancia de viajes que hicimos los profesores Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini, José F. Palomino Manchego, Vladimir Arriaga Pinedo y el que esto escribe.

Este viaje se inició el 2 de octubre de 2001, primero en Bologna bajo la invitación del profesor Lucio Pegoraro (Vicenza, 1952), en la Universidad de Bologna la universidad más antigua probablemente del mundo. Allí se realizó un encuentro titulado: “*Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriali, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti*”.

El 3 de octubre se realizó una visita al profesor Giuseppe de Vergottini en su bufete. Después de otras estancias entre Venecia y Florencia, tomamos el tren para Pisa. Es allí donde conocimos personalmente al profesor Alessandro Pizzorusso. Recuérdese que la Universidad de Pisa fue creada en 1343, y hoy concilia todo lo mejor de tradición y modernidad. Nos recibió en el Departamento de Derecho Público que funciona en la *Piazza dei*

Cavalieri 2. Allí igualmente estuvo presente el profesor argentino Antonio A. Martino, a la sazón igualmente profesor de esta universidad y que en esos momentos, dirigía el Instituto Internacional de Estudio y Formación sobre Gobierno y Sociedad en coordinación con la Universidad del Salvador (USAL) de Argentina.

El profesor Pizzorusso, con la cortesía y la sencillez que le caracterizó, hizo no solo las atenciones, sino como recuerda el profesor Palomino Manchego, acucioso cronista de estos datos, facilitó un caudal bibliográfico sobre la enseñanza y origen del Derecho Constitucional en Italia. Por esos días se debatía en Italia la reforma a su Constitución, y don Alessandro ilustraba a los visitantes con penetrantes y sugestivos comentarios demostrando ser un profesor conocedor de la realidad político-constitucional de Italia. Un detalle de este maestro es que recordaba con fruición la traducción al castellano que hiciera Javier Jiménez Campo de la tercera edición su *Lezioni de Diritto Costituzionale*, que publicó el entonces Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de Madrid en 1984 y que estuvo precedida de un estupendo prólogo de Francisco Rubio Llorente.²

Esta estancia breve en Pisa habría de terminar con un almuerzo, en donde se degustó por partida doble la comida mediterránea y la bonhomía del ilustre profesor de Pisa. Luego seguiríamos nuestro viaje a Roma, con Gustavo Zagrebelsky, entonces juez de la Corte Constitucional, y luego en Madrid con la visita a otros ilustres publicistas, que ya han quedado en el recuerdo su espíritu y aporte al pensamiento constitucional. Recordamos así la visita a partir del 12 de octubre del 2001 en Madrid a Eduardo García de Enterría (1923–2013). En la Universidad Carlos III (Getafe) con el profesor Luciano Parejo Alfonso. Allí igualmente nuestra comitiva fue recibida por el entonces Rector don Gregorio Peces-Barba Martínez y los profesores Eusebio Fernández y Javier de Lucas. Igualmente se hizo visita al profesor Francisco Fernández Segado, otrora catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela y hoy de la Universidad Complutense, así como en el País Vasco al profesor Javier Tajadura Tejada.³

Este breve recuerdo de una crónica, hoy resulta en perspectiva, motivo de reflexión: son ya varios los maestros de maestros que han dejado su indeleble huella y su paso por esta vida terrenal; y su impronta en la ciencia del saber constitucional está allí como toda obra, sus libros para que sean abiertos y construyan e instruyan a las nuevas generaciones.

⁽²⁾PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de derecho constitucional*, 2 tomos, traducción de Javier Jiménez Campo, CEC, Madrid, 1984.

⁽³⁾Al respecto, puede verse el "Prólogo" que generosamente hiciera el profesor José F. Palomino Manchego al libro nuestro *Estudios de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional de Trujillo / Editorial Nuevo Norte, Trujillo, 2001, pp. I-XXIV, específicamente, p. XI-XII.

En el caso del profesor Pizzorusso, su imperturbable vocación académica está demostrada no solo en su cuantiosa producción, sino en su infatigable lucha por hacer del quehacer político una vida de entrega a la causa democrática y con ello de las libertades y respeto a la persona. No olvidemos que Pizzorusso, como toda una generación de pensadores y filósofos, como por ejemplo Umberto Eco (Alessandria, 1932 – Piamonte, 2016) fueron justamente anti-fascistas y recibieron el influjo, entre otros, de Benedetto Croce (1866–1952), como de Antonio Gramsci (1891–1937), y desde luego, de Norberto Bobbio (Turín, 1909 – Turín, 2004).

