

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
DANTE PAIVA GOYBURU (e)
SECRETARIO

AÑO 18, NÚMERO 34
ENERO-JUNIO DE 2017

34 / 2017

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura

PETER HÄBERLE

La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro: 2017:

Fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular

CARLOS AYALA CORAO

La intervención por la “acción colectiva”. La tragedia de Venezuela

JORGE REINALDO VANOSI

El “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

La novedad del Estado regulador garante:

la función pública de regulación

LUCIANO PAREJO ALFONSO



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 18, Número 34 • Enero-junio de 2017

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

Dante Paiva Goyburu (e)

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle, Dieter Nohlen
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, Francisco Zuñiga Urbina
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo,
Vladimiro Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Munoz
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
E.E.U.U : 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

Revista Peruana de Derecho Público

Año 18, Número 34 • Enero-junio de 2017

Tiraje: 130 Ejemplares

Correspondencia editorial:

Av. José Galvez Barrenechea 200 (Corpac)

Lima 27 - Perú

E-mail: asociacion.cmp@hotmail.com

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**

Av. Brasil 1682 - Pueblo Libre

Lima - Perú

Teléf. 01-4016451

E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 1501012001-0883

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle Angamos Nº 118 Urb. María Isabel, Cercado - Arequipa

en el mes de mayo de 2017

La “Revista Peruana de Derecho Público” se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garcibelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 33. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico: asociacion.cmp@hotmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 32.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/.10.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin permiso expreso del Director y los autores.

SUMARIO

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

ESTUDIOS

La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura	15
PETER HÄBERLE	

La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro: 2017: Fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular.....	31
CARLOS AYALA CORAO	

La intervención por la “acción colectiva”.La tragedia de Venezuela	63
JORGE REINALDO VANOSSI	

El “discurso del odio” como límite a la libertad de expresión...	71
JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ	

La novedad del Estado regulador garante: la función pública de regulación	91
LUCIANO PAREJO ALFONSO	

NOTAS

Estudios sobre el Amparo constitucional en Latinoamérica	115
ALAN E. VARGAS LIMA	

CRÓNICA

XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México,1-3 de febrero de 2017)	129
MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO	

SUMARIO

Veinticinco años después: un nuevo encuentro con Peter Häberle en Granada (mayo de 2017).....	149
DOMINGO GARCIA BELAUNDE	

NECROLÓGICA

Carlos Restrepo Piedrahita (1916-2017). Pilar del constitucionalismo iberoamericano	157
JULIO CÉSAR ORTIZ	

DOCUMENTOS

Derecho Constitucional: lección inaugural	163
JOSÉ MATÍAS MANZANILLA	
Las ideas políticas en el 900 (Esquema de ubicación).....	175
VALENTÍN PANIAGUA C.	

EDITORIAL

Desde el mes de octubre del año 2016 hasta la primera semana de enero del 2017, el Poder Ejecutivo publicó un total de 112 decretos legislativos, en el marco de las facultades otorgadas por el Congreso de la República. Las normas son relativas a la reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A. Algunos decretos ya se encuentran vigentes, otros a la espera de la promulgación de sus reglamentos, pero todos ellos sometidos al escrutinio de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, la cual ejerce el control de los mismos sobre la base de lo dispuesto en el artículo 90º del Reglamento del Congreso. Al margen del acierto o no de los referidos dispositivos legales y de la corrección o eliminación de algunos de ellos, hay que rescatar el hecho de que por primera vez después de muchos años el Congreso realiza esta importante labor de fiscalización en forma sistemática.

En los primeros meses del 2017 los fenómenos naturales tuvieron una intensidad mayúscula, dejando trágicos saldos en pérdidas de vidas humanas, destrucción de infraestructura en las regiones del norte peruano principalmente, miles de damnificados de todas las edades expuestos al hambre y enfermedades, así como un duro revés para las actividades económicas. Para hacer frente al desastre, el Poder Ejecutivo decretó el Estado de Emergencia en algunas regiones, provincias y distritos y coordinando las acciones para llevar ayuda a las víctimas y restablecer el orden interno y la seguridad. Además, se promulgaron decretos de urgencia estableciendo medidas económicas y financieras para afrontar las pérdidas

económicas, así como la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, de carácter excepcional y temporal, a fin de ejecutar el plan integral para la reconstrucción.

Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, durante el primer semestre del 2017, suscitaron más de una controversia, originadas por los problemas vinculados al Ministro de Transportes y Comunicaciones, al de Economía y Finanzas y al del Interior.

El 18 de mayo el Ministro de Transportes y Comunicaciones, Martín Vizcarra, fue interpelado por el Congreso a causa de la adenda al contrato del aeropuerto de Chinchero en el Cusco, y ante la posibilidad de su censura, presentó su renuncia al cargo cuatro días después.

A las pocas semanas se presentó otra controversia, a causa de la difusión de un audio de la conversación entre los entonces Contralor General Edgar Alarcón y el Ministro de Economía y Finanzas Alfredo Thorne. El Congreso llamó al Ministro para que explicase el contenido del audio que era comprometedor. El Ministro luego de su presentación se retiró del hemiciclo mientras se discutía el tema y sorpresivamente envió un oficio al Congreso diciendo que necesitaba su apoyo, para lo cual planteaba una “cuestión de confianza” al que se refiere el artículo 132 de la Constitución del Estado, en forma por demás errada, pues el Ministro no había hecho ninguna propuesta ni planteo sino había ido a dar explicaciones que era algo distinto y que en todo caso podía dar motivo a una interpelación, que necesitaba un trámite distinto. La mayoría del Congreso, sabiendo seguramente de que lo que planteaba el Ministro era un dislate producto de una mala asesoría constitucional, se lo tomó al pie de la letra y para ahorrarse mayores trámites le manifestó que no tenía su confianza y el Ministro renunció. Es indudable que la asesoría del Ministro lo informó mal y falló totalmente al sugerirle una “cuestión de confianza” que estaba fuera de lugar y el Congreso para ahorrarse molestias y seguramente sabiendo el error planteado, dijo que lo aceptaba y el Ministro renunció (21 de junio). No hubo pues ni interpelación ni censura: solo el deseo del Ministro de renunciar, lo cual lo consiguió con un atajo rápido pero incorrecto. Pocos días después, el ministro del Interior Carlos Basombrio fue interpelado, pero sin consecuencia alguna. En síntesis, salvo la acertadísima y necesaria

censura al ministro Jaime Saavedra en diciembre de 2016, el Congreso de la República ha llevado a cabo un control político que podemos calificar de sensato y necesario.

Tema de interesante debate ha sido para nuestra América la *sui generis* convocatoria constituyente en Venezuela por el presidente Maduro, violando todas las normas que el mismo chavismo creó. El tema es tratado en este número por dos de nuestros más cercanos colaboradores, Carlos Ayala Corao y Jorge R. Vanossi. Y en el plano académico, la celebración del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional llevado a cabo en la ciudad de México los días 1-3 de febrero en homenaje al centenario de la Constitución de Querétaro. Y el posterior “Congreso Internacional en honor de Peter Häberle” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (11 de mayo de 2017) al cual asistieron Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego por especial invitación de la Fundación Peter Häberle. Y finalmente un recuerdo a nuestro gran amigo y extraordinario impulsor del constitucionalismo iberoamericano, Carlos Restrepo Piedrahita, fallecido en Bogotá el 17 de mayo del año en curso.

Lima, junio de 2017

La Dirección

ESTUDIOS

LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA (*)

Peter Häberle

INTRODUCCIÓN

Este breve texto parte del desarrollo histórico de nuestra disciplina, que se construye en tres escalones, siempre desde una perspectiva cultural: la Teoría del Estado (H. Heller, 1934), la Teoría de la Constitución (mi propia propuesta de 1982) y, finalmente, la Ciencia Jurídica Europea, que he desarrollado en pequeños pasos, por ejemplo, “Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive” (1983), así como las siete ediciones de mi *Europäischen Verfassungslehre* desde 2001/02, ahora una octava, mejorada gracias a la ayuda de M. Kotzur.

Nuestra disciplina está en crisis. En parte por las cinco crisis políticas de la Unión (la financiera, el terrorismo, la guerra en Ucrania -¡entre miembros del Consejo de Europa!, la económica y la de los refugiados). Pero también porque estamos ante una “Unión cada vez más estrecha”, en una Europa “de dos velocidades”, y en la que nos preguntamos si queremos “más o menos” Europa, pero sin saber cómo alcanzar una Europa mejor. Nuestra

(*) Ponencia presentada en el Congreso Internacional en honor a Peter Häberle “Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo” (Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 11 de mayo de 2017). Traducción del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. Se reproduce con la gentil autorización del autor y del traductor (N. del E.)

única salida es esforzarnos en cultivar el optimismo científico, pese a que los límites de la ciencia europea nunca se habían sentido de una forma tan dolorosa. Me gustaría pensar que la comprensión de la ciencia como una “búsqueda eterna de la verdad” (tal y como dijo W. von Humboldt o el TCFA) nos llevará un poco más lejos. No olvidemos que Europa, un gran éxito hasta ahora, fue un proyecto visionario, fruto de importantes dosis de idealismo (nacido a partir de visiones religiosas, artísticas, científicas y políticas de distintas épocas y países). Por ello, sigue siendo necesaria la soledad y libertad del estudioso, la pasión del político europeo y, no menos, la del ciudadano europeo. Hace falta humildad para no dejarnos engañar por el dominio económico; la casa común europea debe sujetar las fuerzas (nacionales) en estampa.

PRIMERA PARTE: REPASO HISTÓRICO.

1) *Historia del desarrollo.*

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha ido surgiendo una disciplina parcial, a resultas del esfuerzo de personas e instituciones que deben ser recordadas -en la historia de las ideas. Esta disciplina ya estaba presente en Abbé de Saint Pierre (1793) e I. Kant (1795)-. Ciertamente, la Ciencia Jurídica Europea todavía no existía en 1945, pero ya un puñado de grandes europeos estaban generando los preliminares, por ejemplo, el Conde Coudenhove-Kalergi (Paneuropa), políticos como W. Churchill en su discurso de Zúrich de 1946 (“los Estados Unidos de Europa” - antes Víctor Hugo, 1871), personalidades como A. Spinelli y el manifiesto de Ventotene, en esencia desarrollado por él, en favor de un Europa libre y unida (1941-43); R. Schuman, Jean Monnet, W. Hallstein y A. De Gasperi; más tarde también Ch. de Gaulle y K. Adenauer, así como H. Kohl (hoy no hay nadie de genio comparable a estas personalidades).

Europa se ideó como proyecto de paz después de dos grandes guerras y bajo la sombra criminal de su pasado colonial. Su desarrollo ha sido paulatino. Debe mencionarse el Tratado que creó el Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Convenio cultural europeo (1954, cuyo preámbulo habla de la “cultura europea”, y en los artículos 1, 3 y 5 se habla de “un patrimonio cultural común”). Asimismo, en el Preámbulo del CEDH se declara “reafirmando

su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo [...] Resueltos, en cuanto que Gobiernos de los Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho (...)”. En el preámbulo de la constitución del Consejo de Europa (1949) aparecen como palabras claves “Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia” (en el mismo sentido artículo 1); en el Tratado de Maastricht de 1992, su preámbulo, respecto a los pueblos, se dispone que se observará su “historia, cultura y tradiciones”. Fueron textos audaces y de un sentido profundo, que han llegado a convertirse en “textos clásicos de la vida constitucional”.

Luego vino la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de Roma (1957), cuyo espíritu no se hace evidente en su texto, sino que necesita una interpretación cultural. De hecho todavía en la década de los cincuenta, las clases de derecho en Tubinga, Bonn o Friburgo, prescindían del TEDH. Es cierto que ya existían personalidades como P. Koschaker y F. Wieacker, que fueron “juristas europeos”, invadidos por lo más profundo de la historia cultural europea. Trabajaron sobre los fundamentos jurídico-culturales de Europa, en especial en el ámbito del derecho privado y de algún modo actualizaron el derecho común que venía del derecho romano. En esta tradición se insertaría el CEDH o el ya citado Tratado cultural. Y en la misma línea, el “pensamiento de Friburgo”, partiendo de la Constitución (K. Hesse) alcanzó un lugar principal y todavía hoy es ejemplar el modo en el que los “Grundzüge” de K. Hesse (publicados inicialmente en 1968) estructuraron la Ley Fundamental. Después, poco a poco, llegaron al campo científico las Comunidades Europeas y con ellas el Derecho Europeo. Fueron pioneros H.P. Ipsen y la Escuela de Hamburgo, con su segunda y tercera generación, con G. Nicolaysen, E. Grabitz y hoy A. Hatje. En la práctica de Estrasburgo, J.A. Frowein fue influyente desde muy pronto. Los tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo fueron ganando estatura, fuerza normativa y autoridad, hasta el punto de que hoy los deberíamos identificar como “tribunales constitucionales”, puesto que, al igual que el Derecho Europeo, van generando momentos constitucionales.

Hoy tomamos por clásica la expresión de H. Conig, “de Bolonia a Bruselas” dicha en el “annus mirabilis” (1989). Van surgiendo muchos científicos europeos, tanto en el interior como en “el extranjero”, aunque ciertamente el término “extranjero” no es el más preciso por referencia a los otros países de Europa. Los grupos científicos que se han desarrollado en Italia, España y Portugal (bien comunicados por su cercanía lingüística) han aportado muchas ideas. En Alemania hallamos ya incluso algunas disciplinas (*venia legendi*) como el Derecho Europeo, el Derecho Penal Europeo (U. Sieber en Friburgo), y por encima de todo el Instituto Max-Planck (ha de citarse el *Handbuch Jus publicum Europaeum* de A. Bogdandy y P.M. Huber) y P. -Ch. Müller-Graff en Heidelberg. Se trata de fundamentos institucionales con fuertes vínculos personales que todavía hoy cuentan: cátedras de Derecho europeo, el Colegio de Europa en Hamburgo, las Cátedras Jean Monnet, el Colegio de Europa en Brujas con su anexo en Natolin, algunas revistas como EuR, EuGRZ, el *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* y la *Europäisches Wirtschaftsrecht*. Sin olvidar las grandes decisiones europeas del TCFA o de otros tribunales como el de Madrid o Brno. Habrían de ser suficientes palabras claves como Maastricht, Lisboa u OMT. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha sobrepasado al derecho constitucional nacional y, pese a las críticas de algunos autores, ha actuado de forma pretoriana en el sentido clásico.

Pero no caigamos en la autosatisfacción: hay ejemplos históricos que muestran la muerte de disciplinas científicas enteras (por ejemplo, desde 1989 ya no hablamos del “Derecho del Este”). La pregunta clave sigue siendo la misma: cuándo y cómo surgen las disciplinas científicas (¿por elementos personales/institucionales, en razón de crisis, fenómenos inesperados, revoluciones, cambios culturales?).

2) *En especial: la política europea y la dogmática jurídica.*

En primer lugar, debe distinguirse entre el Derecho Europeo en sentido estricto, referido al Derecho de la Unión, y en sentido amplio, relativo al Consejo de Europa y a la OCDE (1975). Debemos también recordar la vieja tesis que considera la Ley Fundamental, en el contexto del Derecho Constitucional Europeo, una Constitución parcial (2001). De manera recíproca, los Tratados como el CEDH son Constituciones parciales, en atención a su alto valor y los años de vigencia. Circunstancia que es hoy aún más válida frente a las dolorosas tendencias de renacionalización (“deconstituciona-

lización). El TEDH, en consecuencia, responde a la lógica de un Tribunal Constitucional (parcial), algo que también se puede decir para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, dada su actual atribución competencial.

La política europea y la dogmática jurídica del Derecho Europeo están en estrecha conexión, que se refleja en algunos hitos principales. Antes de nada, el llamado “Derecho Constitucional europeo nacional”, esto es, el sorprendente y creativo “artículo europeo” de muchas Constituciones. Lo encontramos en la Ley Fundamental (Preámbulo, art. 23, 24.1, 52.3.3^a) y en las Constituciones de los Länder más antiguas, como Baviera (art. 3a, del año 1946/2003), Baden-Württemberg de 1953/2000 (en su preámbulo “Europa de las regiones”), el preámbulo de Brandeburgo de 1992 “dentro de una Europa unida”; el art. 12 de la Constitución de Sajonia de 1992, “una Europa que crece unida”. Sin olvidar los numerosos artículos sobre Europa en los Estatutos regionales de España e Italia. Por ejemplo, el art. 1.2 y 3 del Estatuto de Apulia de 2004; art. 1.1 del Estatuto de la Calabria de 2004; art. 32.1 del Estatuto de la Marca de 2005; el preámbulo del Estatuto de Emilia-Romaña de 2004; el art. 1.4 de la Umbria de 2005; art. 4 del Estatuto del Abruzzo de 2007 y el art. 6 del Estatuto de la Lombardía de 2008. En España podemos citar particular los Estatutos de Cataluña y Andalucía, con más de cincuenta referencias a Europa, así como el art. 1.4 del Estatuto de Valencia (2006) el preámbulo del Estatuto de Aragón (2007); el art. 13.1 de Baleares (2007), e incluso el art. 1.2 de Castilla y León (2007), que afirma la condición de “Región de Europa”. Todos estos ejemplos prueban que a partir de pequeñas unidades políticas -Länder, Regiones, Municipios- se construye Europa desde un punto de vista político y jurídico. Se trata, sin duda, de una Europa cultural y es de lamentar que los trabajos científicos no hayan atendido lo suficiente a estos procesos. Por decirlo de algún modo, esta Europa que crece desde abajo (dicho de otro modo, desde el principio de subsidiariedad) protege el humus cultural de Europa en todas sus facetas. La Europa vivida se manifiesta cotidianamente, por ejemplo, en el Programa Erasmus o en el himno y la bandera europea, símbolos estos dos últimos, que encontramos en todos lados pese a que carecen de un específico fundamento legal – la cultura, como la lengua, alimenta la vida colectiva, el “Nosotros, el pueblo”. La ciencia, aquí, como suele ocurrir, interviene a posteriori. Así, en 1991, se empezó a trabajar con el concepto de “Derecho constitucional común europeo”, y J. Schwarze fue pionero en tratar el Derecho Administrativo europeo. En cualquier caso, en este

campo también se hace evidente que la labor científica no es apolítica, y que nunca es fácil la distinción entre Derecho Constitucional y política.