Cada vez que ocurre el obituario de una persona que puede predicar la relación de una amistad, de un ser querido o acaso de una gran personalidad lejana y distante pero que le llegó su postrero final en el reino de este mundo, suscita de pronto ese sentimiento de reflexión sobre el sentido de la vida y de pronto, la evidencia de la naturaleza frágil de todo ser humano.⁴ A ello se agolpa, desde el pensamiento de occidente el miedo para muchos a lo ignoto e incomprensible de lo que es en sí la muerte.⁵

El sentido de la vida, se ha reflexionado, puede tener diversas interpretaciones, desde la felicidad para unos, para otros el deseo. Freud creyó que el sentido de la vida era el deseo y, a la postre, se convenció que era la muerte. Según el propio Freud, todos somos esclavos en última instancia del Tánatos (o la “pulsión de muerte”⁶). Esta aseveración, con todo, no es halagüeña, pese a su cruda realidad. Y es que quizá la muerte se nos antoja demasiado lúgubre para que sea en sí el sentido de la vida. Creemos que el sentido de la vida debe descubrirlo cada uno, dada nuestra transitoriedad en este reino. El mundo de los escribas y pensadores son imprescindibles, pues sus reflexiones permiten a los demás reconducir yerros y aciertos. La imagen postrera que nos deja don Alessandro Pizzorusso nos dibuja las reflexiones de una biblia humanista del filósofo A. C. Grayling:

1. Una vida humana dura menos de mil meses. Sabios son quienes multiplican esos meses buscando, viviendo muchas vidas en la plenitud de la suya.
2. Pues estamos sentenciados, pero con un indulto indefinido: tenemos un intervalo, y luego nuestro mundo deja de tener un lugar para nosotros.
3. Algunos pasan este intervalo en la apatía; otros, en altas pasiones; los más sabios, en el arte y la canción.

⁽⁴⁾ ARIES, Philippe: *El hombre ante la muerte*, Taurus, Madrid, 2011, p. 111; VOLK, Tyler: *Muerte*, traducción de David González Rayo, Kairós, México / Barcelona, 2009; BOWKER, John: *Los significados de la muerte*, Cambridge University Press, 1991.

⁽⁵⁾ DELUMEAU, Jean: *El miedo en occidente*, versión castellana de Mauro Armíño, revisada por Francisco Gutiérrez, Taurus, México, 2012, p. 37 y ss.

⁽⁶⁾ EAGLETON, Terry: *El sentido de la vida*, traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2008.

4. Los sabios ven que nuestra gran oportunidad es ensanchar ese intervalo, en conseguir tanto como sea posible en el tiempo otorgado.
5. La pasión puede ofrecernos un sentido más vívido de la vida; puede darnos el éxtasis y la pena de amar;
6. Los sabios dicen: 'asegurémonos de que proporciona el fruto de una conciencia verdadera y multiplicada'
7. De tal sabiduría están llenas la pasión poética, el deseo de belleza, el amor por el arte.
8. El deseo de conocimiento por sí mismo y por el bien de la humanidad".⁷

La Pontificia Universidad Católica del Perú le otorgó el doctorado "honoris causa" en el 2007. La *laudatio* estaría a cargo de Gorki Gonzáles Mantilla.

Hizo una visita al Tribunal Constitucional, en donde departimos con el profesor Pizzorusso un almuerzo. La visita se realizó el 3 de diciembre del 2007, quien estuvo muy animado durante algunas horas con los magistrados del Tribunal; allí se habló sobre la justicia constitucional en Italia y su influencia en América Latina. Allí, recuerdo, también, conversamos en torno a lo que Claudio Magris ha calificado determinadas conductas de los altos jefes de Estado como *política pop*, concepto que hoy refleja lo que en la década de los setenta el politólogo francés Roger-Gerard Schwartzberg denominó *Estado espectáculo*. Allí fustigaba a Berlusconi, probablemente uno de los exponentes de la "política pop" de Italia.

Riposa in pace, professore Pizzorusso.
Lima, 14 de abril de 2016

⁷⁾ GRAYLING, A. C.: *El buen libro. Una biblia humanista*, traducción de Joan Andreana Weyland, Ariel, Barcelona, 2012, p. 22.

DOCUMENTOS

DISCURSO DEL DR. MANUEL MIRANDA CANALES AL ASUMIR LA PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (LIMA, 5 DE ENERO DE 2016)

Señoras y señores:

Deseo iniciar estas palabras, agradeciendo a los señores Magistrados del Tribunal Constitucional, por haber depositado su confianza en mi persona, al elegirme como Presidente de este Alto Tribunal, para el periodo 2016 – 2017.

El Tribunal Constitucional, conforme a su Ley Orgánica, es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás Poderes del Estado y órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Gestión institucional

Mi gestión estará inspirada en cuatro pilares básicos:

1. Acercar la justicia constitucional a los ciudadanos del interior del país.
2. Atender con mayor eficiencia y diligencia las causas pendientes de resolución, bajo los principios de celeridad y economía procesal.
3. La transparencia, la honestidad y la probidad en el ejercicio de nuestras funciones administrativas y jurisdiccionales.
4. El respeto de los principios de autonomía e imparcialidad en la función pública, con total independencia del poder político, del poder económico y otros poderes fácticos.

Acercar la justicia constitucional a la población

En sintonía con la propia Constitución, que establece que la Justicia emana del Pueblo; mi primer esfuerzo será acercar la justicia constitucional a la ciudadanía en general, especialmente a los ciudadanos del interior del país; con la política de puertas abiertas del Tribunal Constitucional y la creación de un medio de comunicación, de la misma forma que tienen el Congreso de la República, el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones. De este modo, se podrá acercar el Tribunal Constitucional a la ciudadanía, informando de las líneas jurisprudenciales y de los precedentes vinculantes adoptados por el Tribunal Constitucional, así como abrir el diálogo con los justiciables, abogados y académicos.

Este acercamiento de la Justicia Constitucional a la ciudadanía del interior del país, se dará también a través de la implementación de audiencias públicas descentralizadas. En este sentido, además de las ya creadas Macro Región Lima-Callao, macro región Sur con sede en Arequipa y la Macro Región Norte, con sede en La Libertad; impulsaré la creación de las Macro Regiones Centro y Nororiental.

Atención de las causas pendientes de resolución

Cada año, este Tribunal Constitucional emite un conjunto de sentencias que marcan la pauta para todos los operadores jurídicos, como Jueces, Fiscales, procuradores, abogados y ciudadanía en general; no obstante, debemos tomar en cuenta que vienen a este Tribunal Constitucional, en los procesos constitucionales de la libertad, vía recurso de agravio constitucional, muchos otros casos que, sin tener la relevancia constitucional, ni repercusión mediática o académica de otras sentencias, también merecen atención oportuna.

Durante el año 2015, el Tribunal Constitucional recibió alrededor de 7300 nuevos expedientes. Al día de hoy, mi gestión recibe una carga procesal de poco menos de diez mil expedientes, incluidos los que ingresaron en los años 2014 y 2013. Estamos recibiendo más causas, y ello, entiendo que se debe a la buena labor que este colegiado viene realizando desde hace aproximadamente un año y medio, en la atención de los procesos constitucionales.

Detrás de cada expediente hay un ser humano con una pretensión que merece una respuesta definitiva. No podemos ser indiferentes ante ello, por lo que durante mi gestión *se declarará en emergencia la atención de las causas pendientes de resolución*; para cuyo efecto, las Salas y el Pleno del Tribunal Constitucional prestarán mayor atención para resolver con prontitud los procesos constitucionales que llegan a este Tribunal.

Para ello, sé que cuento con el apoyo decidido del Pleno del Tribunal Constitucional, así como de los asesores jurisdiccionales y personal de la Relatoría, a fin de dar mayor celeridad a los procesos desde que llegan al Tribunal hasta la emisión de la resolución correspondiente. Solo si todos tomamos conciencia de que estamos sirviendo a los altos intereses institucionales y del país, podremos salir adelante.

Transparencia y probidad

Mi gestión en la Presidencia del Tribunal Constitucional, estará caracterizada por la transparencia y la probidad en el ejercicio de nuestras funciones administrativas y jurisdiccionales, las cuales están garantizadas por las calidades personales y profesionales de los magistrados que me acompañan en el Pleno, que como se ha manifestado recientemente en un medio de comunicación masiva; constituye una conformación con una valla alta por el nivel de los Magistrados constitucionales elegidos por el Congreso de la República.