SEGUNDA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA HOY Y AQUÍ

1. *Métodos, contextos, ideas centrales, dogmática y judicatura.*

La Ciencia Jurídica necesita métodos pensados a conciencia y de manera específica, es decir, se han de abrir caminos de conocimiento con personas e instituciones que los practiquen con fe. En cualquier caso, la ciencia es “una búsqueda eterna de la verdad” y por ello precisamente ha de ser una ciencia cultural. Se trata de abrir caminos de conocimiento reflexivos, como, por ejemplo, los cuatro o mejor cinco métodos interpretativos (recuérdese la doctrina del Derecho comparado como “quinto método interpretativo”), con controles judiciales *ex post*, una fina sensibilidad para con el contexto (tal y como se advirtió en 1979), así como la manifestación de la precomprensión y el método interpretativo, en el sentido de J. Esser. Debe usarse una dogmática “que sirva” y orientada con sinceridad a las teorías e ideas directrices (*idées directrices*, en el sentido de M. Hauriou, recibido en Alemania en 1962). Grandes ejemplos de estas ideas directrices podrían ser la doctrina del deber de protección o el feliz concepto de la “responsabilidad de integración”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia profundizó y enriqueció el concepto de ciudadanía europea, que es al mismo tiempo un logro político y jurídico europeo. Recuérdese también la creación conceptual de la “*Staatenverbund* (P. Kirchhof y el TCFA) en referencia a la Unión, luego desarrollado a través de la idea de “*Verfassungsverbund*” (de I. Pernice). Tales conceptos claves, “*invenciones jurídicas*”, en el sentido de H. Dölle, sellos lingüísticos o “*conceptos hitos*” son irrenunciables para la ciencia viva al servicio de la justicia. Vistos desde una perspectiva más profunda, son expresiones culturales, conducen a una cultura jurídica europea plural y merecen la mejor valoración incluso en situaciones críticas como la actual.

Europa como Comunidad constitucional en formación (2000), que encierra la esperanza de un sentimiento de comunidad, es otro buen ejemplo de la búsqueda de un espacio público europeo y del interés europeo. Desde hace décadas se ha emprendido una conversación cultural en torno al interés general; dentro de ella, desde hace mucho crítico sin éxito la metáfora dominante que afirma la existencia “de un sistema de diversos

niveles” porque manifiesta una concepción jerárquica. Ni siquiera en el Estado federal, la Federación se encuentra arriba y los Estados abajo. Por lo demás, debemos distinguir entre la Ciencia europea en plural (que incluye la política, la economía y la historia) y la Ciencia jurídica europea, que igual que las anteriores está orientada como una concepción cultural de Europa. Por “cultura” entendemos lo hecho por las personas, en contraposición a la naturaleza. La cultura es la “segunda creación”.

2. *Géneros nacionales y “extranjeros”. La praxis pretoriana.*

El Derecho Europeo recibe tratamiento científico a través de una variedad de géneros que se comunican entre ellos con todo tipo de intensidad. Existen manuales, tratados, monografías, introducciones, análisis jurisprudenciales, comentarios y libros homenajes. Alemania es un ejemplo de primer nivel. Están los manuales, con sus numerosas ediciones, de R. Streinz, T. Oppermann, y más recientemente el de M. Herdegen; facilitan una primera lectura a la vez que estimulan reflexiones ulteriores. Hay mucha bibliografía sobre el método del Derecho Europeo (los métodos pueden iniciarse como un esfuerzo artesano y llegar a ser un arte), sobre el Derecho Económico Europeo, el Derecho Procesal Europeo (Ch. Hillgruber/Ch. Goos), el Derecho Penal Europeo y el Derecho Privado Europeo. También la mirada al exterior es fructífera. En Portugal han de citarse los trabajos de J. Miranda, J. Gomes Canotilho y Fausto de Quadros, en Italia los de P. Ridola, F. Lanchester, A. D’Atena, S. Gambino, entre otros, en Grecia D. Tsatsos y en España el círculo en torno a F. Balaguer, en especial la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Respecto a los jueces europeos en Luxemburgo han de citarse: U. Everling, V. Skouris y M. Zuleeg. W. von Simson supo ligar de manera especialmente brillante la praxis (abogado en Luxemburgo) y la ciencia. La famosa doctrina sobre los derechos fundamentales como “principios generales” (una prueba del *numerus apertus* de las fuentes del derecho) comenzó con P. Pescatore y hoy, en el sentido de los paradigmas textuales, la encontramos en el artículo 6 TUE. W. Hallstein fue uno de los primeros juristas europeos de nuestro tiempo, y con todo acierto, I. Pernice nombró su Instituto en Berlín en honor a este primer presidente de la Comisión.

TERCERA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA, SU CONCRETIZACIÓN.

1. *El punto de partida.*

El clásico trabajo de H. Heller sobre la Teoría del Estado como Ciencia de la cultura nunca estará sobrevalorado. Yo me quiero alzar sobre los hombros de este gigante, más aún cuando la actualidad de esta propuesta científico-cultural se ha visto reafirmada por el Tribunal Penal Internacional al declarar como crimen de guerra la destrucción de la ciudad de Tombuctú por parte de los islamistas de Ahmad al Faqi al Mahdi. De este modo tan espectacular, el derecho internacional también ha cobrado una dimensión científico-cultural (los documentos de la Unesco van en el mismo sentido).

Mi propuesta científico cultural del año 82 alcanza su formulación más específica en el párrafo que dice (p. 19): “solo con descripciones jurídicas, textos, instituciones y procedimientos no se logra nada. La Constitución no solo es orden jurídico a interpretar según las viejas y nuevas reglas jurídicas; también es una guía para los ciudadanos. La Constitución no es tan solo un texto jurídico o un conjunto de reglas, sino expresión de una situación cultural en desarrollo, es un medio para la autocomprensión cultural del pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. La Constitución vivida como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta es el medio y la expresión de la cultura, el marco para la reproducción cultural, recepción y silo de las tradiciones culturales, experiencias, acontecimientos, sabidurías”. Afirmaciones que se sintetizan de manera hermosa, en la paráfrasis de Heller sobre la imagen de Goethe, la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla a través de la vida”.

A la luz de los interrogantes que presentan los ejemplos actuales, lo más importante es saber qué aportan una Ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura y una Europa culturalmente abierta. Pero antes un inciso sobre la específica comprensión cultural de los derechos fundamentales. Sin duda son derechos subjetivos públicos, pero igual de importante es tener en cuenta que son un producto cultural fruto del uso de la libertad. El ejercicio de los derechos fundamentales también es cultura. Esto no siempre se subraya adecuadamente, aunque está claramente presente en la comprensión institucional de los derechos fundamentales (1962). La religión, la educación, la ciencia, individual y colectivamente, son

“creaciones”, “obras” irrenunciables (palabra clave: función cultural de los derechos fundamentales).

2. *Cuestiones científico-culturales y sus consecuencias.*

Comencemos con el concepto abierto de cultura, sea para ligarlo a su contenido o a su geografía. Debe recordarse la diferencia entre la alta cultura (la triada ilustración, ciencia y arte, por encima de la religión como comienzo de la dignidad humana), la cultura popular (por ejemplo, Suiza y Baviera) y la cultura alternativa (los Beatles, que luego se han convertido en alta cultura, como ahora Bob Dylan). En el caso europeo se debe partir siempre de un concepto de cultura plural y abierta. Los distintos textos jurídicos que ya se han citado, nos dan desde hace mucho pistas en este sentido. ¿Definimos Europa como un concepto cultural antes que histórico?, ¿usamos las dos aproximaciones?, ¿es Anatolia Europa?, fue la pregunta que en el año 2000 nos formuló W. Graf Vitzthum. ¿En qué medida pertenece Rusia a Europa? Llegados a este punto es oportuno recordar la teoría de los tres o cuatro elementos del Estado, incluso si Europa es una “Comunidad constitucional”, pero no un Estado. Desde la definición de G. Dürig sobre la cultura como cuarto elemento, yo he ido más allá hasta considerarla el primer elemento configurador del Estado. El concepto de “Comunidad constitucional”, que se ha ido desarrollando en pequeños pasos, encontró su primer apoyo en W. Hallstein (conscientemente él usó el término “comunidad”). Europa posee fronteras relativamente abiertas, como han demostrado las sucesivas ampliaciones. La invulnerabilidad de las fronteras fue en la Europa posterior a 1945 garantía de la paz. Rusia, con la invasión de Crimea ha vulnerado este principio. Aunque también soy escéptico respecto a la asociación de Ucrania con la Unión e incluso frente a una entrada de Ucrania en la OTAN, puesto que han de tenerse en cuenta las necesidades de seguridad de Rusia. Sería suficiente si Ucrania (con una organización cuasi federal) mantuviese un estatus neutral al estilo de Austria, incorporándose a medio plazo a la Unión. Sea como fuere todas estas cuestiones difícilmente se pueden responder en términos geográficos. Yo, desde luego, no tengo la respuesta. Nos encontramos en la frontera del conocimiento científico, incluido de la Ciencia europea como ciencia de la cultura. Incluso siendo alemán, tengo que reconocer mi impotencia.

Querría hablar ahora del sugerente papel de los preámbulos, entendidos desde la aproximación científico cultural. Es posible crear una

teoría sobre los preámbulos desde Europa (yo la desarrollé primero para el Estado constitucional en 1982). Los preámbulos, antes de nada, dan forma a un texto cultural (pensemos por ejemplo en el sudafricano, el polaco o el tunecino). Son musicales y hemos de tomarlos en serio en cuanto que formato de la narrativa europea (basta recordar la referencia al “espíritu” en el preámbulo del CEDH). Los preámbulos profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que utilizan. A ellos, se les han de añadir los densos artículos sobre Europa en los distintos contextos de la Federación y los Länder, o en los Estatutos regionales de Italia y España. Muchos de los preámbulos europeos son expresión del “principio esperanza” o de utopías concretas. Por ello, en los tiempos actuales de crisis, deberíamos estar atentos a ellos. Sus términos esenciales son libertad, paz, Estado de derecho, democracia, bienestar y educación. Sin duda, merece la pena referirnos al preámbulo del TUE que remite al patrimonio cultural, religioso y humanista de Europa, así como a su historia, cultura y tradiciones; todo ello sin olvidar los fines y valores de la Unión recogidos en los artículos 2 y 3. Concretamente el artículo 167 del TFUE dispone: “La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación” (en el apartado segundo se habla de “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos” y del patrimonio cultural de importancia europea”. En el apartado la palabra clave es “la diversidad de sus culturas”).

En relación con el espacio público europeo como cultura, conviene recordar las palabras de Goethe: “Quien tiene ciencia y arte, tiene religión, quien no tiene ninguna de esas dos, tenga religión”. La religión, el arte y la ciencia, esto es, lo que lleva de la producción a la obra de arte, dan la forma de lo que hoy es Europa. En todas las naciones han existido épocas doradas o clásicas, que han generado la pluralidad de Europa. En este sentido, no es necesario pensar las libertades fundamentales antes citadas solo desde un prisma subjetivo, puesto que también hemos de analizarlas como resultados culturales, obras, innovaciones, cristalización. Han hecho de Europa un continente de la pluralidad en el específico sentido cultural. Son capitales de la cultura europea Atenas, Roma, Chartres, París, St. Petersburgo, Londres, Madrid, Granada (en virtud de su patrimonio

islámico), Ámsterdam, Viena, Budapest, Basilea y Berlín (sin olvidar el título de capitalidad europea, que fue una feliz idea de Melina Mercuri). En muchos de los textos citados se refleja lo dicho y al menos desde 1983, se ha de hablar de Europa en una “perspectiva cultural”. El espacio público europeo supone la actualización de esta pluralidad cultural. Lamentablemente, el día a día se llena de escándalos políticos. Pero la libre circulación de personas es un vehículo para la intercomunicación cultural en Europa. Por eso es tan doloroso el Brexit, que podríamos calificar como Brexodus, ¿Habrà un Brexit duro?

Son necesarias algunas observaciones respecto al Brexit, también en una perspectiva científico-cultural. En mi opinión el Brexit es algo más que un accidente, es un desastre, una pérdida cultural de primer rango. ¿Ha nacido una pequeña Europa? ¿Se iniciarán reformas críticas de la UE (con más subsidiariedad, más solidaridad, integración diferenciada? Sin duda, el Reino Unido debe permanecer siendo una parte de Europa en sentido amplio, un miembro vital del Consejo de Europa y del CEDH. Respecto a la salida, las dos partes se están perdiendo en una cuestión de dinero, casi al modo de vulgares tenderos; apenas se discuten elementos culturales. Pero la pérdida para el continente es muy alta. Desde el punto de vista cultural hemos de realzar el pragmatismo británico, su experiencia como vieja potencia mundial, la Commonwealth, el arte de Shakespeare, la vida musical de Londres en los siglos diecisiete y dieciocho, sus compositores como E. Elgar o B. Britten, las pinturas de W. Turner, la novela del diecinueve (J. Austen) e incluso las novelas de A. Christie, algunas manifestaciones deportivas, el humor británico pese a su aburrida comida, el inglés como *lingua franca*, que después de la salida ya no será lengua oficial aunque se hable en Irlanda y Malta.

El Reino Unido es la madre de la democracia parlamentaria como “democracia cultural”; hemos de recordar la gran tradición del common law, y la especial posición del juez, incluidos sus rituales, encabezados por su Reina. Podríamos pensar en modelos de asociación como Noruega, Suiza o Turquía. Hasta ahora solo Groenlandia y Argelia habían sido ejemplos de la salida de la Unión. El artículo 50 del TUE, en términos científicos todavía no se ha cerrado. Y existen problemas derivados como la relación de Escocia (que quizá pida un nuevo referéndum de independencia) e Irlanda del Norte. Estamos ante problemas sin fin; son máximas las exigencias para la Ciencia jurídica europea. Los tribunales y la doctrina

deben trabajar duro para mantener al Reino Unido lo más cerca posible, y conservar al menos un mercado interior. Y pese a que la economía también es vehículo de la cultura, los problemas económicos son solo una parte de la cuestión. Europa es antes cultura que mercado. Los medios, con razón, nos informan de una crisis cultural de la economía, que se ha convertido en un fin en sí mismo y se ha orientado a un crecimiento sin límites. ¿Es el euro una historia de éxito? ¿Existen mentalidades distintas entre el norte y el sur? ¿Ahorramos nosotros y gastan ellos?

Otro reto de la Unión que proviene del exterior es Turquía. Sin duda, pertenece a Europa en sentido amplio, en tanto que miembro del Consejo de Europa y del CEDH, pero se discute su ingreso en la Unión. Hace cuatro años se hablaba de una “cooperación privilegiada”. Hoy, sin embargo, se discuten puntos esenciales del ingreso. Estamos en una nueva fase cualitativamente distinta por dos razones. De un lado, Europa se ha hecho dependiente de Turquía en razón de la crisis de los refugiados; irónicamente podría decirse que en 1864 los turcos se sublevaron frente a Viena y fueron vencidos (con la ayuda de los polacos), pero hoy es la Unión la que está en manos de Turquía en lo que se refiere a los refugiados. Por otro, el golpe de Estado en Turquía de julio de 2016 tuvo como consecuencia un contragolpe del Gobierno de Erdogan. Miles de jueces, de científicos, de periodistas e incluso soldados fueron suspendidos y condenados. Es obvia la vulneración del principio de división de poderes y del Estado de derecho democrático; a lo que hay que añadir la guerra contra los turcos en su propio país. La recuperación de la pena de muerte sería contraria al CEDH, aunque la situación de excepción encuentra su sostén en el artículo 15 del CEDH. Es innegable que la historia de Turquía nos ofrece grandes logros en el ámbito arquitectónico, en la pintura o en la literatura (pensemos en la “Marcha turca” o “El rapto del Serrallo” de Mozart –un claro enriquecimiento fruto del contacto con otras culturas). La cuestión, sin embargo, es entender el modo de actuar de la Unión, también en su dimensión cultural. Pensemos también en las sociedades turcas dentro de Alemania o Francia, formadas por trabajadores que en los inicios fueron muy bien recibidos.

Es indiscutible el fracaso de la Unión en la crisis de los refugiados, tal y como he manifestado en otras ocasiones. Si no se acomete una protección segura de sus fronteras exteriores, será imposible un reparto equilibrado de los refugiados entre los 27 Estados miembros (afortunadamente ha

fracasado el referéndum en Hungría de 2016). “La confusión entre Dublín y Schengen” es un lío incluso para los expertos. ¿Es posible un derecho único para los refugiados y solicitantes de asilo? Italia se ha quedado sola a menudo, pese al Frontex. Falta tanta solidaridad como acción común (J.-C. Junker ha sido desilusionante). ¿Es suficiente el llamado proceso de Bratislava, bastan los logros que se han alcanzado en materia de seguridad interior y exterior, migración y refugiados, con sus políticas de crecimiento e inversión? El mar Mediterráneo es el mar de la muerte para muchos, y ha perdido a corto plazo su condición de “mare nostrum” o “mare constitucionale”. Pero también es cierto que la identidad cultural europea se inunda en interrogantes, cuando millones de refugiados de otros círculos culturales llegan cada año (aunque no podemos olvidar, por ejemplo, la riqueza que han aportado a la cultura alemana hugonotes y polacos). No hay tiempo para tratar otras cuestiones específicas del derecho de asilo en Alemania, aunque cabe dejar algunas palabras claves: una pérdida puntual del control sobre las fronteras, la falta de una diferencia entre los solicitantes de asilo y los migrantes (para estos segundos sí cabe una regulación mediante la reserva de ley), la relevancia constitucional de las “fronteras” y el territorio estatal como elemento culturalmente determinado). El artículo 16 de la Ley Fundamental, dogmáticamente puede configurarse como un derecho de prestación bajo la reserva de lo posible, en el sentido de la conceptualización que se fijó en los debates de Ratisbona (VVDStRL 30 (1972), p. 43 (107 y ss., 114, 139 y ss-).

El Islam es el último punto en discusión en relación a las exigencias que se imponen sobre el pensamiento de naturaleza cultural. Deberíamos discutir las situaciones jurídicas en los distintos Estados miembros de la Unión y más allá de ésta. La prohibición del burka en Francia ha sido aceptada por Estrasburgo. Alemania se encuentra ante la pregunta de determinar si han de prohibirse al menos parcialmente las vestimentas que cubren todo el cuerpo, al menos allí donde mostrar el rostro es necesario para una correcta comunicación. En mi opinión, en Alemania sería admisible una prohibición parcial del Burka en la calle, en los tribunales, en la escuela o en las oficinas de la administración pública. Seguiremos discutiendo con intensidad. Pese a la pasión y respeto por Oriente, debemos recordar las palabras de Goethe y F. Rückert: ¿pertenece el Islam verdaderamente a Europa?, ¿pertenecen los musulmanes a Alemania?, ¿puede haber un Islam ilustrado?, ¿puede haber un Islam alemán? (tal y

como afirma W. Schäuble). ¿Es suficiente la tesis que sostiene que la Ley Fundamental recoge la esencia de la cultura alemana?

CONCLUSIÓN

El esfuerzo acometido en estas páginas, a saber, comprender Europa desde un punto de vista cultural, arroja solo una parte de la verdad. Otras perspectivas, sea desde la economía o desde el derecho positivo, también reclaman su posición. La proposición cultural no es una “comprensión mundial”, una “teoría general; más bien se ha de incluir en el modelo teórico de Popper, por más que este no haya fundado su famosa “sociedad abierta” desde un punto de vista cultural. Conscientemente he buscado las zonas problemáticas que son hoy para Europa dramáticamente actuales. Quizá esté demasiado presente el aspecto de la crisis, pero no quería dejar a un lado las dificultades que se agolpan frente a los juristas. Al menos a vista de pájaro, es indudable que la cultura Europea se diferencia de la cultura asiática, africana o latinoamericana, siendo muchos, no obstante, los puentes entre Europa y Latinoamérica. Y no es menos cierto que junto a la identidad europea encontramos las identidades nacionales. He de reconocer que no he citado todos los ámbitos en crisis: por ejemplo, los procesos pendientes frente a Polonia (donde curiosamente el derecho procesal constitucional es “derecho constitucional concreto” que se utiliza contra la propia Constitución, en especial el principio de división de poderes y el Estado de derecho), o la reunificación de Chipre. Desde mi punto de vista la subsidiariedad y la solidaridad, la Unión como comunidad de paz y de derecho son todavía los conceptos esenciales. Pero todos han de tener claro hacia adónde vamos. Europa siempre ha sido reformable. Una política de integración diferenciada quizá sea el futuro. Me gustaría quedarme con la siguiente precomprensión: la imposibilidad de renunciar al optimismo científico en relación con la “casa abierta” de Europa, que a su vez ha de luchar mediante métodos culturales frente al pensamiento económico dominante (Europa como lugar para la memoria y objetivo educativo en las escuelas, con fundamento en las cláusulas europeas que darían lugar a una “interpretación pedagógica”).

Hoy nos encontramos a menudo con la “cabeza de medusa” denunciada por H. Kelsen. Frente a ella debe situarse con firmeza la política de la paz (una cultura de la paz). No debemos caer en una dicotomía norte/sur, o en una tensión entre el este y el oeste de Europa. Y las exigencias pesan

especialmente sobre la próxima generación de juristas europeos, que se han encontrado el regalo de Europa y lo dan por supuesto. A la luz de la globalización hemos de construir una "casa europea duradera y estable, y abierta al intercambio con otros continentes. Aquí también cabe el texto clásico de Goethe: "Dios es del Oriente, Dios es de Occidente, el Norte y el Sur se mecen en la paz de sus manos".

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE MADURO-2017:

FRAUDE CONSTITUCIONAL Y USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR

Carlos Ayala Corao

INTRODUCCIÓN

El Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, en Consejo de Ministros, mediante el Decreto No.2.830 de fecha 1 de mayo de 2017¹ decidió convocar (“convoco”) a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) (art. 1). Según los considerandos de dicho decreto presidencial, la ANC se convoca con los propósitos de (i) preservar la vida del planeta; (ii) defender la soberanía e integridad de la nación; (iii) constitucionalizar las grandes Misiones Socialistas; (iv) perfeccionar el sistema económico hacia la Venezuela Potencia; (v) la paz; (vi) erradicar la impunidad de los delitos; (vii) constitucionalizar las Comunas y los Consejos Comunales; (viii) consagrar los derechos de la juventud y (ix) reivindicar el carácter pluricultural. En este decreto el Presidente dispuso que los integrantes de la ANC serán elegidos “en los ámbitos sectoriales y territoriales” (art. 2).

(1) Gaceta Oficial (G.O.) No.6.925 Extraordinario de fecha 1-5-2017.

Ese mismo día, mediante el Decreto No.2.831 publicado en la misma Gaceta Oficial, el Presidente creó una Comisión Presidencial para la elaboración de la propuesta de las Bases Comiciales sectoriales y territoriales, y los principales aspectos para la conformación y funcionamiento de la ANC (art. 1). Dicha Comisión Presidencial quedó integrada por 14 miembros: ministros, gobernadores, diputados, funcionarios y asesores, todos ellos del oficialismo (art. 2).

I

LA COMPOSICIÓN, POSTULACIÓN DE CANDIDATOS Y NORMAS DE FUNCIONAMIENTO

El 23 de mayo de 2017 el Presidente de la República dictó el Decreto No.2.878² mediante el cual dictó las “Bases Comiciales” para la ANC, consistentes en once disposiciones sobre la forma y el número de integrantes por los ámbitos territoriales y sectoriales. En este sentido dispuso que la ANC tendrá una composición unicameral y solo se elegirán representantes o Constituyentes principales, en los siguientes ámbitos:

- 1) En el ámbito *territorial*, dispuso que serían un total de 364 miembros: uno (1) por cada municipio del país electo en forma nominal y sistema mayoritario; dos (2) en los municipios capitales mediante lista y sistema proporcional; y siete (7) en el Municipio Libertador de Caracas mediante lista y sistema proporcional.
- 2) En el ámbito *sectorial*, dispuso que sería un (1) Constituyente por cada ochenta y tres mil (83.000) electores del registro electoral sectorial. Así mismo se dispuso los siete (7) sectores que elegirán sus Constituyentes: 1. campesinos y pescadores; 2. personas con discapacidad; 3. empresarios; 4. pensionados; 5. estudiantes (universitaria pública, universitaria privada y misiones gubernamentales); 6. trabajadores, por tipos de actividad laboral (petróleo, minería, industrias básicas, comercio, educación, salud, deporte, transporte, construcción, cultores, intelectuales, prensa, ciencia y tecnología y administración pública); y 7. Comunas y Consejos Comunales. A continuación, el decreto presidencial aclaró que ningún elector podrá estar en más de un registro electoral, de acuerdo a un orden de prelación (empresarios,

(2) G.O. No.41.156 de fecha 23-5-2017.

campesinos y pescadores, personas con discapacidad, estudiantes, trabajadores, comunas y consejos comunales y pensionados).

- 3) Los *pueblos indígenas* estarán representados por ocho (8) Constituyentes electos de acuerdo a la reglamentación que dicte el Consejo Nacional Electoral (CNE), tomando como base el de respeto a sus costumbres y prácticas ancestrales, conforme al cual se llevó a cabo su elección para la ANC de 1999.

Con relación a la *postulación* de los candidatos, el decreto presidencial dispuso las siguientes tres modalidades:

- 1) Por iniciativa propia: en el ámbito territorial de los municipios, requiere además el respaldo del 3% de los electores de dicha entidad.
- 2) Por iniciativa de grupos de electores.
- 3) Por iniciativa de los sectores (autorizados por el decreto): en el ámbito sectorial, los candidatos solo pueden ser postulados por el sector correspondiente y recibir para ello el respaldo del 3% del Registro de dicho sector. Además, deben presentar una constancia de pertenecer a dicho sector postulante.

Entre los requisitos para poder ser postulado candidato a la Constituyente, el decreto establece ser “venezolano por nacimiento, y sin otra nacionalidad”.

Finalmente, las bases comiciales decretadas por el Presidente disponen que la ANC se instalará a las 72 horas siguientes a la proclamación de los Constituyentes electos en la sede del Salón Elíptico (sede actual de la Asamblea Nacional), y una vez instalada, dictará su estatuto de funcionamiento; no obstante, nada se dispone con relación a su lapso de funcionamiento o término de duración.

Y con relación a los límites de la ANC, de manera similar a lo establecido por las bases en 1999 –aprobadas en referendo–, se dispone que tendrá como *límites* los valores y principios de nuestra historia republicana, el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales y las garantías democráticas, dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos (Base Décimo Primera).

Posteriormente, debido a las críticas en la opinión pública del carácter unilateral e inconsulto de los decretos presidenciales y el riesgo de que la Constitución elaborada por la ANC no fuera de la aprobación de la mayoría del pueblo, el Presidente Maduro dictó otro Decreto, el No.2.889 de fecha 4 de junio de 2017³, mediante el cual dispuso “exhortar” a la ANC convocada para que la Constitución que redacte, sea sometida a referendo aprobatorio popular.

II

LA FIJACIÓN DE ELECCIONES CONSTITUYENTES Y LA PUBLICACION DE LAS BASES COMICIALES POR EL CNE

A las escasas 48 horas de haberse dictado y publicado el decreto presidencial No.2.878 mediante el cual dictó las “Bases Comiciales” para la ANC, el 25 de mayo de 2017 la Presidenta del Consejo Nacional Electoral (CNE), Tibisay Lucena, anunció en conferencia de prensa que dicho organismo había decidido fijar la fecha para la elección de los Constituyentes el día 30 de julio de ese año. Sin embargo, no fue sino unos pocos días después, el 7 de junio de 2017 cuando se publicó en la página o sitio web oficial del CNE la Resolución No.170607-119 emanada en esa misma fecha de dicho organismo⁴, mediante la cual se dispuso convocar a dicha elección de Constituyentes para el día domingo 30 de julio de 2017.

En esa misma fecha 7 de mayo de 2017, el CNE adoptó y publicó la Resolución No.170607-118 mediante la cual expresó que examinó las bases comiciales contenidas en la propuesta presentada por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria y elección de la ANC y acordó aprobarlas con unas reformas parciales puntuales.

Estas reformas consistieron, en primer lugar, en precisar las tres *regiones indígenas* para la elección de los 8 representantes: 4 por Occidente (Zulia, Mérida y Trujillo); 1 por la Sur (Amazonas y Apure); y 3 por Oriente (Anzoátegui, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Sucre).

En segundo lugar, se precisó que en el ámbito sectorial, se elegirán 174 Constituyentes de la siguiente manera:

(3) G.O. No.6.303 Extraordinario de fecha 4 de junio de 2017.

(4) Consultada en www.cne.gob.ve

- A) 42 Constituyentes electos nacionalmente, por el sistema de representación mayoritaria: Campesinos y pescadores: 8; Personas con Discapacidad: 5; Empresarios: 5; y Estudiantes: universidades públicas 11, privadas 3 y Misiones 10.
- B) 79 Trabajadores Constituyentes electos en listas nacionales por sub-sectores, por el sistema de representación proporcional: Petróleo-Minería: 2; Social: 12; Comercio-Banca: 11; Servicio: 14; Construcción: 4; Industria: 6; Transporte: 2; Administración Pública: 17; y Por cuenta propia: 11
- C) 24 Constituyentes representantes de Comunas y Consejos Comunales electos por entidad federal por el sistema de representación mayoritaria: uno (1) en cada uno de los 23 estados y uno en el Distrito Capital.
- D) 28 Pensionados Constituyentes electos nominalmente por regiones, por el sistema de representación mayoritaria: Capital 7, Central 4, Llanos 2, Centro-Occidente 6, Andes 4, Guayana 1, Insular 1 y Nororiental 3.

En cuanto a la postulación en el ámbito sectorial por el sector correspondiente, el CNE introdujo un número de firmas requerido (en lugar del 3% del registro): 500 firmas para las personas discapacitadas, campesinos y pescadores, empresarios y pensionados; y 1.000 firmas para los estudiantes y los trabajadores. Sin embargo, en el caso de las Comunas y los Consejos Comunales solo se establece como requisito la certificación de la comisión electoral permanente del ente al que pertenece el candidato.

El resto de las Bases Comiciales dictadas por el Presidente de la República en sus dos decretos fueron aprobadas y publicadas sin cambios por el CNE en esta resolución.

III

LAS INCONSTITUCIONALIDADES E INCONVENCIONALIDADES DE LAS BASES COMICIALES

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, implica que todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella (art.7). En consecuencia, las atribuciones de los órganos que

ejercen el Poder Público se deben sujetar a la Constitución y la ley (art.137). La sanción a los actos del Estado que violen la Constitución y los derechos es su nulidad; y los funcionarios que los ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores (arts.25 y 336, C).

La protección de la supremacía de la Constitución se refuerza con su rigidez normativa, es decir, que las modificaciones a la misma solo pueden llevarse a cabo a través de reformas o enmiendas, que requieren mecanismos reforzados, mayorías especiales y que incluyen su aprobación mediante referendos (arts. 340 a 346). Aparte de estos dos mecanismos de modificación, la Constitución de 1999 prevé que el pueblo de Venezuela como depositario del poder constituyente originario puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (art.347).

La Constitución de Venezuela de 1999, siguiendo la tradición de la Constitución de 1961, contiene una cláusula pétrea sobre la democracia al disponer que el gobierno de la República y de las entidades “es y será siempre” democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (art.6, C).

El tema de la democracia ya no puede considerarse un asunto interno de los Estados. Tanto el Consejo de Europa como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Africana tienen entre sus principios y fundamentos a la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

En el ámbito interamericano, la Carta de la OEA como tratado, establece la “democracia representativa” como una obligación internacional de los Estados Miembros y uno de los propósitos esenciales y principios de la Organización (arts.2 y 3). Así mismo, la Carta Democrática Interamericana (CDI) consagra el derecho de los pueblos a la democracia y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla (art.1); y reconoce que la democracia representativa es la base del Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros (art.2). Entre los “elementos esenciales” de la democracia representativa, la CDI consagra, entre otros, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo. El elemento electoral conocido como la “legitimidad de origen” de

la democracia, es ciertamente una condición necesaria pero no suficiente de toda democracia.

La democracia requiere así su ejercicio efectivo dentro del marco de respeto del Estado de derecho y los derechos humanos. En contraste con ello, las Bases Comiciales de la ANC impuestas por el Presidente de la República, adoptadas por el CNE y validadas por la SC/TSJ, configuran un fraude constitucional y una usurpación de la soberanía popular, y así mismo, violan la Constitución y los instrumentos sobre derechos humanos por cuanto transgreden los principios de universalidad e igualdad del sufragio.

1. EL FRAUDE CONSTITUCIONAL Y LA USURPACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR

El poder constituyente consiste en la facultad que tiene un pueblo para darse su Constitución. La Constitución emana del poder constituyente como poder creador normativo superior a los poderes constituidos. Por ello, conforme al principio democrático “le corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente”.⁵

En este sentido la Constitución de Venezuela de 1999 dispone que **el pueblo** como depositario del poder constituyente originario, es quien puede **convocar** una ANC:

Artículo 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución. (Resaltados añadidos).

De manera tal que, el pueblo y sólo el pueblo como poder constituyente, es quien puede convocar una ANC. Para ello, conforme a la Constitución, la **iniciativa** a fin de consultar la voluntad del pueblo sobre si desea convocar una ANC la tienen, cualquiera de los órganos del poder

(5) Ver, De Vega, Pedro. **La Reforma Constitucional y la problemática del Poder constituyente**. Madrid, 1991, pág. 15. Ver también, Linares Quintana, Segundo. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Tomo 2, Buenos Aires, 1975, pág. 405.

constituido allí señalados (Presidente, Asamblea Nacional y Concejos Municipales) o la iniciativa popular de un número mínimo de electores (15%):

Artículo 348. **La iniciativa** de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral. (Resaltado añadido).

De allí que, el constituyente de 1999 haya recogido en la Constitución su propia experiencia utilizada en ese mismo año para convocar la ANC, la cual consistió en: (i) la iniciativa por decreto presidencial de convocar al pueblo a un referendo para que decidiera si deseaba convocar a una ANC y aprobar las bases comiciales propuestas; y (ii) la aprobación por el pueblo de la convocatoria y las bases comiciales mediante referendo; y (iii) una vez aprobada la consulta popular, se convocó a las elecciones de los Constituyentes (conforme a las bases aprobadas previamente).

En otras palabras, debe quedar claro que una cosa es la *iniciativa* del Presidente de la República para convocar la celebración de un referendo para que el pueblo como titular del poder constituyente decida si convoca a una ANC y aprueba sus bases comiciales; y otra cosa es, precisamente la *convocatoria a la ANC* la cual sólo la puede decidir el pueblo mediante su aprobación en dicha consulta popular. Pero lo que no puede hacer el Presidente como órgano del poder constituido -y limitado- es sustituir al pueblo como poder constituyente originario y convocar él directamente por decreto la ANC. La ANC solo puede ser convocada por el pueblo como titular del poder constituyente originario, mediante la aprobación de una consulta popular o referendo.

A pesar de la claridad de los principios y las normas constitucionales comentadas, el Presidente Maduro mediante el Decreto No.2.830 de fecha 1-5-17 decidió directamente convocar (“convoco”) la ANC en lugar de convocar al pueblo a una consulta popular para que decidiera si convocaba una ANC. Y el CNE en lugar de observar la inconstitucionalidad de estos

decretos y plantear el conflicto ante el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), procedió el 7-6-17 de forma inmediata y automática mediante la Resolución No.170607-119 a convocar directamente la elección de los Constituyentes para la ANC.

Así mismo, primero el Presidente Maduro mediante los Decretos No.2.878 de fecha 23-5-17 y el No.2.889 de fecha 4-6-17 dictó las “Bases Comiciales” para la ANC, las cuales fueron igualmente de forma inmediata y automática el 7-6-17 aprobadas por el CNE mediante la Resolución No.170607-118.

De tal manera que esta conspiración para usurpar la soberanía popular y cometer un fraude a la Constitución la comenzó el Presidente de la República y fue consumada finalmente por el CNE. Pero como era previsible, en la jugada entró de inmediato y también de manera automática el TSJ a través de su Sala Constitucional (SC/TSJ), para imprimirle el úkase o blanqueo anticipado de estos actos irregulares mediante la “sentencia” No.378 de fecha 31 de mayo de 2017. Así, en pocos días, veintidós (22) para ser exactos, la SC/TSJ resolvió interpretar que el Presidente sí podía convocar, el sólo y directamente, una ANC sin consultar al pueblo; es decir, que quien convoca la ANC no es el pueblo sino directamente el Presidente. Este fallo textualmente dispuso lo siguiente:

[...] la Sala considera que **no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referendo consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente**, porque ello **no está expresamente contemplado** en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.⁶ (Resaltados añadidos).

En el mismo sentido, con una rapidez de tan solo 12 días, la Sala Constitucional del TSJ -tomando de oficio conocimiento del segundo decreto presidencial y de la aprobación de las bases comiciales por el CNE- citando su anterior fallo No.378, declaró la constitucionalidad del decreto presidencial fijando las Bases Comiciales para la elección de la ANC. De esta manera la SC/TSJ también validó la no aprobación de las Bases mediante un referendo o consulta popular así como su mecanismo

(6) Consultar este fallo en la página web o sitio oficial del TSJ: www.tsj.gob.ve

eleccionario “particular” mediante sectores y territorial (municipios). Para ello el fallo no dio ningún fundamento serio más que recurrir a distorsionar y manipular a la propia Constitución en sus conceptos de democracia directa y Estado federal descentralizado. Así la SC/TSJ en su “sentencia” No. 455 de fecha 12 de junio de 2017 concluyó señalando lo siguiente:

El proyecto “Bases Comiciales” respeta, en criterio de esta Sala, el **concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto**. En efecto, sobre el concepto de democracia plasmado en el texto fundamental de 1999, ya hemos advertido que tiene mecanismos de **democracia directa que facultan la presencia privilegiada de sectores sociales** cuyo protagonismo ha sido destacado por el legislador, en particular a través de las leyes del poder popular.