Si en el desarrollo de las actividades del Tribunal Constitucional se cometiera alguna irregularidad, seré el primero en marcar la pauta para las investigaciones, correcciones y eventuales sanciones a que dieran lugar; en aras del normal funcionamiento del Tribunal y de alcanzar el respeto y la legitimidad social, que como institución tutelar del Estado Constitucional, nos corresponde.

En consonancia con este espíritu de transparencia y rendición de cuentas, debo señalar que, de manera previa a esta juramentación, el que habla, de común acuerdo con el señor presidente saliente, Doctor Óscar Urviola Hani, hemos conformado una *Comisión de transferencia*, a través de la cual, la gestión que se inicia, viene recibiendo un informe detallado del estado situacional de la institución.

La instauración de una comisión de transferencia para el cambio de gestión, constituye para este Tribunal Constitucional, una medida inédita, pero necesaria para garantizar la continuidad en la debida impartición de justicia constitucional. Demás está decir, que cuando me toque dejar la presidencia, se procederá del mismo modo.

Es importante destacar la actuación oportuna de la Oficina de Control Interno, que funcionalmente depende de la Contraloría General de la República, a la que desde ya, le pido su colaboración con mi gestión, haciendo saber de cualquier irregularidad, que nos permita aplicar los correctivos necesarios. El órgano de control no solo actúa sobre hechos ya realizados, sino que en muchos casos, tiene la facultad de ejercer un control preventivo, para garantizar el normal desarrollo de las funciones de este Alto Tribunal.

Centro de estudios constitucionales

Quisiera destacar la labor del Centro de Estudios Constitucionales, institución reconocida en nuestra Ley Orgánica, como el órgano de investigación, académico y técnico de apoyo al desarrollo y cumplimiento de los objetivos del Tribunal Constitucional.

La actividad del Centro de Estudios Constitucionales, a cargo del Magistrado, doctor Carlos Ramos Núñez, merece destacarse. La biblioteca ha aumentado sus volúmenes en forma sustantiva, los cursos que se dictan se han incrementado y las publicaciones han subido en número y calidad. Podría decirse que se ha iniciado una firme institucionalización y simplemente debe consolidarse. Esperemos que el año que comienza pueda emplearse eficazmente la plataforma digital que se creó para ampliar la capacitación en el interior del país. Cientos de abogados, estudiantes de Derecho y funcionarios del Estado, esperan con ansias ese relanzamiento. Es, también, el compromiso del presidente del Tribunal Constitucional y, sin duda, del Director del Centro de Estudios Constitucionales que ello ocurra. Es tarea del Tribunal desarrollar una cultura y un sentimiento constitucional. En esa dirección, se publicarán ediciones populares de la constitución y ediciones adaptadas de nuestra Carta Política, para niños y adolescentes.

Tareas a corto plazo

En cuanto a las tareas a corto plazo, nos espera un año en el que la prioridad será una mejor atención a los procesos constitucionales, y – para tal fin- se dispondrá la realización de más sesiones de las salas y del Pleno para la discusión de los casos jurisdiccionales pendientes.

En cuanto a las tareas específicas que debe cumplir mi gestión durante el año que iniciamos, se encuentra la implementación del nuevo local del Tribunal Constitucional. Este nuevo local tendrá todas las condiciones para ofrecer un mejor servicio de justicia y un trato cordial y respetuoso a los señores abogados y a los justiciables.

Asimismo, el presente año, en el mes de junio, nuestro Tribunal Constitucional organizará la *Décimo Primera Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional: Estado Constitucional y desarrollo económico*, oficializada a través la Resolución Ministerial del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 0742-2015. Se trata de un evento de especial importancia, que colocará al Estado peruano, en una posición relevante en el escenario internacional de protección de los derechos fundamentales.

Palabras finales

Es compromiso del Tribunal Constitucional defender el orden constitucional, ya que ningún individuo estará por encima del Estado de Derecho. Como lo ha expresado este Tribunal Constitucional, no existen zonas exentas de control constitucional. Por ello, ninguna institución puede sustraerse al desarrollo de nuestras labores de interpretación vinculante conforme a la Constitución y de control de la constitucionalidad, tareas que ejercemos y ejerceremos con pleno respeto de los derechos constitucionales.