Por otra parte, es digno de destacar que **la escogencia de los constituyentistas deberá hacerse en el ámbito territorial y sectorial, mediante voto universal, directo y secreto**” (artículo Primero del Decreto. Extracto y subrayado del fallo). En consecuencia, esta Sala no advierte violación alguna del principio constitucional del sufragio. Así se declara. (Resaltados añadidos).

La burla argumental y los errores jurídicos manifiestos e inexcusables de este fallo no tendrían explicación, a no ser porque se trata del mismo “Tribunal” groseramente sumiso al Poder Ejecutivo que, entre muchas otras barbaridades, desmanteló las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional una vez que la oposición ganó la mayoría y se instaló en enero del año 2016. A partir de esa fecha la Sala Constitucional del TSJ luego de más de 50 fallos, llegó a vaciar por completo a la Asamblea Nacional de todas sus competencias hasta el zarpazo de sus fallos Nos. 155 y 156 de marzo de 2017, los cuales fueron denunciadas como una “ruptura del orden constitucional”.

La convocatoria a la ANC y las Bases Comiciales para su elección dictadas por los decretos presidenciales, aceptadas por las resoluciones del

CNE y avaladas por los fallos de la SC/TSJ, configuran así una evidente usurpación de la soberanía popular y un fraude constitucional.

De manera convergente con las normas constitucionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconocen el derecho de todo ciudadano sin discriminación alguna ni restricciones indebidas, a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 25.a y art. 23.1.a, respectivamente). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha sostenido la importancia para una sociedad democrática del ejercicio efectivo de los derechos políticos, como un fin propio y para garantizar los demás derechos humanos reconocidos en la Convención. En su sentencia en el caso *Leopoldo López Mendoza vs Venezuela*, la CorteIDH sostuvo esta doctrina en los siguientes términos:

La Corte estima pertinente reiterar que **“el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención (Cfr. Caso Castañeda Gutman, párr. 143) y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos (Cfr. Caso Yatama, párr. 195). En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (*supra* párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.⁷ (Resaltados añadidos).**

En suma, los ciudadanos ejercen sus derechos políticos tanto constitucionales como humanos internacionales, cuando participan directamente

(7) Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 108.*

en los asuntos públicos (ej. referendos) como cuando eligen a sus representantes (ej. Constituyentes). Por lo cual, tanto desde el Derecho Constitucional como desde el Derecho Internacional es un error jurídico inexcusable confundir la facultad de “iniciativa” constituyente con la aprobación de la “convocatoria” a la ANC: la primera le corresponde a los órganos del poder constituido como puede ser el Presidente de la República –y a la iniciativa popular-; mientras que la segunda le corresponde al pueblo como titular de la soberanía (indelegable). Un ejemplo claro sobre estos conceptos sería confundir la “iniciativa” de ley que tiene el Presidente de la República (art.204.1, C) ante la Asamblea Nacional con la aprobación misma de la ley por la Asamblea Nacional (art.213, C). El Presidente puede presentar proyectos de ley a la Asamblea Nacional, pero no aprobarlos él mismo directamente, ya que ello le corresponde a dicha Asamblea.

Por ello, tanto la convocatoria a la ANC como la aprobación de las Bases Comiciales de manera unilateral por el Presidente Maduro con la colaboración activa y decisiva del CNE y el TSJ, configuran una usurpación de la soberanía popular y un fraude a la Constitución.

Además de lo anterior, el contenido mismo de las Bases Comiciales decretadas por el Presidente Maduro y “aprobadas” por el CNE con el visto bueno de la SC/TSJ, es contrario a los principios constitucionales y convencionales del sufragio a través de votaciones universales, libres e iguales.

2. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL VOTO

El sufragio es un derecho de ciudadano que se ejerce mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, con base en el principio de personalización del sufragio y la representación proporcional (art.63, C). Además, conforme al principio de igualdad y no discriminación, son electores todos los ciudadanos (art. 62) que hayan cumplido 18 años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política (art.64).

Este derecho de todo ciudadano a elegir (sufragio activo), en términos generales, debe ser equivalente al derecho a postularse para ser electo (sufragio pasivo). En este sentido tanto el PIDCP como la CADH reconocen el derecho de todos los ciudadanos de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto

secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art.25.b y art.23.1.b, respectivamente).

En palabras de Dieter Nohlen, la universalidad del sufragio significa que “todo ciudadano tiene derecho a elegir y ser elegido independientemente de sexo, raza, lengua, ingresos o propiedad, profesión, estamento, o clase social, educación, religión o convicción política”.⁸ Conforme a Nohlen, la universalidad del sufragio puede verse restringida indebidamente por medio de la exclusión directa de determinados grupos de la población, por limitación o imposición de un censo o por otras restricciones irrazonables.⁹

En el caso de las Bases Comiciales para la elección de los Constituyentes a la ANC convocada ilegítimamente para el año 2017, se evidencian varias violaciones al principio de la universalidad del sufragio o voto:

A. EN PRIMER LUGAR, EN EL ÁMBITO SECTORIAL, POR LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS GRUPOS DE LA POBLACIÓN

Conforme a las Bases Comiciales, la elección de Constituyentes en el ámbito sectorial, sólo pueden ejercerlo tanto de manera activa (elegir) como de manera pasiva (ser electos), los ciudadanos que integran esos grupos taxativamente. En otras palabras, **los ciudadanos venezolanos que no integran alguno de esos sectores, no pueden votar ni ser electos.**

Esos sectores habilitados por el decreto presidencial que analizamos arriba (campesinos y pescadores; personas con discapacidad; empresarios; pensionados; estudiantes; trabajadores; Comunas y Consejos Comunales) excluyen a una gran parte de los ciudadanos que no integran estos sectores específicos, pero que forman parte de otros sectores no reconocidos ni habilitados para ejercer este derecho al sufragio, como son entre otros, a título de ejemplo: las amas de casa, los trabajadores de la economía informal, los desempleados, los profesionales por cuenta propia, los profesores universitarios, los académicos, la juventud no escolarizada, las personas de la tercera edad sin trabajo ni jubilación formal, etc. Así, por ejemplo, en mi caso, como el de seguramente muchos otros electores, conforme al padrón electoral para elegir los Constituyentes de la ANC en el 2017, no

(8) Nohlen, Dieter. **Sistemas electorales y partidos políticos**. México, 1995, pág. 20.

(9) Nohlen, Dieter. **Sistemas electorales...**, *op. cit.*, pág. 21.

estoy asignado como elector a ningún “sector”, por lo que no podré ejercer el derecho al voto para elegir los Constituyentes de ámbito sectorial.

Pero la sola idea de la sectorialización de los ciudadanos para ejercer el derecho al sufragio viola la universalidad del sufragio. La única excepción aceptada por las constituciones latinoamericanas y el Derecho Internacional es el de los representantes de los pueblos indígenas, por razones de su preexistencia, historia pre-hispánica, cosmovisión, cultura, religión, idioma y demás particularidades propias, que ha permitido que también constitucionalmente se reconozcan a los Estados como multiétnicos y pluriculturales (vgr., art.125, C).

Aparte de la excepción anotada, la obligación de pertenecer a determinado grupo o sector para poder ejercer el derecho a votar es contrario al derecho al sufragio de “todo” ciudadano. En este sentido, con ocasión de la sentencia de la CorteIDH en el caso *Yatama*, el juez Oliver Jackman sostuvo lo siguiente:

[...] la *ratio* expuesta en el punto (4) *supra* es una interpretación innecesariamente indirecta y potencialmente desorientadora de la naturaleza del derecho consagrado en el artículo 23.1.b, cuyos lenguaje y propósito no podrían ser más claros. **Un “ciudadano” -quien debe ser obviamente una “persona” y no un grupo**, en los términos del artículo 1.2- tiene un derecho absoluto “de votar y ser elegido” en elecciones democráticas, tal como lo establece el referido artículo. De ese modo, **cualquier requisito de que un “ciudadano” deba ser miembro de un partido político o de cualquier otra forma de organización política para ejercer aquel derecho viola claramente tanto el espíritu como la letra de la norma en cuestión.**¹⁰ (Resaltados añadidos).

En virtud de ello, las Bases Comiciales al dividir parcialmente a los electores en siete (7) sectores para elegir 174 Constituyentes por los ámbitos *sectoriales*, violó el principio de la universalidad del sufragio. Para la

(10) Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr.4.

elección de un cuerpo deliberante nacional, el sufragio puede organizarse por circuitos electorales de base poblacional, que en caso de un Estado federal como Venezuela (art.4), lo procedente es que se organice por los veintitrés estados miembros de la unión más el Distrito Capital.

Estos sectores para la elección de la ANC parecen el sueño de Mussolini del “Estado Corporativo”, basado en el concepto fascista de corporación que pretendía superar la lucha de clases e integrar al pueblo y al Estado en el gobierno. El sistema corporativo fascista establecía la división en veintidós áreas, a cada una de las cuales se asignaba una “corporación”. En cada corporación, los representantes de los grupos de organización fascista de los obreros, los empresarios y el gobierno, actuaban bajo la dirección del ministro de corporaciones y en última instancia por el mismo Duce.¹¹

B. EN SEGUNDO LUGAR, POR LA EXCLUSIÓN DE CIUDADANOS VENEZOLANOS DEL DERECHO A POSTULARSE

Con relación al derecho a la participación política en una democracia consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la Unión Interparlamentaria Mundial ha formulado una declaración afirmando que el ejercicio del sufragio es universal, igual y secreto, de manera que todos los electores puedan escoger sus representantes en condiciones de igualdad, apertura y transparencia, lo cual supone el derecho “a postular en iguales condiciones a sus candidatos para elecciones y a expresar sus posiciones por sí mismo o por medio de otros”.¹²

La asignación del voto por sectores excluye de los electores a postularse por el ámbito sectorial si no pertenecen a uno de los sectores arbitrariamente escogidos. Conforme a las Bases Comiciales en el ámbito sectorial, los candidatos solo pueden ser postulados *por el sector correspondiente*,

(11) Las cámaras corporativas finalmente terminaron por integrarse al Estado propiamente dicho, de modo que en 1938 la Cámara de los diputados fue sustituida por una Cámara de Fascios y Corporaciones. De este modo se pretendía que la legislatura no represente a los partidos políticos sino a los trabajadores, siendo estos una molécula viva dentro del organismo del Estado Fascista. Ver los comentarios sobre *La Dottrina del Fascismo* de Benito Mussolini, entre otras fuentes en: Marra, Realino. *Aspetti dell'esperienza corporativa nel periodo fascista*, en **Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova**, XXIV-1-2., 1991-1992: y Wiarda, Howard. **Corporatism and Comparative Politics**, London, 1996.

(12) Universal Declaration on Democracy, párr.12, Inter-Parliamentary Union, Cairo, 1997, *Positions Regarding Human Rights Issues*, Geneva, 1998, pág. 42.

para lo cual deben presentar una constancia de pertenecer a dicho sector postulante y recibir para ello el respaldo de un porcentaje del Registro de dicho sector.¹³

Pero además las Bases Comiciales introducen la *exclusión general* del derecho a postularse a todos los venezolanos por naturalización y a los venezolanos por nacimiento que posean otra nacionalidad. En efecto, conforme a la Base Séptima, numeral 1, tanto del decreto presidencial como de la resolución del CNE, exige ser “venezolana o venezolano por nacimiento, sin otra nacionalidad”.

Se trata claramente de una exclusión inconstitucional e inconvencional, discriminatoria por arbitraria, irrazonable y desproporcionada. Conforme a la Constitución, “todos” los venezolanos mayores de 18 años de edad ejercen la ciudadanía¹⁴, y en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos (art.39). La Constitución postula como principio general la igualdad de derechos políticos entre los venezolanos por nacimiento y los venezolanos por naturalización (que hubieren ingresado al país antes de cumplir 7 años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría) (art.40). Incluso la Constitución de 1999 amplió los cargos que pueden ser ejercidos por los venezolanos por naturalización -y que antes estaban reservados a los venezolanos por nacimiento-. Así los venezolanos por naturalización que tienen domicilio con residencia ininterrumpida en el país no menor de 15 años, podrán desempeñarse como: diputados a la Asamblea Nacional, ministros, gobernadores y alcaldes de los estados y municipios no fronterizos (art. 41, aparte). Si bien los derechos políticos son privativos de todos los venezolanos (ciudadanos) (art.40), incluso los extranjeros, que hayan cumplido 18 años de edad y con más de 10 años de residencia en el país, tienen derecho al voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales (art.64).

(13) Conforme vimos arriba, en cuanto a la postulación en el ámbito sectorial por el sector correspondiente, el CNE introdujo un número de firmas requerido (en lugar del 3% del Registro): 500 firmas para las personas discapacitadas, campesinos y pescadores, empresarios y pensionados; y 1.000 firmas para los estudiantes y los trabajadores. Sin embargo, en el caso de las Comunas y los Consejos Comunales, solo se establece: la certificación de la comisión electoral permanente al ente al que pertenece el candidato.

(14) Conforme al artículo 39 constitucional, la excepción solo abarca a aquellos ciudadanos sujetos a inhabilitación política o interdicción civil.

A pesar del principio general de la igualdad de los derechos políticos entre los venezolanos, la Constitución de 1999 estableció de manera *taxativa* y por tanto de interpretación restrictiva, determinadas excepciones a dicho principio constitucional de igualdad ciudadana, para postularse y a ejercer ciertos cargos públicos altos. En este sentido, el artículo 41 constitucional lista los cargos que están reservados a los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad: Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional, magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley orgánica de la Fuerza Armada Nacional. Si bien se trata de un tema discutible, en todo caso es de estricta “reserva constitucional”, ya que como vimos la Constitución consagra el principio general de la igualdad de derechos políticos entre los venezolanos (ciudadanos). Por lo cual, cualquier otra restricción o exclusión o discriminación para ocupar funciones o cargos públicos entre ciudadanos venezolanos que no sean las dispuestas expresamente en la Constitución viola el principio de igualdad ciudadana por ser discriminatoria.

En consecuencia, el decreto presidencial y la resolución del CNE sobre las Bases Comiciales para la ANC al establecer como requisito para postularse como candidato a ser electo Constituyente, la condición de ser “venezolano por nacimiento y sin otra nacionalidad”, violan la Constitución por excluir de manera discriminatoria tanto a los demás ciudadanos venezolanos tanto por naturalización como por nacimiento.

C. EN TERCER LUGAR, LA POSTULACIÓN POR SECTORES VIOLA LA UNIVERSALIDAD DEL VOTO

Como hemos visto, la universalidad del sufragio incluye la posibilidad del elector de postularse en el circuito electoral. La sectorialización de los circuitos electorales por grupos de actividad política, social, económica, profesional o de cualquier otra índole similar, es claramente una regresión contraria a la universalidad del sufragio.

Mediante el mecanismo particular impuesto en las Bases Comiciales, se requiere –como vimos arriba– no solo pertenecer al sector sino que un

número de electores del registro de ese sector apoyen dicha postulación. Incluso en el caso de las Comunas y los Consejos Comunales se requiere la certificación de la comisión electoral permanente a la que pertenece el candidato.

La sectorialización de la elección para la ANC rompe con la conquista de la universalidad del voto para representar a la generalidad de la población del circuito electoral. Con el nacimiento del Estado y especialmente el Estado moderno, los conceptos de bien común (Rousseau) y de soberanía popular (Carré de Malberg) excluyeron la representación estamental o de corporaciones a través del sufragio. Los cuerpos deliberantes deben representar a la nación como un conjunto y no a determinado grupo, lo cual no incluye la representatividad de los electores en su conjunto. En este sentido, la Constitución dispone en el caso de los diputados a la AN como cuerpo deliberante nacional y por tanto asimilable a una asamblea nacional como la ANC, que los diputados son representantes del pueblo y no sujetos a mandatos ni instrucciones (art.201).

Pero con el esquema impuesto en las Bases Comiciales, la representación de los sectores en la ANC mediante la postulación de candidatos pertenecientes a sectores y la elección por los sectores correspondientes, la representación se convierte en una representación corporativa de dichos sectores y de sus intereses. Se trata por tanto no de una ANC sino de un cuerpo donde más del 30% de sus integrantes (1/3 parte) es de base sectorial o corporativa; y además, como veremos a continuación, ni siquiera Nacional. Ello configura una fractura de la soberanía popular no solo inconstitucional sino contraria a los principios fundamentales republicanos y de la democracia (arts. 2, 3, 5, 6 y 7, C).

D. EN CUARTO LUGAR, LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL POR MUNICIPIOS SIN PROPORCIÓN A LA BASE POBLACIONAL, VIOLA LA UNIVERSALIDAD DEL VOTO Y EL CARÁCTER DEL ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO

Venezuela nació como Estado independiente en la Constitución de 1811 como un Estado federal. Luego de la Guerra Federal, el Estado tanto por razones sociales, como políticas e históricas, se estructuró y definió hasta nuestros días como un Estado federal. La Constitución de 1999 define establece que Venezuela es un “Estado federal descentralizado” en los términos consagrados en dicha Constitución, el cual se rige por los

principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art.4). Ello tiene como consecuencia, que el territorio nacional de la República se divide en los veintitrés estados y el Distrito Capital, y éstos a su vez se organizan en municipios (art.16, C).

De allí que el cuerpo deliberante y representativo nacional como es la AN, esté integrado por representantes (diputados) elegidos en cada estado y en el Distrito Capital como las entidades federales: tres diputados fijos y los demás diputados según la base del 1,1% de la población del país (art.186, C). Este número de diputados de base poblacional da lugar a la creación de los circuitos electorales en cada entidad federal, que pueden o no coincidir con la división municipal dependiendo de su distribución geográfica. En nuestra historia republicana democrática esta ha sido la forma como se ha integrado la cámara de diputados (ej. 1947 y 1961), la ANC en 1999¹⁵ y la AN a partir de la Constitución de 1999.

(15) Conforme a las Bases Comiciales de la ANC propuestas por el entonces Presidente de la República, Hugo Chávez, las cuales fueron modificadas parcialmente por el CNE y la Corte Suprema de Justicia y sometidas a la aprobación del pueblo mediante referendo consultivo, ese cuerpo estuvo integrado por 103 miembros, de los cuales 76 se eligieron por cada una de las 24 entidades federales (23 estados y el Distrito capital) en proporción a su base poblacional; 20 de una lista nacional y 3 por los pueblos indígenas:

Segundo: La Asamblea Nacional Constituyente estará integrada por ciento tres (103) miembros y tendrá una conformación unicameral. A la Asamblea Nacional Constituyente sólo se elegirán representantes principales.

Tercero: La elección de los constituyentes será en forma personalizada (por su nombre y apellido) de acuerdo al siguiente mecanismo:

Se producirá la elección de setenta y seis (76) constituyentes en veinticuatro (24) circunscripciones regionales, coincidentes con los Estados y el Distrito Federal, de acuerdo con su número de habitantes: Amazonas, dos (2); Anzoátegui, tres (3); Apure, dos (2); Aragua, cuatro (4); Barinas, dos (2); Bolívar, cuatro (4); Carabobo, seis (6); Cojedes, dos (2); Delta Amacuro, dos (2); Falcón, dos (2); Guárico, dos (2); Lara, cuatro (4); Mérida, dos (2); Miranda, siete (7); Monagas, dos (2); Nueva Esparta, dos (2); Portuguesa, dos (2); Sucre, dos (2); Táchira, tres (3); Trujillo, dos (2); Vargas, dos (2); Yaracuy, dos (2); Zulia, nueve (9); y Distrito Federal, seis (6). El elector dispondrá de tantos votos como constituyentes se vayan a elegir en la circunscripción a la que pertenezca.

Se producirá la elección de veinticuatro (24) constituyentes en una circunscripción nacional. El elector dispondrá de un máximo de diez (10) votos.

Parágrafo Único: En atención al régimen de excepción que los afecta y los compromisos asumidos en los tratados y acuerdos internacionales, las comunidades indígenas de Venezuela estarán representadas por tres (3) constituyentes electos de

Siendo la ANC un cuerpo representativo nacional, sus miembros deben representar a la población nacional; y tratándose de un Estado federal, la representación debe organizarse con base al porcentaje de la población en cada estado y el Distrito Capital.

No obstante, las Bases Comiciales decretadas por el Presidente Maduro, que fueron adoptadas por el CNE y validadas por la SC/TSJ, asignaron arbitrariamente la representación territorial a los “municipios” como entidades político-territoriales, independientemente de su base poblacional. Así, conforme a las Bases Comiciales segunda y tercera, la ANC estará integrada por trescientos sesenta y cuatro (364) Constituyentes escogidos territorialmente: un (1) Constituyente por municipio; dos (2) Constituyentes por cada uno de los municipios capitales de los estados; y siete (7) Constituyentes en el caso del Municipio Libertador de Caracas.

De esta manera se evidencia que todos los municipios del país independientemente de su población, tienen asignado el mismo número de representantes: uno (1); y los municipios de las capitales de cada uno de los 23 estados del país independientemente de su población, tienen asignado también el mismo número de representantes: dos (2). Y así mismo, el Distrito Capital como sede de la capital nacional, tiene asignados siete (7) representantes, sin tener relación alguna con su base poblacional.

Al tomar al municipio como entidad jurídico-territorial para la representación en la ANC y no la población del estado y ni siquiera la población del municipio, se generan severas distorsiones que afectan gravemente la universalidad –y como veremos la igualdad- del sufragio.

La representación territorial de la ANC prácticamente es en su mayoría (2/3 partes) una especie de asamblea de municipios y no de la población de éstos. Ello viola el principio de representación del pueblo y de los estados en su conjunto (art. 201, C), para convertir a la ANC en una representación de la persona jurídico-territorial de los municipios con prescindencia de su base poblacional. Por ello, este sistema impuesto por las Bases Comiciales presidenciales igualmente viola el principio de la representación de la población sobre la base poblacional de cada uno de

acuerdo con sus costumbres y prácticas ancestrales, y el mecanismo que elijan las organizaciones indígenas. El derecho de participación aquí previsto atenderá a la pluralidad de culturas existentes en las distintas regiones del país.

los veintitrés estados y el Distrito Capital (art.16, C) del Estado venezolano como Estado federal descentralizado (art.4).

3. LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DEL VOTO

Como hemos visto, el sufragio es un derecho de todo ciudadano que se ejerce mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, con base en el principio de personalización del sufragio y la representación proporcional (art.63, C). Y conforme al principio de igualdad y no discriminación, son electores todos los ciudadanos (art. 62) que hayan cumplido 18 años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política (art.64).

Este derecho de todo ciudadano a elegir debe respetar el principio de “una persona un voto” o lo que es lo mismo “un ciudadano un voto”. En este sentido, además de la Constitución, tanto el PIDCP como la CADH reconocen el derecho de todos los ciudadanos de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténtica, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art.25.b y art.23.1.b, respectivamente).

De allí la importancia de que los distritos o circuitos electorales sean diseñados sobre la base poblacional. Y si bien es casi imposible que todos los circuitos electorales tengan exactamente el mismo número de electores, el diseño de éstos debe guardar relaciones de estricta simetría razonable y proporcional, y no ser arbitrarios.

La igualdad del sufragio como lo afirma K.H. Siefert citado por Dieter Nohlen, es “hoy (en las democracias occidentales), prácticamente el más importante de todos los principios del derecho electoral”.¹⁶ Este principio implica que la influencia del voto de todos los electores es igual, es decir, que hay una igualdad cuantitativa de los votos de los electores, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales. Como lo explica Nohlen, “[p]ara que la igualdad cuantitativa de votos permanezca garantizada, se debe tener cuidado en la distribución de las circunscripciones electorales con el fin de lograr, por ejemplo, una relación igual entre la población (o el electorado) y el número de diputados

(16) Seifert, K.H. 1976, pág. 50 citado por Nohlen, Dieter. **Sistemas electorales...**, *op. cit.*, pág. 22.

que deben ser elegidos en relación con la proporción nacional (clave de la representación)".¹⁷

El principio de la igualdad del voto o al sufragio igual como hemos visto, se encuentra consagrado expresamente tanto en el PIDCP (art.25.b) como en la CADH (art. 23.1.b). Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos (ONU) del PIDCP ha reiterado el principio fundamental de "un ciudadano un voto" para que el voto de un elector tenga igual valor que el de otro; y en consecuencia, la importancia de la delimitación de los circuitos electorales, la cual no puede dar como resultado una discriminación contra ninguna persona ni grupo de personas:

Aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, el sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Debe aplicarse el **principio de un voto por persona** y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, **el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro. La delimitación de los distritos electorales y el método de asignación de votos no deben desvirtuar la distribución de los votantes ni comportar discriminación alguna contra ningún grupo, ni tampoco excluir o restringir en forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes.**¹⁸ (Resaltados añadidos).

Si bien los derechos políticos, como cualquier otro derecho está sometido a limitaciones, éstas no pueden desnaturalizar el contenido del derecho y en todo caso, deben sujetarse a un test riguroso. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al resolver el caso *Andrés Aylwin Azócar y otros vs Chile*, sostuvo como principio, que en

(17) Nohlen, Dieter. **Sistemas electorales...**, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

(18) **Comentario General No. 25** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por el Comité de Derechos Humanos, disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=C-CPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.7&Lang=en

la reglamentación del derecho a votar los Estados no pueden reducir o diluir la posibilidad efectiva de ejercer ese derecho, como ocurre cuando se da mayor fuerza a determinados votos:

La Comisión entiende que los **derechos a la igualdad política** anteriormente citados establecen la **imposibilidad** de que los Estados miembros de la Convención Americana **den un tratamiento irrazonable distinto o desigual a sus ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes**. Por ello, estos derechos implican que los Estados partes **no pueden reducir o diluir la posibilidad efectiva de elegir a sus representantes, dar mayor fuerza a los votos emitidos por otros miembros del colectivo, así sean representantes populares**. (Resaltados añadidos).¹⁹

Por ello las limitaciones o restricciones a los derechos políticos solo deben ser las necesarias en una sociedad democrática y en todo caso, deben tener un fin legítimo y estar sujetas a la legalidad, a la razonabilidad y a la proporcionalidad. En este sentido, la CorteIDH ha exigido la aplicación de este test a las limitaciones o restricciones al derecho a elegir y ser electo, a fin de evitar una restricción contraria a las obligaciones internacionales de los Estados en la materia. Así, en el caso *Yatama*, la Corte sostuvo:

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (*Cfr. Case of Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, no. 74025/01, § 36, ECHR-2004). **Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática**. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos

(19) CIDH, Informe No.137/99, Caso 11.863, *Andrés Aylwin Azócar y otros vs Chile*, de fecha 27 de diciembre de 1999, párr. 97, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.863.htm>

para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue**²⁰. (Resaltados añadidos).

Sin embargo, la representación de la ANC asignada por las Bases Comiciales tanto en el ámbito sectorial como en el territorial (municipal), como hemos visto, no guarda relación alguna de proporcionalidad ni mucho menos de igualdad con la base poblacional. En otras palabras, la asignación de Constituyentes por sectores y por municipios como las circunscripciones electorales, no tiene una relación igual entre la población (o el electorado) y el número de Constituyentes que deben ser elegidos en relación con la proporción nacional (clave de la representación).

(20) Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Cit.*, párr.206. En este fallo se cita en este párrafo otras decisiones internacionales relevantes: *Cfr. Caso Ricardo Canese, supra* nota 5, párrs. 96 y 133; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 121 y 123; y *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46. Asimismo *cfr. Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, para. 58; *Eur. Court H.R., Case of Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, para. 59; O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27, Libertad de circulación (art. 12) de 2 de noviembre de 1999, párrs. 14 y 15; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25, Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 25) de 12 de julio de 1996, párrs. 11, 14, 15 y 16.

A. En el ámbito sectorial

No se conoce sobre qué base poblacional se asignaron este número de representantes por sector ni por cada sub-sector. Pero en realidad, en la mayoría de los sectores y sub-sectores ni siquiera se conoce ni existe un registro o padrón de sus integrantes, como en el caso de los campesinos y pescadores, los trabajadores sobre todo por cuenta propia y los empresarios; en otros casos, como el de los estudiantes, incluso la mayoría de las universidades públicas y privadas se negaron a enviar sus registros de su matrícula estudiantil; y en el caso de las Misiones Socialistas, por sus características y circunstancias mutables no son confiables, al depender dicho registro –cuando existe- del propio gobierno (Ministerios) que es parte interesada en el proceso electoral, como también es el caso de las Comunas y Consejos Comunales.

Los votos de, por o en sectores o colectivos han sido considerados violatorios del principio de igualdad, ya que tienen por efecto la disminución del voto popular igualitario, al diluir el valor real de éste y privilegiar grupos, instituciones y hasta funcionarios. Por estas razones, con relación a la representación corporativa de los senadores designados bajo la Constitución de Chile de 1980, la CIDH sostuvo que violaban el principio de igualdad de voto. Es notable resaltar que este informe de la CIDH llevó incluso a que Chile modificara su Constitución para eliminar los senadores designados y someterlos al voto popular directo y general de todos los ciudadanos de los circuitos electorales. Pero vale la pena citar el razonamiento del precedente de la CIDH en 1999 sobre el particular, ya que posee no sólo actualidad sino una aplicación *mutatis mutandi* al caso de los Constituyentes sectoriales para la ANC previstos en las Bases Comiciales:

107. Debe observarse que los senadores designados constituyen un *enclave corporativo* que no responde a la condición ciudadana del senador sino al cargo o función que desempeña o desempeñó. En efecto, en el propio artículo 45 se establece que cuando no existan las personas que reúnan las cualidades y requisitos previstos por los literales b) a f), la designación podrá recaer en funcionarios que hayan desempeñado funciones relevantes en los

organismos a que se refieren los mencionados literales. De modo que **se trata de una representación corporativa --pero no de cualquier corporación-- que tiene por efecto una disminución del valor del voto popular igualitario.**

108. Existe, por tanto, una odiosa e ilegítima discriminación que afecta a los ciudadanos chilenos peticionarios, la cual tiene su origen en la Constitución chilena e implica la disminución real del derecho igual de los ciudadanos a elegir sus representantes. En este sentido, la propia Constitución consagra el derecho a la igualdad del sufragio activo, al disponer que “en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto” (artículo 15). Con esta diferenciación establecida en el artículo 45 y aplicada por las autoridades ha logrado el efecto de diluir el valor real del voto popular y privilegiar a instituciones y funcionarios castrenses que nada tienen que ver con el desempeño de las funciones legislativas del órgano representativo.

[*omissis*]

115. De acuerdo con lo anterior y puesto que la figura de los senadores designados **constituye una desigualdad injustificada que altera el núcleo esencial de la democracia representativa**, concluye esta Comisión que existe también una violación de los derechos políticos consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana.

Por las mismas razones, en el caso de las Bases Comiciales para la ANC no se sabe qué porcentaje de la población representan estos sectores vis a vis los sectores no incluidos; ni qué porcentaje representan respecto a toda la población nacional. Y por lo mismo, no hay ni justificación, ni racionalidad ni proporcionalidad en el establecimiento de las representaciones asignadas a esos sectores, lo cual es abiertamente contrario al principio de la igualdad del voto y no discriminación.

Como quedó explicado arriba, muchos ciudadanos electores –aún no se sabe las verdaderas dimensiones- no estamos ni inscritos ni asignados a ninguno de esos sectores, por lo que estamos excluidos del derecho al voto por sector para la ANC. Es decir, no existe siquiera igualdad en la desigualdad, ya que además de la arbitrariedad en la asignación de la representación de los sectores sin relación con la base poblacional (ni nacional ni por estados ni el Distrito Capital), no todos los electores en el ámbito territorial tienen derecho al voto en el ámbito sectorial.

Pero en el supuesto incluso de que todos los electores tuvieran el voto sectorial, no hay justificación alguna para que esos sectores elijan el 31% de la totalidad de los Constituyentes, y que algunos de los sectores y subsectores elijan más Constituyentes que los habitantes de los municipios de varios estados, rompiendo aún más con los principios de la universalidad y la igualdad del voto. Por lo cual, la representación por sectores para la ANC por las Bases Comiciales es violatoria del principio constitucional y convencional de igualdad del voto.

B. En el ámbito territorial

Como se dijo, al ser la ANC un cuerpo representativo nacional, sus miembros deben representar a la población; y tratándose de un Estado federal, la representación debe organizarse con base al porcentaje de la población en cada estado y el Distrito Capital. Pero, las Bases Comiciales asignaron arbitrariamente la representación territorial de trescientos sesenta y cuatro (364) Constituyentes escogidos a los municipios sin relación con su población: un (1) Constituyente por municipio; dos (2) Constituyentes por cada uno de los municipios capitales de los estados; y siete (7) Constituyentes en el caso del Municipio Libertador de Caracas. Ciertamente el error –voluntario y de mala fe para distorsionar la representación- está en tomar al municipio como entidad jurídico-territorial para la representación por igual en la ANC y no la población del estado o incluso (aunque no sería lógico para un cuerpo nacional) la población del municipio, afectando así al principio de la igualdad del sufragio.

Esta representación “territorial” al asignar un Constituyente por municipio (dos por municipio capital de estado) independientemente de la base poblacional, rompe el principio de una persona un voto. Al convertir al territorio del municipio, tal cual sin modificación, en un circuito electoral, se distorsiona por completo la igualdad en la representación poblacional

del voto, ya que cada municipio urbano es distinto en población a los otros y los municipios urbanos son distintos en población que los rurales o selváticos.

La distorsión se incrementa de manera absurda cuando constatamos que cada uno de los distintos estados de Venezuela son quienes han creado sus propios municipios de manera no uniforme y sin relación con la población nacional, a través de las leyes de división político territorial de cada estado dictadas por sus propios poderes legislativos (Consejos Legislativos antes Asambleas Legislativas).

En conclusión, las Bases Comiciales de la ANC al establecer la representación "territorial" sobre la base igualitaria del territorio de los municipios –como personas jurídico-territoriales equivalentes al circuito electoral- cuyo número es creado por cada estado de manera no uniforme y sin base en la población nacional ni de los estados, imponen a los ciudadanos desigualdades absurdas, extremas y discriminatorias. Por lo cual, la representación territorial dispuesta en las Bases Comiciales viola el principio de igualdad del sufragio y el voto igual en circunscripciones electorales sobre la base poblacional.

IV

CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

Tanto la convocatoria a la ANC como las Bases Comiciales para la ANC impuestas por decreto del Presidente Maduro, luego adoptadas por el CNE y validadas por el TSJ, configuran un fraude a la Constitución y una usurpación a la soberanía popular; además de violar los principios de la universalidad y la igualdad del sufragio.

De conformidad con la Constitución, la soberanía reside de manera intransferible en el pueblo (art.5), quien es además como depositario del poder constituyente originario el único que puede convocar a una ANC y aprobar sus Bases Comiciales (art.347). Por tanto, la convocatoria a la ANC y sus Bases Comiciales deben ser sometidas al pueblo mediante un referendo para su consideración y aprobación o rechazo. Al obviar este requisito esencial de validez, los actos de convocatoria a la ANC como las Bases Comiciales están viciados de nulidad absoluta insalvable.

Además de ello, el contenido de las Bases Comiciales viola los principios de universalidad e igualdad del sufragio. En efecto, la imposición de candidatos y electores por “sectores” excluyentes del conjunto de los electores y la representación territorial por municipios sin proporción a la base poblacional, violan la universalidad e igualdad del voto.

No se sabe exactamente qué porcentaje de la población representan los sectores vis a vis los sectores no incluidos; o qué porcentaje representan respecto a toda la población nacional. Y por lo mismo, no hay ni racionalidad ni proporcionalidad en el establecimiento de las representaciones asignadas a esos sectores, lo cual es abiertamente contrario al principio de la igualdad del voto

La representación “territorial”, al asignar un Constituyente por municipio (dos por municipio capital de estado) independientemente de la base poblacional, rompe el principio de una persona un voto. Ello distorsiona por completo la igualdad en la representación poblacional del voto, ya que cada municipio urbano es distinto en población a los otros y los municipios urbanos son distintos a los rurales o selváticos. Estas desigualdades discriminatorias creadas por las Bases Comiciales de la ANC se agravan al establecer la representación sobre la base igualitaria del territorio de los municipios -como personas jurídico-territoriales equivalentes al circuito electoral-, pero cuyo número es creado por cada estado y no de manera uniforme sobre la base de la población nacional o de cada estado. Por lo cual, la representación territorial impuesta en las Bases Comiciales viola el principio de igualdad del sufragio y el voto igual en circunscripciones electorales sobre la base poblacional.