Como bien se sabe, la justicia constitucional, no es sólo tarea de este Tribunal. El Poder Judicial es competente en cinco procesos constitucionales, además, del control concreto de constitucionalidad. La especialización es necesaria para una mejor administración de justicia. Por ello, vamos a celebrar un convenio con el Poder Judicial para realizar actividades conjuntas. Y en esa línea, desde aquí, aprovechando la presencia del señor Presidente del Poder Judicial, hago una invocación para que, así como existen órganos jurisdiccionales especializados en lo civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, entre otros, en aquellos distritos judiciales en los que haya una significativa carga procesal en materia de procesos constitucionales, se creen salas superiores en materia constitucional, y juzgados especializados constitucionales, si no los hubiera.

Me espera entonces, una tarea de enorme relevancia, pero también de gran complejidad. Afortunadamente esta tarea no la emprendo solo, sino que cuento con el apoyo del Pleno del Tribunal Constitucional y del personal de la institución, que conforman un equipo humano de primer nivel, que estoy seguro, estará a la altura de los retos venideros; además, de todos ustedes; Presidentes de los Poderes de estado; Jefes de órganos Constitucionales autónomos, instituciones públicas, medios de comunicación y ciudadanía en general, para garantizar la plena vigencia del llamado Orden Constitucional.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *

José León Barandiarán

En 1948 se realizó un proceso por demás precipuo en la historia de la humanidad: vino a la luz la llamada “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Toda celebración es característicamente rememoración. El hombre es por intrínqueza ontológica, un ser histórico. En su presente no se evanesce su pasado y aquél esta preñado por su futuro. Lo que hace o no hace como ser previsor y dada su tendencia prospectiva, compulsando lo que es conseqüentario a una existencia a desarrollarse; y de ahí que tenga anhelos como inquietudes, que alimente esperanzas como desazones, que elabore proyectos, que conciba propósitos, y a lo largo de tal esfuerzo y de tal tensión, de tal preocupación, que es como si quisiera trascender su actividad hacia su porvenir, el hombre va progresando, no en decurso infracto, pero que en líneas generales sí se efectúa, pese a detenciones y hasta regresiones, que son eventualidades obstativas, sin duda, más que en luengo son superadas; de tal modo que puede tomarse aquí aquella célebre expresión de Lenin, de “un paso atrás, dos adelante”.

El hombre asignado a la Declaración puede dar lugar a algunas acotaciones someras. Ella se autotitula con el epíteto de universal. Su propósito es el de ofrecer una referencia destinada a todos los hombres, en lo incumbente a sus derechos. El sentido panantropónimo aparece así de la propia denominación. En buena cuenta, es el primer intento plenamente

(*) Publicado en el Suplemento “Dominical” del diario “EL Comercio”, Lima, 22 de diciembre de 1985

logrado al respecto. *Strictu sensu*, desde el punto de vista de la respectiva competencia territorial, o personal, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que alumbró con la Revolución Francesa, así como la Declaración de 1793, producida por la gloriosa Convención, representaron documentos políticos de un país, aunque como todos los propios de un régimen constitucional, con posibilidades de aplicarse no sólo a nacionales sino también a extranjeros. Lo mismo cabe decir de la Declaración de Filadelfia de 1776.

La Declaración Universal de 1948 no es estrictamente lo que se llama derecho positivo; no es una ley con la calidad rigurosa de ésta; no es un tratado, que es una forma de ley, en cuanto pacto interestatalmente obligatorio. Pero tal Declaración es; quiere decirse ónticamente hablando no se puede negar su existencia; apareciendo como un algo, como **esse**, pues, dado dentro de un determinado *modus essendi*.

Si nosotros nos atenemos al nombre utilizado en la Declaración Universal de 1948, se trata **prima facie** de una referencia al derecho en sentido subjetivo. La Declaración, en efecto, muestra cuales son las facultades que pertenecen a los hombres, las situaciones que les son condecenas como titulares de ciertos poderes para actuar, de una legitimación activa, por lo tanto, de cierto estatus que les debe de ser reconocido.

La Declaración Universal de 1948 invita a reflexionar sobre el presupuesto humanista que subyace en ella. Jaspers ha escrito que en el humanismo hay que ver el sentido que permite reconocer en cada hombre la dignidad de tal. Por humanismo se entiende no sólo cierto tipo de hombre realizado, sino la posibilidad indefinida, que en la actualidad humana no termina jamás, de superación. Es la manera de realizar cabalmente tal cualidad, pero no su misma realización, porque esto último representaría un acabalamiento, como atajo definitivo a la evolución progresiva, siendo así que ésta es interminable. Partiendo de esa noción de humanismo se puede explicar la formación de una obra como la Declaración Universal de 1948.