Dadas estas graves violaciones evidentes y de por sí escandalosas, cabe entonces preguntarse: ¿por qué y para qué convoca el Presidente Maduro en estos momentos a una ANC? La respuesta es evidente: primero, para controlar la ANC con una minoría pro gubernamental a través de unas Bases Comiciales que le permitirán hacer elegir sus candidatos de los sectores diseñados y controlados en buena parte por el gobierno, y de municipios con un peso electoral desproporcionado en los estados mayoritariamente de población rural, con mayor ventaja para el actual partido oficial. De esta manera, se pretende arbitraria e inconstitucionalmente evitar las elecciones de los Gobernadores que debían celebrarse el año 2016, las elecciones municipales que deben celebrarse este año 2017 y las elecciones presidenciales que deben celebrarse en el próximo año

2018, y en todas las cuales el Presidente y los candidatos de su partido (PSUV) resultarían perdedores. Por ello no debe extrañarnos que, en todas las encuestas realizadas entre un 70% y un 85% de la población rechaza la ANC y no piensa ir a votar²¹. Ergo, frente al rechazo de la oposición (MUD) a esta ANC, solo se inscribieron como candidatos e irá a votar esa minoría pro gubernamental que está de acuerdo con la ANC y los candidatos del gobierno.

Pero una de las reglas de la democracia es la alternabilidad, el pluralismo y el respeto a la voluntad del pueblo. Un partido o grupo que hoy es gobierno, mañana pasa a la oposición; y un partido que hoy es oposición mañana pasa a ser gobierno. Y así sucesivamente. Ningún partido o proyecto político se puede sentir “dueño” del poder ni predestinado de por vida a “salvar” a un pueblo, al extremo de identificar su proyecto con la Patria o de lo contrario con la traición a la Patria o incluso la muerte.²²

Por eso las constituciones no pueden ser ideológicas, sino que deben consistir de principios y reglas pluralistas, objetivas, cuyos principios superiores y derechos universales son para todos y sin discriminación. Sin embargo, en los decretos presidenciales de la ANC se evidencia la intención de elaborar una Constitución Socialista para el proyecto del actual partido de gobierno. En efecto, el Decreto No.2.831 emanado del Presidente Maduro de fecha 1 de mayo de 2017²³, mediante el cual creó la Comisión Presidencial que tuvo a su cargo la preparación de las Bases Comiciales de la ANC, no solo estuvo integrada exclusivamente por funcionarios públicos y por diputados y asesores oficialistas, sino que dentro de los propósitos de esta Comisión, confesados en el propio decreto está el de “seguir cimentando las bases del Socialismo Bolivariano del Siglo

-
- (21) En este sentido las encuestas coinciden en sus resultados. A continuación una de las encuestas incluso más favorables a la ANC, cuyo apoyo baja más cuando se les pregunta si antes debería consultarse al pueblo: “Encuesta: 66% de los entrevistados está en desacuerdo con Constituyente. El 84,3% de los entrevistados considera que primero habría que preguntarle al pueblo vía referendo si desea una Asamblea Nacional Constituyente, tal como hizo Chávez en el año 1999”, diario El Tiempo digital de fecha 9 de mayo de 2017, disponible en: <http://eltiempo.com.ve/venezuela/politica/encuesta-66-de-los-entrevistados-esta-en-desacuerdo-con-constituyente/238965>
- (22) A partir del 2008 el Presidente Hugo Chávez adoptó el eslogan para el gobierno y los miembros de su partido PSUV: “Patria, socialismo o muerte”.
- (23) G.O. No.6.295 Extraordinario de fecha 1-5-17.

XXI". Pero las constituciones no pueden y por tanto no deben, imponer un modelo político o económico único y mucho menos cuando éste no es democrático y pluralista.

Recordemos que en el año 2007 el entonces Presidente Hugo Chávez propuso una reforma constitucional que entre otras cosas establecía el Estado Socialista y Comunal, desdibujaba el derecho de propiedad y restringía los derechos de referendos populares. Esta propuesta de reforma constitucional fue rechazada ese año por el pueblo en el referendo aprobatorio convocado. Pero poco le importó el rechazo popular al Presidente Chávez, quien habiendo controlado políticamente todos los Poderes Públicos Nacionales incluidos la AN y el TSJ, dictó decretos e hizo aprobar leyes del poder comunal y restricciones a la propiedad, que fueron validadas por la SC/TSJ.

Por ello no cabe duda que el principal propósito de la ANC aun antes de aprobar una "Constitución Socialista del Siglo XXI", será terminar de dejar sin efecto Constitución de 1999 y de disolver los poderes constituidos "no alineados" que estorban al gobierno, como son la AN y la Fiscal General de la República, así como posiblemente a los Gobernadores y Alcaldes de oposición. En este sentido, los anuncios hechos por voceros oficiales han adelantado que al instalarse la ANC, entre otras medidas se removerá a la Fiscal General de la República (quien descubrió recientemente una vocación para ejercer su cargo con autonomía e independencia política), y además se les levantará la inmunidad parlamentaria a los diputados de la Asamblea Nacional para juzgarlos penalmente²⁴.

En fin, esta convocatoria a la ANC y sus Bases Comiciales son un fraude a la soberanía popular y son inconstitucionales e inconventionales, ya que violan los principios del sufragio universal e igual.

(24) Así por ejemplo, "Cabello dijo que Constituyente podrá allanar inmunidad parlamentaria. El vicepresidente del PSUV afirmó que la Asamblea Nacional Constituyente podrá aprobar leyes ya que el Parlamento actual no sirve para nada", en diario "El Nacional WEB", de fecha 1 de junio de 2017, disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/gobierno/cabello-dijo-que-constituyente-podra-allanar-inmunidad-parlamentaria_185490; y "Constituyente puede destituir a la Fiscal para garantizar justicia, afirmó Diosdado Cabello", en sitio web de Venezolana de Televisión (VTV), publicado el 2 de junio de 2017, disponible en: <http://vtv.gob.ve/activacion-de-la-constituyente-puede-destituir-a-la-fiscal-para-garantizar-justicia-afirmo-diosdado-cabello/>

Esta convocatoria a la ANC del Presidente Maduro es una irresponsabilidad frente al país y a la historia, que ha incrementado la crisis política, social y económica que vive el país y no permitirá solucionarla democráticamente mediante el diálogo, la negociación y los acuerdos. Como está diseñada la ANC para tener lugar, no será ni puede ser una oportunidad para un diálogo incluyente, plural y participativo.

Nada de lo anterior se conseguirá con esa ANC y menos como la diseñada e impuesta desde el gobierno, ya que las constituciones son puntos de encuentro no de desencuentro, son acuerdos no imposiciones, en fin, son tratados de paz no declaraciones de guerra. Venezuela lo que necesita es más Constitución y menos Constituyente, más democracia y menos autoritarismo, más civilidad y menos militarismo, más producción y menos importación, más transparencia y menos corrupción, más Estado de derecho y menos Socialismo del Siglo XXI, más Estado de derecho y más Estado social, más independencia de los poderes públicos comenzando por el Tribunal Supremo de Justicia y el resto del sistema de justicia, y así, más justicia y control de la arbitrariedad y menos abuso e impunidad.

Por ello no dudamos en afirmar, que jugarle a esta ANC es un grave error histórico y una irresponsabilidad con toda la nación.

LA INTERVENCIÓN POR “LA ACCIÓN COLECTIVA”

LA TRAGEDIA DE VENEZUELA

Jorge Reinaldo Vanossi¹

I.- Todo ciclo de intervencionismo o no intervencionismo contiene y arrastra densas dosis de impredecibilidad en cuanto a sus resultados, habida cuenta de que el signo dominante son las eventualidades y nadie conoce a ciencia cierta cómo será el movimiento de las piezas que componen esa partida de ajedrez (sic). Los ejemplos sobran: ¿la “no intervención” de Inglaterra y Francia en el sangriento caso de la Guerra Civil española ante la injerencia de otras potencias pudo “anticipar” el desenlace? ¿Se está en condiciones de formular afirmaciones terminantes en torno al complejo cuadro de enfrentamientos que hoy en día dividen internamente y externamente al amplio espectro del islam y a los estados cuya territorialidad cercana y medio-asiática queda superada con incursiones violentas en los territorios? ¿Qué puede decirse cuando nadie vio a tiempo la implosión soviética de 1989-1990 que se consumó “sin intervención” en el sentido clásico del término? ¿Y qué pensar de las “revoluciones tranquilas” que

(1) Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina. Actual diputado del Parlamento del MERCOSUR. Fue Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

derribaron a regímenes de “aparente” legitimidad (por usucapión del poder) de raigambre despótica y policíaca, para abrir el paso a nuevas oportunidades democráticas (p. ej., la “revolución del terciopelo” y la “revolución de los claveles”, diferentes entre sí)? ¿Y cómo proseguirá el largo “culebrón” cubano, a partir del deshielo con USA y a tantos años que la OEA votara la exclusión del sistema interamericano (enero de 1962), tratándose de un gobierno que no se confunde con todo un pueblo?

II.- Es correcto lo que se ha repetido en diversas oportunidades en el sentido de que en largos períodos del ciclo histórico, durante el siglo XX la práctica y doctrina de la “no intervención” resultó victoriosa ante la alternativa y la posibilidad de acudir a la “intervención colectiva”. Fueron razones políticas las que principalmente volcaron las decisiones de cada caso en ese sentido; aunque no es dable desconocer que en varias oportunidades mediaron arduas negociaciones y prolongados debates. No huye de nuestro recuerdo la explosiva crisis política interna que se suscitó en la República Dominicana en 1965 (presidencia Juan Bosch), en trance de ser ocupada por la máxima potencia continental y aún en tiempos de la “Guerra Fría”, en que las disputas ideológicas dominaban el trazado de las soluciones: allí predominó el criterio -luego de amplio debate interno y externo- de que fuera la organización de los Estados Americanos (OEA) la que emprendiera la intervención con ocupación del territorio dominicano, en una “acción colectiva” de la que participaron países miembros de la entidad y que fue dirigida por un general del Brasil: en la votación del Consejo de la OEA la República Argentina votó finalmente en sentido favorable a la realización de ese operativo, no obstante que mediaron discrepancias en varios sectores políticos de este país. El Presidente Arturo Illia y su Canciller Miguel Ángel Zavala Ortiz -luego de evaluar la gravedad de la situación dominicana y de ponderar cada una de las opiniones en juego- dispusieron el voto pertinente, evitando así que los hechos se agravaran al extremo de que fuera posible un nuevo foco extremista en la ya preocupante escenografía política caribeña. Los hechos confirmaron el acierto oportuno.

III.- Si el patrón o regla de medida para evaluar los datos correspondientes a la opción entre la “no intervención” y la “acción colectiva” recayera en la Carta Democrática Interamericana sancionada en Lima (año 2001) tenemos pues la impresión de estar ante un déficit democrático muy grande en nuestro Continente, como así también en otros lares del

mundo contemporáneo. Huelgan los detalles y los ejemplos, que abundan por doquier, a veces con permanencia telúrica y atávica y en otros casos con interrupciones que abren paso a nuevos (¿y precarios?) “intervalos lúcidos”. Si nos guiáramos por las tabulaciones más exigentes, tan solo una minoría de Estados que forman parte de la OEA aprobarían un examen de democracias plenas. ¿Y quién se anima a retar o a “intervenir” en los demás? Nadie. ¿De qué sirven las cláusulas democráticas? ¿Tan solo para los países que siempre se han gobernado y vivido su sociedad respetando las reglas de la democracia? Parecería que tan sólo permanecen en el *status* democrático los Estados que siendo previa o anteriormente democráticos mantienen en vigor su vigencia constitucional durante y después de las crisis y otras situaciones de emergencia o estado de necesidad. Otro sabor tienen los casos de “rupturismo” que afectan en la médula al “Estado de Derecho”. Pero si los cambios se producen dentro del cauce de la supra-legalidad constitucional (el caso cercano de Paraguay con el alejamiento del presidente Lugo) no cabe instar a mecanismos de intervención supranacional ni bloqueos o sanciones económicas.

IV.- El paso de advertencia es necesario tomarlo antes de la consumación de los hechos y la aplicación de la fuerza. Suspender las relaciones y el trato diplomático entre Estados tiene un sentido político que concierne de gobierno a gobierno. Hay que evitar que el pueblo del Estado afectado lo somatice como un castigo a la sociedad en todo su conjunto, cuando en realidad el signo es el de la repulsa a políticas y actos que sean inadmisibles para una coexistencia pacífica. Llevar al aislacionismo o al bloqueo crea martirologios que los esgrimen los causantes para exculparse y los sufren los habitantes con sus necesidades insatisfechas.

En América Latina es muy visible el “déficit” de la educación cívica y de la cultura política de gobernantes y gobernados; lo que torna más difícil encarar y solucionar las situaciones de hecho que incuban luego problemas graves para ser resueltos por el Derecho y por los tribunales internacionales o regionales. Quizás debamos concederle el acierto al gran escritor André Malraux –Ministro de Cultura del gobierno de Charles de Gaulle- cuando en diálogo amical entre ambos le expresó al ex Presidente: “no es que los pueblos tienen los gobiernos que se merecen, sino que más propiamente puede advertirse que los pueblos tienen los gobiernos que se le parecen” (sic).

V.- Es correcto que la política exterior argentina haya recuperado la coherencia de no acercamiento con los regímenes que violan sistemáticamente los derechos humanos e infringen los principios más elementales que dan basamento al Estado constitucional de Derecho y a las reglas internacionales. No se debe pontificar por dentro lo que no se ve respetado afuera. El caso más reciente –y viene de larga data- es el de nuestras relaciones con los gobiernos de Hugo Chavez y Nicolás Maduro, que el nuevo gobierno argentino ha censurado, apartándose así de las complicidades habidas durante las gestiones Kirchner. La nueva actitud es la correcta. Y es así: que con fecha 24/I/2016 el presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, acusó a su par argentino, Mauricio Macri, de “agredir” a su país. La reacción respondió a la advertencia que Macri hizo en Davos, en la semana anterior: “Venezuela se ha distanciado del respeto a los derechos humanos”.

Maduro calificó al nuevo gobierno argentino de “oligarquía” y advirtió que “se han roto las reglas del juego y nosotros somos los que mantenemos las reglas del juego de la paz y la democracia”.

El presidente argentino también se había referido en Suiza a la situación de los presos políticos en Venezuela. “La vocación de este gobierno es que en Venezuela se respeten las libertades y que los que participan en política no estén en la cárcel sin causas; hemos pedido que se revea esa situación”. El Presidente argentino ha formulado reiteradamente su crítica y protesta por las acciones de “absolutismo” que practica in crescendo el Gobierno de Maduro con toda clase de ofensas e insultos a Macri y Almagro (Secretario General de la OEA).

Actualmente la oposición venezolana denuncia que hay más y más presos y muertos por ser adversarios del gobierno. El caso resonante es el de Leopoldo López, que fue encarcelado luego de dirigir una protesta en febrero de 2014. La lista continúa y, del mismo modo, las restricciones a la libertad deambulatoria y a la salida del país. La ausencia de elecciones libres presidenciales y la convocatoria a una “Convención Constituyente” de 500 miembros: la mitad de orden “corporativista” y la otra por el voto de agrupaciones afines al régimen; son datos alarmantes en cuanto violatorios de la “representación política”.

VI.- Desde el pronunciamiento de la OEA en la Conferencia de Chapultepec (1945) donde se manifestó que la facultad de apreciar si un

gobierno era democrático o no, significaba un acto de “intervención” en los asuntos internos; hasta la Resolución del 23 de marzo de 1995 del Comité Jurídico Interamericano (órgano de la Carta de la OEA) en el sentido de que el derecho a la elección del sistema político, económico y social de cada Estado en su propia organización es “un derecho que no puede amparar la violación del principio y la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa en dicho sistema y organización; pues la “Carta Democrática Interamericana” enfatiza las concomitantes exigencias de una paralela vigencia en DEMOCRACIA de su legitimidad de “origen” y la legitimidad de “ejercicio” en todo gobierno que se precie de tal. Pero querer combinar los principios de legitimidad con no intervención y con autodeterminación, sumándole las medidas colectivas, da la impresión de un cóctel jurídico-político muy complejo.²

VII.- Emplazados a actuar, nos topamos con el imperativo de las ideas, que confrontan con los condicionamientos que ponen las realidades fácticas. ¿Es la puja entre David y Goliat? ¿Cuántos “golpes desde el Estado” reiteradamente –es el caso de Venezuela hoy- consuman gobernantes seudo-democráticos? En el meollo de la cuestión está presente el orden de los comportamientos y de las actitudes antes que el orden de los preceptos; y ello vale tanto para los Estados como para los organismos internacionales o regionales. En un documento elaborado por miembros del CJI se expresaba que “no pueden desconocerse los factores políticos que, en unos casos, impulsan el cumplimiento de los deberes y, en otros, los enervan”; y esa verificación está siempre presente, no obstante que “los propósitos” y “los principios” no deberían ser de ejecución potestativa sino

(2) Creo necesario y justo destacar que todos los miembros del CJI de la OEA han sido muy cautos en sus relatos como en los dictámenes suscriptos por el cuerpo, en cuanto a la recomendación de “sanciones” y, en especial, lo relativo al uso de la fuerza, entendiendo que ésta no es imperativa ni automática, sino una medida extrema y como último recurso (“*a measure of last resort*”) “por cuanto la incompatibilidad en un determinado momento entre la suspensión o interrupción del régimen de la democracia representativa en un Estado miembro y, su carácter de miembro en dicho Consejo, apareja un efecto jurídico y político que no invade la esfera doméstica de dicho Estado, sino tan sólo su relación temporal con el resto de los países miembros. No se trata de usar la fuerza para restablecer el principio de la legalidad ni tampoco de incursionar en terrenos del principio de autodeterminación. El efecto se produce en el seno de la estructura internacional, y toma la forma de suspensión temporal del derecho de membresía del Estado en el que se produce violación del principio de legitimidad y con ello, de la vigencia de los derechos políticos de sus nacionales”.

“claramente mandatoria”, para su destino de producir consecuencias jurídicas, pues los Estados asumieron al establecer esos propósitos y adoptar esos principios el deber de concurrir a instrumentar dichas normas. La OEA tiene “por consiguiente la potestad requerida para instrumentarlas y, a la vez, los Estados el deber de expedir su cumplimiento” (sic).

VIII.- Una nota de humor, que ayuda a comprender la problemática de esta “cuadratura del círculo”, con un “dejo” de ironía mordaz -casi sarcástica-, con que fue visualizada la suerte de los organismos internacionales (y también los regionales), a propósito de sus posibilidades de solución de los conflictos; y que dice así: “en caso de conflicto entre dos estados, uno grande y uno chico, desaparece el chico. En caso de conflicto entre dos estados chicos, desaparece el problema. En caso de conflicto entre dos estados grandes, desaparece la ONU”. Esta anécdota quedó estampada en una intervención del entonces Embajador del Perú ante las Naciones Unidas, en plena “Guerra Fría” (y es válida en estos momentos) para poner en evidencia la escasa gravitación de los estados pequeños y más débiles. En esa oportunidad una sagaz “ecuación” de Víctor Andrés Belaúnde resultó premonitoria, pero es también oportuna ante la parsimonia con que se encara el caso patético del avance -ya no dictatorial sino tiránico- del régimen “populista-militar” de Maduro: se protesta y condena, pero no se actúa. Me recuerda lo que Belaúnde sacudió con fuerte reproche: “la ONU es una institución en la que siempre hay algo que desaparece”. Algo semejante al ambiente que décadas antes se había vivido en la “Liga” o “Sociedad de las Naciones” a partir del Tratado de Versalles y que ante una increíble indiferencia de los “grandes” se esfumó en rotundo fracaso el inevitable desencadenamiento de la hecatombe conocida como la Segunda Guerra Mundial.

IX.- Hoy nos preguntamos: ¿cómo estamos “entre casa”, o sea, el sistema interamericano que representa la OEA? ¿Hasta cuándo Catilina? Mi impresión es que el hermano pueblo venezolano llevará a cabo un levantamiento general que arrasará con el “despotismo no ilustrado” (sic) que humilla con la impunidad a todo nuestro Continente. El dolor y las penurias agotan a la paciencia. ¿O nadie se acuerda del estallido del “Bogotazo” (1948), cuando valió de poco la represión ante los hechos consumados? Hay algo más que una crispación: es una repulsión. Ojalá no corra más sangre en un “Caracazo” (ya hubo uno en 1989) y se lleven a cabo los sucesivos pasos hacia el restablecimiento de un Estado demo-

crático y constitucional de Derecho, con todos los requisitos del sistema republicano.

No es suficiente con condolerse de las violaciones y rupturas que a diario se consuman por los desbordes del Poder. Para poner fin a la situación deben sumarse los siguientes pasos a seguir:

- 1° la advertencia, ante el quebrantamiento institucional.
- 2° el retiro de Embajadores como acto de protesta.
- 3° la suspensión de relaciones ante la persistencia, una señal de repudio y en solidaridad con la ciudadanía y el Poder Legislativo que fue elegido y no es respetado; aplicando la “doctrina Rómulo Betancourt.”
- 4° la aplicación de cada una y de todas las etapas contempladas en la “Carta Democrática Interamericana” de Lima; declarando –además-la “crisis humanitaria” que sufre la sociedad toda.
- 5° la efectiva suspensión del gobierno ejecutivo venezolano en el seno de la OEA a raíz del sometimiento de civiles a la “Ley Marcial” y su juzgamiento sumario por los tribunales militares (Tachira).
- 6° las “acciones colectivas” que se estimen conducentes a la regularización de las graves anomalías hasta alcanzar la normalidad institucional de Venezuela, ejerciéndose el derecho de “resistencia a la opresión” que está previsto en numerosas constituciones democráticas de América y del mundo.

Si los organismos competentes no actúan en este sentido, es de temer que se produzca una “poblada” generalizada –de carácter levantisco y agresivo- ante pisoteo de los Derechos Humanos que están siendo ninguneados (menospreciados) por un constante e intensivo atropello cívico-militar con el apoyo de “guardias” armadas y fuerzas policiales orquestadas al efecto, que se suman a la “Militancia Nacional Bolivariana” de incondicionales del oficialismo.

La convocatoria de Maduro a la elección de una “Asamblea Nacional Constituyente” (decreto de “bases comiciales”) a celebrarse en el mes de julio, es una “charada” (pasatiempo) que apunta a postergar *sine die* las elecciones locales, provinciales y las nacionales, con el fin de eternizarse en el ejercicio del poder siguiendo el sempiterno ejemplo cubano (sus mentores). La mentada “Constituyente” contaría con 540 miembros, de los

cuales 168 pertenecerían a lo que el decreto denomina “ámbito sectorial” con representantes provenientes de “listas gremiales” de ocho sectores: trabajadores, estudiantes, las comunas, los pensionados, los empresarios, los discapacitados, los campesinos y pescadores (sic). Es un esquema corporativista y clientelar, siendo ambiguo determinar quién pertenece y quién no a cada uno de esos sectores. Pero la trampa mayor reside en que los 364 diputados “territoriales” se elegirán a razón de uno por municipio, sin tener en cuenta la población, con lo que se busca disminuir el peso electoral de las circunscripciones urbanas y aumentar la proporción de los municipios rurales (se reservan ocho diputaciones para representantes de las etnias indígenas). Y los comicios serán efectuados bajo el control del “Consejo Nacional Electoral”, totalmente controlado por el Gobierno.³

En síntesis: todo va en violación de principio “una persona, un voto”; o sea, de la igualdad ante la ley en los derechos políticos.

(3) La Constitución diferencia entre la decisión de convocar la Asamblea Constituyente y la iniciativa para tomar tal decisión. La iniciativa corresponde al presidente de la República, entre otros órganos; pero la decisión compete en exclusiva al pueblo. Por tanto, es requisito necesario el referéndum constituyente. En definitiva, Maduro tiene competencia para preguntarle al pueblo si quiere activar un nuevo proceso constituyente, pero no para convocarlo (según la Constitución aún vigente, de 1999).

EL “DISCURSO DEL ODIO” COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA

José María Porras Ramírez*

Juez Holmes: “debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos” [Abrams v. US 250 US 616 (1919)].

1.- Los límites a la libertad de expresión

Creo que no es necesario encarecer la importancia capital que adquiere la libertad de expresión como pilar fundamental de una sociedad y un Estado democráticos. Por ello, ya los padres de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, la calificaban como “uno de los derechos más preciosos del hombre”. Y es que no sólo protege, en su sentido más estricto, la emisión de juicios y valoraciones de carácter personal y subjetivo, esto es, pensamientos, convicciones y opiniones; sino que, trasciende al interés meramente personal, dada la sobresaliente dimensión objetiva e institucional que presenta: no en vano, la misma constituye la garantía de la existencia de una opinión pública libre, vinculándose, de forma inextricable, al pluralismo político¹. Sin ella, ciertamente, “las

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

(1) Cfr., por todos, H. ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958 (Trad. Esp., Barcelona, Paidós, 1993, y J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesell-*

instituciones representativas serían pura forma, falseándose el principio de legitimidad democrática”².

Eso explica por qué la doctrina norteamericana de la “posición preferente”³, hoy asumida por los tribunales de justicia de todo el mundo, ha hecho hincapié en su extraordinario relieve, atribuyéndole así, “a priori”, una preeminencia con respecto a cualquier otro derecho, interés o bien jurídico protegido con el que eventualmente colisione. Se impone, de ese modo, la exigencia de “una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”. De forma que cuando dicha libertad “entre en conflicto con otros derechos fundamentales u otros intereses de significativa importancia social y política (incluso respaldados por la legislación penal), las restricciones deberán interpretarse de modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado”⁴. En todo caso, la controversia se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a través de un juicio de ponderación, basado en el principio de proporcionalidad⁵, que habrá de tener muy presente, a esos efectos, la relevancia o interés público que pueda revestir, ya el contenido del mensaje emitido, apreciado objetivamente, ya la condición que muestren los sujetos activo o pasivo del mismo, en relación a la actividad que desarrollen.

En todo caso, la libertad de expresión, en sentido estricto, faculta a su titular para expresar y difundir “*mediante la palabra, el escrito o cualquier*

shaft, (1962) Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990. (Trad. Esp., Barcelona, G. Gili, 1991),

- (2) Sentencias del Tribunal Constitucional del Reino de España nº 104/1986, Fundamento Jurídico 5º, 199/1987, F.J. 12º, 51/1989, F.J.3º, 29/1990, F.J.2º y 235/2007, F. J. 4º.
- (3) La misma alcanza definición jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Caso The New York Times Company v. L.B. Sullivan* (376 U.S. 254 1964).
- (4) STC 20/1994, F.J.4º.
- (5) La práctica judicial del llamado “juicio de ponderación” se ha irradiado desde el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a los tribunales de los Estados signatarios del Convenio de Roma. Su origen se encuentra en la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acerca del “equilibrio de intereses” (“balancing of interests”). Cfr., sobre sus orígenes, P. BACHRACH, “The Supreme Court, Civil Liberties and the Balance of Interest Doctrine”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. 14, Nº 2, 1961, pp. 391-399.

medio de reproducción”⁶, juicios de valor u opiniones, no susceptibles de ser sometidos a la prueba de la verdad o a la diligencia de su averiguación⁷. Su diferencia con respecto a la libertad de información estriba, por tanto, en que este otro derecho, estrechamente relacionado con aquél, tiene por objeto el relato de unos hechos pretendidamente veraces y, en tanto que tales, comprobables⁸. Aun así, cuando ambas libertades se confunden, como sucede con frecuencia, en situaciones en las que resulta imposible realizar un examen separado de las mismas, se atenderá al “valor preponderante del discurso”, a los efectos de determinar cuál prevalece, extendiendo su régimen jurídico a la totalidad de aquél⁹.

Sin embargo, por muy asentada y difundida que se halle una interpretación extensiva del derecho, lo cierto es que la libertad de expresión se encuentra hoy en entredicho en Occidente (y no sólo en el resto del mundo, donde siempre lo ha estado). De modo que, si antaño la misma se veía amenazada por la censura, esto es, por la prohibición previa al ejercicio de este derecho; hoy, en cambio, el problema reside, más bien, en la voluntad de limitar algunas de sus manifestaciones. Viene así a insistirse en que, como sucede con todo derecho fundamental, la libertad de expresión ha de conocer frenos, en aras de garantizar principios fundamentales del ordenamiento jurídico: derechos, bienes e intereses, asimismo, protegidos, con los que entra, a veces, en conflicto¹⁰.

Ciertamente, en Europa, ninguna Constitución ampara un pretendido “derecho al insulto”¹¹, esto es, la inclusión de expresiones vejatorias, de

(6) Art. 20.1 a) de la Constitución española.

(7) SSTC 6/1988 F.J.3º y 9/2007, F.J.4º.

(8) STS 864/1990, Sala 1ª, F.J. 1º.

(9) STC 9/2007, F.J.4º.

(10) Bien distinto es lo que sucede en los Estados Unidos de América donde prevalece, sin parangón alguno en el Derecho comparado, una concepción absoluta de la libertad de expresión, derivada de la interpretación que el Tribunal Supremo de aquél país ha realizado, hasta el presente, de la *Primera Enmienda*, cuyo tenor literal dispone: “El Congreso no elaborará ninguna ley...que restrinja la libertad de expresión”. Así, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Second Edition, New York, Foundation Press, 1988, págs. 785 y ss.

(11) SSTC 49/2001, de 26 de febrero, F. J. 2º y 108/2008, de 22 de septiembre, F. J. 2º. Por el contrario, la doctrina norteamericana considera tolerables los discursos ofensivos e indignantes, al entender que ha de permitirse la existencia de un adecuado “espacio de actuación” (“breathing space”) a las libertades protegidas

todo punto innecesarias para la emisión del contenido del mensaje, que expresen un ánimo decidido de injuriar o calumniar a su destinatario, ya sea como individuo, ya en tanto que miembro de un colectivo, afectando negativamente a su derecho al honor¹². Mas no todo comentario crítico, mordaz, molesto o desafortunado ha de someterse a restricciones legítimas. Es, pues, preciso, determinar, conforme a criterios objetivos, qué expresiones desbordan el recto ejercicio del derecho, lesionando injustificadamente otras libertades o bienes jurídicos merecedores de protección.

Pero, en todo caso, la doctrina de la posición preferente respalda y garantiza la manifestación de opiniones que pueden conllevar la crítica, a veces manifestada desabridamente, causante del enfado o enojo del que la recibe. Así lo ampara la jurisprudencia constitucional¹³ y, en el ámbito del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, a través de las sentencias referidas, entre otros, a los *Asuntos Handyside*¹⁴, *Castells*¹⁵ o *Çetin*¹⁶, pronunciamientos éstos que, en última instancia, han hecho hincapié en la necesidad de salvaguardar el pluralismo, la tolerancia, el progreso y el espíritu de apertura, valores y principios éstos sin los cuales no existiría ni la sociedad, ni el modelo de Estado constitucional que conocemos.

No obstante lo indicado, el propio Tribunal de Estrasburgo ha abierto una puerta a la aplicación de su doctrina, tantas veces controvertida, acerca del margen de apreciación con que cuentan los Estados acerca de la determinación última del alcance que ha de poseer la libertad de referencia. De ese modo, viene a reconocerles a las autoridades nacionales una considerable discrecionalidad para fijar sus límites, alegando su mayor proximidad a las necesidades sociales y su mejor aptitud para apreciar los demás bienes e intereses concurrentes a proteger. No obstante, esa discrecionalidad no

en la Primera Enmienda. Cfr., la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso *Snyder v Phelps*, 131 S.Ct. 1207 (2011), que convalida la constitucionalidad de la expresión de manifestaciones homofóbicas.

- (12) SSTC 105/1990, F.J.6º y 177/2015, F.J.2º, letra c.
- (13) SSTC 177/2015, F.J. 2º y 226/2016, F.J. 5º, letra b.
- (14) STEDH, *asunto Handyside v Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, en relación a la violación del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, de 1950.
- (15) STEDH, *asunto Castells v Reino de España*, de 23 de abril de 1992.
- (16) STEDH, *asunto Çetin v República de Turquía*, de 13 de febrero de 2003.

deberá desvirtuar los elementos esenciales y característicos, que hacen identificable al derecho¹⁷.

Se demuestra así cómo, a pesar de prestar una amplísima protección a la libertad de expresión, a través de una legislación y una jurisprudencia especialmente deferentes con la misma, la traumática historia europea del siglo XX, tan abundante en aberraciones sistemática y masivamente cometidas, fundamentalmente, contra la vida y la integridad física y moral de las personas, condujo a la mayoría de los Estados del continente a entender que ningún derecho o libertad, por relevante que se considere, puede tener una consideración absoluta o ilimitada, sino que debe acompañarse de restricciones a los efectos de evitar su utilización como instrumento destinado a subvertir el orden político establecido¹⁸. Por esa razón, en la mayoría de las nuevas Constituciones de dichos Estados se convirtió al *principio de la dignidad humana*, no sólo en la base o el presupuesto de los derechos y libertades que le son inherentes, sino en “el fundamento del orden político y la paz social”¹⁹. De acuerdo con ese entendimiento, se pasó a considerar un atentado contra dicho principio el uso exorbitante o desmedido de ciertos derechos, que fuera en menoscabo injustificado, bien de otras libertades, bien de los principios sobre los que se asienta el Estado constitucional. Se explica así por qué, más allá de las restricciones específicas que suelen acompañar a la libertad de expresión, entre las que sobresale el deber de respeto del derecho al honor de las personas y de los colectivos en los que éstas se integran²⁰, el art. 17 del Convenio de Roma

(17) STEDH, *asunto Wabl v República de Austria*, de 21 de marzo de 2000.

(18) P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, G. Giappichelli, 1997, págs. 14 y ss.

(19) Al respecto, cfr., R. CHUECA RODRÍGUEZ (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. También, J. M^a PORRAS RAMÍREZ, “Significado y alcance de la apelación al principio constitucional de la dignidad de la persona en España”, en *Direito Público, Revista del Instituto Brasileño de Direito Público*, n^o 75, 2017, págs. 218-237.

(20) El art. 10.2 CEDH determina: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Por su parte, la Consti-

introdujo, de forma expresa, la cláusula del *abuso de derecho*, para impedir que los enemigos de la democracia constitucional pudieran servirse de esa libertad o de cualquier otro derecho reconocido para desestabilizarla o destruirla.

Además, algunos de esos Estados han decidido establecer un modelo de “*democracia militante*”²¹, combativa de sus enemigos, que lo son, en puridad, de las condiciones políticas y sociales que permiten el desarrollo del propio modelo de Estado constitucional, trabajosamente conquistado por aquéllos. Se aspira, de ese modo, a evitar el regreso de los totalitarismos, preservando el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición ésta necesaria para la salvaguardia y aplicación de los derechos humanos²².

De ese modo, la cláusula que contempla el abuso de derecho ha sido invocada por el Tribunal de Estrasburgo, de forma cada vez más frecuente y polémica, para excluir del ámbito de protección que ofrece la libertad de expresión aquellas manifestaciones aparentes de la misma, que son susceptibles de ser consideradas, a su juicio, parte integrante de la versión más grave y extrema del denominado “*discurso del odio*” (“*hate speech*”)²³.

tución española dispone, en su art. 20.4, como límites expresos: el respeto a los derechos reconocidos y, especialmente, los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y la protección de la juventud y la infancia. En relación a la protección del honor de un colectivo difamado, como el judío, víctima del Holocausto, vinculándola al principio de la dignidad humana, vid., la STEDH, *asunto X v. República Federal de Alemania*, de 16 de julio de 1982; y en España, las SSTC 214/1991 y 176/1995..

- (21) Acerca del modelo alemán de “*democracia militante*” (“*streitbare Demokratie*”), hoy en proceso de extensión a toda Europa, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cfr., H. DENNINGER, “*Der Schutz der Verfassung*”. En E. BENDA, W. MAIHOFER, H. J. VOGEL und K. HESSE (Hrsg.), “*Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*” Deutschland, Berlin, W. De Gruyter & Co., 1996, págs. 89-123.
- (22) J. GARCÍA ROCA, “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTAOLAYA MACHETTI (Coords.), “*La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*” (2005), Tercera edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, págs. 728 y ss.
- (23) R. ALCACER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013, págs. 309-341; en especial, págs. 317 y ss.

2.- El discurso del odio

Esta locución, hoy habitualmente empleada, hace referencia, según el Consejo de Europa, a “*toda expresión que propague, incite, promueva o justifique el desprecio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la manifestada en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, (y suponga) la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante*”²⁴.

Por medio de tal definición viene a reconocerse el hecho de que, en la moderna “sociedad de la información y del conocimiento” y, en particular, en la llamada “sociedad digital”²⁵, proliferan, hoy, las expresiones y demás actos comunicativos por medio de las cuales se ataca o incita directamente a la violencia o a la discriminación contra las personas, en tanto que miembros de un colectivo, por razón de su raza, ideología, orientación sexual, creencias religiosas o cualquier otro motivo considerado relevante²⁶. Ante la extensión creciente de ese fenómeno, orientado, en su grado más intenso, “a la destrucción de los derechos y libertades plasmados en el Convenio o a su limitación”²⁷, la pregunta que sobreviene al legislador no es otra que la siguiente: ¿deben reprimirse estos discursos o hay que considerarlos amparados por la libertad de expresión? Y convenida la respuesta afirmativa para sus manifestaciones más lesivas y extremas, ¿hemos de considerar justificada la creación específica de tipos penales para castigar esas conductas, tal y como comienza a apreciarse en toda Europa?