Al ente humano le corresponde atributos ingénitos. La diferencia entre él y otros entes es ónticamente radical. Ello exige un tratamiento propio del hombre y para el hombre. Y como la operatividad del derecho deriva del hombre, propiamente hablando, no se concibe como exigencia racional, que se pueda proceder respecto a un hombre de un modo incompatible con la esencia de quien es autor de ese régimen de comportamiento.

La Declaración de 1948 como es una de índole universal, sobre derechos que fundamentalmente corresponden al hombre, erigiéndose sobre el reclamo de la justicia, partiendo así de una apreciación axiológica, hace pensar en el derecho natural. Es tal Declaración una que recoge los llamamientos desiderativos a cumplirse por un régimen que se deba instituir

como derecho positivo, y que propugne los principios de justicia a los cuales debe exaudir. Esa Declaración es derecho, así no rija como disciplina necesariamente positiva, pues no es tratado internacional, y su incorporación al derecho interno de un país es hecho circunstancial; esa declaración repetimos, es derecho, porque su menester esta dado por hacer formulaciones de carácter jurídico y, por lo dicho antes, de que se asocie con la idea del derecho natural.

Otra enseñanza eminente que deriva de la Declaración de 1948, dada la universalidad que asume, es que en materia de regulación de ciertas relaciones jurídicas tiéndese a resaltar el carácter internacional de éstas. La Declaración fue obra de una entidad internacional: la ONU. Su fisonomía universal, en lo tocante al realce de los derechos objeto de la mencionada Declaración, imponía que ésta se generase por un acto de carácter universal, y ello pudo corresponder a la ONU. Se ha creado una conciencia solidaria entre las gentes del orbe, cual si hubiese nacido una especie de endopatía volcada hacia el campo jurídico, al reputarse que el agravio cometido a algún derecho fundamental humano afecta a toda la humanidad. Así, ha germinado un sentimiento de coimplicancia situacional en este orden de cosas, para el *humanis generis*.

Cabe preguntarse qué validez y qué vigencia y qué eficacia le son adjudicables a la Declaración Universal de 1948. Si entendemos como validez el contenido valorativo de un objeto cultural con referencia a la Declaración Universal de 1948, teniendo en cuenta que importa un producto humano, dirigido a una consecución axiótica. Adicta a los postulados incubados en el ideal de la justicia, la Declaración es, así, un objeto cultural.

La afirmación de los derechos fundamentales incumbentes al hombre representará siempre un inestimable factor ductivo en el progreso de la humanidad, para que se alcance una situación cada vez mejor en acogimiento a lo que la justicia propugna. Actualmente afirma la perentoriedad de ésta para la organización de la vida de la comunidad, y diríase que hay que reafirmarse al respecto en el pensamiento platoniano, exaltando a la justicia como virtud madre. Y cuando la inspiración de esta última fulge, como ocurre en la Declaración Universal de 1948, se ha cumplido lo expresado por Nietzsche, de que para vivir hay que valorar; habiéndose en escopo del bien social dado obstención a una calabiótica social no obnoxia de frangirse senescentemente, siendo de repetir con El Quijote, que “siempre es alabado más el hacer el bien que el mal”.

Lima, 8 de diciembre de 1985

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES *

Raúl Ferrero

Para impedir el abuso del poder, el Estado de Derecho ha multiplicado las autoridades públicas, en forma tal que las atribuciones de cada una estén limitadas por las de una autoridad conexas. Un sistema de competencias diferenciadas garantiza el cumplimiento de las normas y obliga a cada autoridad u organismo estatal a ceñirse a la órbita que le es específica. De este modo, los órganos del Estado no pueden exigir algo sino en virtud de normas preestablecidas. El análisis de tal concepción, que regula sabiamente derechos y deberes, lleva necesariamente a preguntarse por qué el Estado se somete al Derecho que él mismo crea, lo que no tiene más explicación que la obligatoriedad de normas éticas no escritas que se identifican con el ideal de Justicia.

El control de la constitucionalidad de las leyes es el mecanismo ideado para evitar los excesos del poder y garantizar los derechos individuales. Tal control jurisdiccional puede ejercerse por razón de la forma del precepto o por razón del contenido. La inconstitucionalidad formal, o sea extrínseca, consiste en que una norma haya sido sancionada sin observarse el proce-

(*) En 1960 el Colegio de Abogados de Lima convocó un Fórum sobre la "Inconstitucionalidad de las leyes", al cual asistieron y disertaron distinguidos miembros de la Orden. Entre ellos, participó Raúl Ferrero Rebagliati, quien presentó su ponencia titulada "Control de la constitucionalidad por un tribunal especial" y publicada junto con las otras, en la "Revista del Foro" núm. 3, setiembre-diciembre de 1960. Poco después preparó un nuevo texto más ceñido y que incidía en lo mismo y se publicó en la "Revista Jurídica del Perú", núm. III, julio – setiembre de 1960. La primera versión de la ponencia ha sido reproducida, con título equívoco, en el tomo III de sus Obras Completas (Lima 1989, pp.193-206). El segundo, que es más puntual, se reproduce aquí por vez primera (D.G.B.)

dimiento que la Constitución señala, o por órgano distinto al que tiene la atribución pertinente. La inconstitucionalidad material o sea la intrínseca, consiste en el hecho de que el precepto infrinja alguno de los derechos individuales o sociales que la Constitución ampara; es esta modalidad la más grave y el verdadero objeto del control.

El sistema de gobierno de los Estados Unidos trasunta una concepción doctrinaria de Derecho Natural, que combina las teorías de Locke y Montesquieu. Como anota Bodenheimer, la teoría de Locke se refiere a la subsistencia de la libertad, en tanto que el sistema de Montesquieu está ideado como garantía de ella. Los patricios que redactaron la Constitución norteamericana autorizaron la revisión de la constitucionalidad de las leyes solo de modo implícito. Poco después, James Wilson, uno de los autores de la Carta federal, dio expresión sistemática a la filosofía política norteamericana. Al igual que Jefferson, era un convencido de que existen derechos humanos que no pueden ser restringidos ni derogados por las leyes. Estas normas inderogables para el derecho positivo son, básicamente, la libertad y la seguridad, “sin libertad, el Derecho pierde su naturaleza y su nombre se convierte en opresión. Sin Derecho, la libertad pierde también su naturaleza y su nombre se convierte en licencia”. Para Wilson, los abusos del poder legislativo debían ser frenados por el poder judicial.

La doctrina de la revisión de las leyes por la Corte Suprema federal fue construida y fundamentada por su Presidente, John Marshall, al tratarse el caso *Marbury versus Madison*, en 1803. Aludiendo a dispositivos constitucionales imprecisos, por simple rigor lógico de su razonamiento, el Juez Marshall infirió que un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley, ya que la finalidad de la Constitución es limitar a los gobiernos. Puesto que la misión de los Tribunales es aplicar la ley correspondiente al caso, si la norma ordinaria y la constitucional están en conflicto, debe aplicarse la de rango superior. Lo contrario sería “subvertir el verdadero fundamento de todas las Constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teoría de nuestro Gobierno es enteramente nulo, es sin embargo, en la práctica, completamente obligatorio. La Carta fundamental prescribiría límites pero admitiría que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción”. “Se reduciría a la nada lo que hemos considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una constitución escrita”.

La revisión judicial de las leyes puede operar en relación con cualquier precepto constitucional, pero ha sido dirigida a resguardar los derechos individuales y particularmente la garantía del “debido procedimiento legal”. Es patente que en los Estados Unidos el Poder Judicial se excede de su función interpretativa y asume una facultad que le permite modelar y dirigir la legislación, puesto que el Congreso se abstiene de dictar leyes

que tengan un sentido similar al de la norma declarada inaplicable. Así lo reconoció el célebre Juez Hughes, que ejerciera más tarde la presidencia de la Corte Suprema federal, al declarar: "Vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es". En realidad, el Supremo Tribunal reforma la Constitución para adecuar sus normas a las nuevas circunstancias y darles un sentido que no pudo ser previsto hace siglo y medio. El Juez Stone ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura. "Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación". Cabe observar que la opinión pública respalda esta facultad de revisión que se ha arrogado al Supremo Tribunal y que aún en los casos en que su decisión enerve una ley de simpatía popular, prima en la conciencia general la conveniencia de mantener el control judicial para contar con el freno que modere al Gobierno.

La enmienda 14 de la Constitución establece que nadie será privado de la vida, la libertad o los bienes sin haber mediado el debido procedimiento legal. Ella ha dado origen a la doctrina de la racionalidad, como observa García Pelayo: "Cuando la Constitución admite diferentes interpretaciones no impone a los actos del legislativo ningún contenido específico, y éste puede determinar uno u otro; pero, según la judicatura, de estos posibles contenidos solo está acorde con la Constitución aquel que es racional; por consiguiente, los tribunales tienen que decidir también sobre la racionalidad de las leyes". No se trata, pues, solamente de saber si el legislador ha actuado dentro de la esfera de una competencia, sino también establecer si los poderes que integran dicha competencia han sido usados razonablemente. Resulta así ampliado el espacio libre de los Tribunales, quienes por racional han definido la relación real o sustancial entre los medios empleados y el fin que se persigue.

Por aplicación del principio del "stare decisis", los jueces inferiores deben observar como regla el precedente establecido por el Tribunal superior, de modo que cuando éste declara que una ley es inaplicable al caso sub-litis, por estimar que infringe la Constitución, la invalida prácticamente. La declaración de inconstitucionalidad es competencia de todos los tribunales y una decisión del Tribunal Supremo federal obliga a la judicatura de todo el país. El recurso o excepción de inconstitucionalidad debe ser planteado en una *litis* concreta, ya sea ante los Tribunales Federales, si se trata de leyes del Estado o de leyes federales que están en conflicto con la Constitución, o ante los Tribunales de los Estados, cuando se trata de incompatibilidad de una Ley del Estado con la Constitución estatal o la federal.

Censurando la facultad de revisión constitucional se ha observado como una incongruencia del régimen democrático el que jueces no removibles y designados por el Ejecutivo puedan poner trabas a la voluntad de los poderes que emanan del voto soberano del pueblo. Los partidarios del sistema de revisión judicial hacen valer el hecho de que los Tribunales han rechazado siempre decidir sobre cuestiones políticas y el argumento de que, precisamente, la mente de los constituyentes fue crear un sistema que ampare los intereses minoritarios o individuales contra la prepotencia de la mayoría.

El control de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la judicatura ha permitido a los Estados Unidos la realización del típico Estado de Derecho, el cual se configura no solo por la observancia de las normas sino también por la aplicación judicial de los principios generales del Derecho. Tal régimen de juridicidad es alcanzable mediante el largo ejercicio de instituciones libres y un alto índice de madurez cívica.

En América son numerosos los países cuya constitución reconoce al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las leyes. Los países europeos no la admiten o bien, como en Italia, Alemania, Austria y Francia, la refieren a una Corte especial. El Código Civil peruano prescribe en el artículo XXII de su Título Preliminar: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera". Con dicho dispositivo conjugan los artículos 133 y 154 de la Constitución, los cuales establecen acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, decretos y resoluciones que infrinjan la Constitución o las leyes y señalan como restricción a los actos gubernativos el que guarden conformidad con las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. El control de la legalidad de los decretos y resoluciones está confiado a la rectitud de jueces que cumplen su función con altivez y sentido de responsabilidad. Cabe recordar que nuestros tribunales se abstuvieron de aplicar, reiteradas veces, decretos que excedían el ámbito administrativo o poder de policía, como sucedió con los artículos 40º y 68º del Reglamento de la Ley del Empleado o con los relativos al delito económico.

La necesidad de poner las garantías constitucionales por encima del voluntarismo de la mayoría parlamentaria o de la arbitrariedad del Ejecutivo se ha hecho ya convicción general, pues la violación del Derecho no puede aceptarse ni aún en nombre de una voluntad popular transitoria. En lo atinente a la conveniencia de confiar el control de la constitucionalidad a un órgano especial o al Poder Judicial, parece más aconsejable, en nuestro medio, el primer sistema, pues si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica, es conveniente mantener su alejamiento de la política.

Para evitar la politización de la Corte Suprema y asegurar el respeto a la Constitución sugerimos la siguiente enmienda a nuestra Carta:

TITULO XV
GARANTÍAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Artículo 236.- El Tribunal Constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que éstas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

Artículo 237.- El Tribunal Constitucional se compone de once Jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

Artículo 238.- Los jueces del Tribunal Constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

Artículo 239.- El cargo de Juez del Tribunal Constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal, sin alterar lo previsto por el artículo 238.

Artículo 240.- La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

Artículo 241.- Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

Artículo 242.- No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

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)