En primer lugar, en aras de delimitar las conductas que se consideran antijurídicas, ha de convenirse en que no debe sancionarse la ideología de una persona que alberga o contiene en su doctrina ese mensaje de odio, pues “los pensamientos no delinquen”; sino, en todo caso, a lo sumo, ciertas

(24) Recomendación R (97), 20, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, “sobre el discurso del odio”.

(25) M. CASTELLS OLIVÁN, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

(26) SSTEDH *asunto Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003 y *asunto Erbakan v. Turquía*, de 6 de julio de 2006.

(27) Principio nº 4 de la Recomendación citada supra. Cfr., asimismo, la Recomendación nº 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, “relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo”, de 2002, y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria nº 1805, de 29 de junio de 2007, “sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razón de religión”.

manifestaciones externas de aquélla, consideradas especialmente graves, que suponen un uso abusivo de la libertad de expresión, encuadrándose objetivamente en el llamado “hate speech”, que agrupa una serie de conductas o actos, tanto simbólicos como expresivos, directamente incitadores de la agresión o el rechazo, e incluso, si cabe, la exclusión social o política de las personas o los colectivos en los que éstas se integran, por razón de su etnia, creencias, orientación sexual, condición física o cualquier otra cualidad considerada objetivamente estimable²⁸.

Son conductas que tienen al odio como elemento caracterizador común. Mediante las mismas se transmite un sentimiento profundo e intenso de aversión o repulsa al destinatario del mensaje, habitualmente perteneciente a una minoría étnica o cultural. Y, además, por medio del mismo, se incita directamente a la violencia contra las personas o colectivos en los que éstas se integran, fomentándose el menosprecio de su dignidad como seres humanos, y la creación de un ambiente favorable a promover su discriminación, daño o destrucción²⁹.

Al apreciar este movimiento creciente, alentado, tanto por el fenómeno contemporáneo de la inmigración, propio de la globalización, el cual ha tornado a las sociedades europeas crecientemente multiculturales y diversas, como por las periódicas crisis económicas, que engrosan el número de los excluidos por razón de su depauperada posición social y económica, los Estados parecen ser víctimas de la, llamada por K. POPPER, “*paradoja de la tolerancia*”, pues deben resolver si permiten la propagación de ideas y actitudes contrarias a la democracia y el Estado de derecho, adoptando una postura intolerante contra el intolerante, que supone el sacrificio de uno de los valores que definen a la propia democracia³⁰.

Ante esa tesitura, que lleva al Estado a abdicar, en determinados supuestos excepcionales, de su inicial deber de neutralidad ideológica³¹,

(28) Voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 177/2015, de 22 de Julio.

(29) S. SOTTIAUX, “Bad Tendencies in the ECtHR’s Hate Speech Jurisprudence”, en *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, nº 1, 2011, págs. 40-63.

(30) K. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (1945) (Trad. Esp., Barcelona, Paidós, 2010, pág. 512).

(31) Lo que los norteamericanos llaman “viewpoint neutrality” por parte del Estado. Así, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., pág. 812.

se impone definir qué actitudes, conductas o expresiones atentan efectivamente contra el honor, la dignidad humana, la seguridad y la igualdad de las personas, en tanto que miembros de un colectivo o minoría, claramente definido, mereciendo calificarse, en consecuencia, como “discursos de odio”, a fin de castigarlos penalmente³².

En este sentido, diversos acuerdos internacionales han promovido el rechazo expreso de ciertos comportamientos considerados muy graves. Así, el art. V de la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 1948, impone a los Estados firmantes la introducción de sanciones eficaces en relación a “la instigación directa y pública” de la comisión de aquél. A su vez, el art. 4 del *Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965, condena cualquier propaganda inspirada en la superioridad racial o que pretenda justificar o promover el odio y la discriminación racial, por lo que los Estados firmantes deberán comprometerse a declarar como acto punible la difusión de ideas basadas en la superioridad y el odio racial, o la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales. Y, asimismo, el art. 20.2 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, de 1966, señala que “toda apología del odio nacional, racial y religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley”.

En el ámbito del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha insistido en el rechazo del discurso xenófobo y extremista, al tiempo que ha reiterado, particularmente, la condena de la negación del genocidio nazi al pueblo judío. Y lo ha hecho partiendo de la asunción de un concepto de democracia militante, como reacción a los totalitarismos que habían asolado previamente al continente europeo. Así, en la polémica sentencia referida al *Asunto Féret v Bélgica*³³, rebaja considerablemente el grado de protección atribuido, con carácter general, a la libertad de expresión, en su proyección en el ámbito político, al exigir a los participantes en un proceso electoral contención en sus expresiones públicas a fin de evitar el uso de un discurso racista o xenófobo, promotor de la discriminación y propenso a la utilización de expresiones

(32) Y. ESQUIVEL ALONSO, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 35, 2016, págs. 3-44; en especial, pág. 8 y ss.

(33) STEDH, *asunto Féret v Reino de Bélgica*, de 16 de julio de 2009.

vejatorias y humillantes, que lleguen a “suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno, pudiendo minar la confianza en las instituciones democráticas”. De ese modo, dicha sentencia vino a confirmar el castigo al presidente de un partido político de extrema derecha que había publicado, en el curso de una campaña electoral, pasquines en los que se pedía la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica, empleando un lenguaje que incitaba claramente a la discriminación y al odio racial, lo que, a juicio del Tribunal, constituye “un peligro para la paz social y la estabilidad política en el Estado democrático”³⁴.

Desde una misma perspectiva, el Tribunal de Estrasburgo se ha mostrado consciente, valorando la reciente experiencia histórica europea, de las trágicas consecuencias que se derivan de un ejercicio irrestricto de la libertad de expresión, vinculado a la tradición constitucional norteamericana. Por ello, insiste, entre otras, en la sentencia referida al *asunto Vedjeland y otros v. Suecia*, en que “los autores de expresiones de odio no han de ser vistos como meros disidentes políticos, sino como sujetos que buscan aplicar una ideología racista que en el pasado provocó la muerte de millones de personas”. De ahí que concluya afirmando que “no es necesario esperar a que el discurso del odio constituya un peligro real e inminente en la sociedad democrática” para reprimir las diversas manifestaciones del mismo³⁵. De ese modo, se pone el acento en el contenido del mensaje, más que en sus efectos o consecuencias concretas y actuales. Se adopta así, cuestionablemente, el “criterio del peligro potencial”, abstracto y genérico, al venir a afirmarse que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a la realización de un acto delictivo para ser sancionada, apreciación ésta que ha sido llevada hasta el extremo en relación a la negación del Holocausto³⁶.

A la postre, la asunción de una interpretación extensiva de la cláusula excepcional del abuso de derecho, en relación a la apreciación de las diversas manifestaciones del discurso del odio, ha supuesto el abandono de la prudente condición de “ultima ratio” que se atribuía originariamente a la

(34) Valora los excesos en que incurre dicha sentencia R. ALCACER GUIRAO, “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en Estados Unidos y Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015, págs. 45-86; en especial, págs. 55-56.

(35) STEDH, *asunto Vedjeland y otros v. Reino de Suecia*, de 9 de febrero de 2012.

(36) STEDH, *asunto Garaudy v. República Francesa*, de 24 de junio de 2003.

aplicación de la misma. Ello ha implicado la preterición, si no, a menudo, el abandono, del prudente criterio conforme al cual se ponderaba la libertad de expresión con los límites expresos que incorporaba el reconocimiento del propio derecho. De ese modo, al convertir en ordinaria una práctica que debiera ser, en todo caso, extraordinaria, por parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, se ha venido a condicionar la política criminal promovida por la Unión Europea³⁷.

3. Los delitos de odio.

Conforme a ese común entendimiento, hoy, todos los Estados de la Unión Europea han modificado sus respectivos Códigos Penales para incorporar los llamados “*delitos de odio*”, los cuales, habida cuenta de los excesos en los que, a menudo, se incurre en orden a su tipificación, han merecido la crítica mayoritaria de la doctrina científica. La regulación de estos delitos responde a la necesidad de acoger la *Decisión Marco de la Unión Europea 2008/913/JAI, del Consejo, “relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho Penal”*, que auspicia la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia³⁸.

Así, dicha directriz insta, en primer lugar, al castigo de conductas como “*la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico*”. Se solicita así la sanción de las expresiones denigratorias o ultrajantes hacia los miembros de un colectivo concreto, dotado de una neta y consistente personalidad, en atención a cierto rasgo dominante que le otorga estructura y cohesión, al que se pretende estigmatizar por motivaciones étnicas, religiosas, ideológicas, de orientación sexual, origen nacional o cualquier otro factor o circunstancia considerada relevante. Al tiempo, se pide castigar la distribución y posesión de material racista o xenófobo, y la utilización de simbología fascista y nazi. Y, en segundo lugar, se reclama la tipificación de la “*apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad, y de guerra*”. Mas, como ha señalado la Agencia de

(37) R. ALCACER GUIRAO, “Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia...”, op. cit., págs. 334-336.

(38) Vid., con carácter previo a la misma, la *Acción Común de la Unión Europea, de 15 de julio de 1996, contra el racismo y la xenofobia*.

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aun existiendo estos criterios comunes, “cada país responde a los delitos de odio en una dirección determinada”, condicionado por su historia propia y sus necesidades presentes, razón por la que, a pesar de los esfuerzos realizados, “no existe una única definición legal o social...en Europa” de los mismos³⁹.

De ese modo, aun habiendo asumido España una concepción de tales delitos análoga a la seguida por los Estados de su entorno⁴⁰, presenta una diferencia esencial en relación a la tipificación de algunos de ellos. Se debe, en última instancia, a que su Constitución no ha incorporado la idea de “democracia militante”, la cual impone, no ya el respeto, sino “la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” por parte de todos sus ciudadanos o nacionales. Por el contrario, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, “nuestro ordenamiento se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional”⁴¹. De lo que se deduce, potencialmente, la admisibilidad del discurso antidemocrático, ya que “la Constitución protege también a quienes la niegan”⁴². Consecuentemente, “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. En consecuencia, aquél deberá mostrarse tolerante con las ideologías intolerantes, no debiendo interferir en la mera circulación pública de las ideas o doctrinas⁴³.

Así, el Tribunal Constitucional español ha establecido una excepción significativa: la que ha supuesto, en relación al delito de genocidio, la declaración de inconstitucionalidad de las conductas que supongan una negación del mismo, resolución que no alcanza, manteniéndolas así tipificadas, las conductas justificadoras del mismo. Y así lo ha decidido, al venir

(39) Cfr., el documento de la European Union Agency for Fundamental Rights, “*Hate Crimes in the European Union*”, de noviembre de 2012, y los documentos posteriores asociados al mismo.

(40) A. GASCÓN CUENCA, “*El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*”, Pamplona, Aranzadi, 2016, pássim.

(41) STC 48/2003, de 12 de marzo, F.J. 7º

(42) STC 176/1995, de 11 de diciembre, F.J. 2º

(43) STC 235/2007, de 7 de noviembre, F.J. 4º

a considerar que el castigo de aquéllas afecta negativamente al contenido esencial de la libertad de expresión. No en vano, el precepto penal declarado nulo proscribía la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen la existencia de hechos calificados de genocidio. Viene así a subrayarse que el referido derecho fundamental protege también aquellas opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos “que por muy erróneas o infundadas que resulten, si no suponen un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, deben ser permitidas en una sociedad como la española, que está basada en un Estado social y democrático de Derecho”⁴⁴.

Aun así, acogiendo el rechazo general y, por lo que se advierte, creciente, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al discurso del odio, el Tribunal Constitucional ha considerado que el principio de la dignidad humana se erige en claro límite al ejercicio de la libertad de expresión. Por tal razón ha juzgado que las conductas que, por medio de expresiones innecesariamente ultrajantes u ofensivas, manifiestan el deliberado ánimo de incitar directamente a la violencia, la discriminación o que muestran un comportamiento amenazante, despectivo, degradante, humillante, vejatorio o intimidatorio hacia miembros de determinados colectivos, identificables en atención a su circunstancia personal, étnica o social, han de reputarse privadas de la protección constitucional que ofrece la libertad de expresión. De ahí que se consideren inaceptables y, en tanto que tales, merecedoras de reproche penal, ya que lesionan o ponen en peligro inmediato derechos o intereses individuales o grupales, dotados de relevancia constitucional, al tiempo que no contribuyen al fin último al que toda manifestación de las ideas debe conducir: la libre discusión de las mismas y la consiguiente formación de una opinión pública libre⁴⁵. Mas, por el contrario, aquéllas otras que tengan un fin legítimo, al pretender contribuir al debate sobre un asunto controvertido, de carácter público, aunque sea empleando un lenguaje virulento, provocativo u hostil hacia

(44) STC 235/2007, de 7 de noviembre F.J. 3º.

(45) SSTC 136/1999, de 20 de julio, F.J. 14º y 235/2007, de 7 de noviembre, F.J. 9º. Vid., al respecto, G. TERUEL LOZANO, *“La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera”*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, págs. 297 y ss.

el colectivo señalado, deberán estimarse inequívocamente amparadas por la garantía constitucional de la libertad de expresión⁴⁶.

En consecuencia, yendo más allá del caso concreto, el Tribunal Constitucional ha precisado los elementos que deben concurrir en un delito de odio, estableciendo los límites constitucionales que restringen el margen de autodeterminación del legislador; y de valoración por parte del juez o tribunal de justicia. Así, el máximo intérprete de la Constitución ha determinado que dicho legislador no puede castigar todo tipo de conductas ofensivas contra aquél que se sienta identificado con un colectivo execrado, las cuales deben considerarse, en principio, amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión⁴⁷; sino sólo aquéllas que inciten, expresa, concreta y directamente, a la violencia y la discriminación y, por tanto, no lo hagan de un modo genérico, abstracto e indiferenciado⁴⁸.

No cabe justificar, por tanto, un adelanto de las barreras de punición, pues eso iría en contra del principio de intervención mínima que es inherente al Derecho penal. Particularmente, no debería sancionarse, a través del *delito de provocación al odio*, efectuando así un juicio de peligrosidad abstracta, la mera generación de un clima psicológico, propicio a crear situaciones violentas u hostiles que comprometan la tranquilidad de grupos especialmente vulnerables. Más bien, debería exigirse la concurrencia de

(46) Así, STEDH *asunto Otegi Mondragón v. Reino de España*, de 15 de marzo de 2011. Vid., al respecto, R. ALCÁCER GUIRAO, "Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-02, 2012, págs. 1-32; en especial, pág. 16.

(47) J. M^a BILBAO UBILLOS, "La negación de un genocidio no es una conducta punible. Comentario de la STC 235/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85/2009, págs. 299-352. También, A. GASCÓN CUENCA, "Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2012, págs. 310-340; en especial, pág. 318.

(48) Dicho pronunciamiento, contenido en la STC 235/2007, F.J. 9º, el cual tiene muy presente el concepto de provocación que se expresa en el art. 18 del Código Penal, se inspira así, claramente, en última instancia, en el célebre voto particular del juez Holmes a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *asunto Schrenk v United States* (249 U.S. 47(1919)), asumida posteriormente en la sentencia *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)), resoluciones ambas que expresan la doctrina del "*direct incitement to a clear and present danger*", para justificar, únicamente en tales supuestos excepcionales, la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de los poderes públicos. Vid., al respecto, L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, op. cit., págs. 856 y ss.

un nexo o relación de causalidad entre la conducta realizada y un atentado efectivo contra bienes jurídicos concretos, expresamente protegidos, al instigar la realización de delitos contra las personas; o incitar directamente a la violencia o la discriminación de aquéllas en razón a su adscripción, supuesta o real, a los colectivos en los que se integran⁴⁹.

Y es que no toda conducta que intente generar odio, a través de la opinión, por rechazable éticamente que ésta resulte, debería ser punible, a fin de no interferir en el ámbito constitucional de la libertad de expresión. Por tanto, la mera provocación al odio no debería ser castigada, a menos que la conducta tipificada constituya una incitación directa y previsible a la realización inminente de actos violentos o discriminatorios, de carácter delictivo, contra miembros de un determinado grupo minoritario⁵⁰.

Sin embargo, los Códigos Penales europeos han ido demasiado lejos. Y han sancionado meras expresiones de odio u hostilidad, lo que es de por sí criticable. De tal modo, las modalidades delictivas de *provocación al odio, la hostilidad, la discriminación o a la violencia*, recogidas en el art. 510 del Código Penal español, establecen una regulación injustificadamente abierta e indeterminada que permite, en potencia, prohibir opiniones políticas disidentes, en contradicción abierta con la significación que alcanza el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión⁵¹. Es por ello por lo que se considera, desde la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, que el legislador debería concretar y restringir el ámbito de lo prohibido a la incitación, por motivos racistas, xenófobos, ideológicos, religiosos o de

(49) G. M. TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4/2015, en www.indret.com, págs. 1-51; en especial, págs. 19-25.

(50) Así, G. PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal del discurso del odio”, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), “Comentario a la Reforma Penal de 2015”, Pamplona, Aranzadi, 2015, págs. 717-739; en especial, pág. 737.

(51) Tras la Reforma de 2015, el art. 510.1 del Código Penal dispone: “Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis meses a doce meses: a) “Los que públicamente fomenten, promuevan, inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de su miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

cualquier otra índole, para realizar conductas, en relación con personas pertenecientes a grupos sociales vulnerables, bien definidos, de las que se derive la lesión cierta y concreta de bienes jurídicos merecedores de la máxima protección⁵².

Por su parte, es también de lamentar que, en relación al castigo de la *producción, distribución y difusión de toda clase de material potencialmente idóneo para el fomento o promoción del odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación* contra determinados colectivos⁵³, se venga a castigar la realización de simples actos preparatorios, que no llegan a generar, por sí mismos, actos de violencia o exclusión, circunstancia ésta que fundamenta el juicio acerca de su más que probable inconstitucionalidad⁵⁴.

A su vez, el *delito de negación, trivialización o enaltecimiento del delito de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*⁵⁵, ha sido concebido como figura de peligro abstracto, poten-

-
- (52) J. M. LANDA GOROSTIZA, “*La intervención penal frente a la xenofobia*”, Universidad del País Vasco, 2000, págs. 338 y ss. También, S. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, “El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 12, 2014, págs. 165-232.
- (53) El art. 510.1 b) C P. se refiere a: “Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan, vendan escritos o cualquier otra clase de materia o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente el odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.
- (54) G. M. TERUEL LOZANO, “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio...”, op. cit., págs. 33-34.
- (55) El art. 510.1 c) C.P. se refiere a los que: “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

cial o hipotético. De ahí las justificadas críticas que el mismo ha merecido. Y es que sólo deberían considerarse delictivas aquellas conductas que, yendo más allá de la mera opinión, promuevan o favorezcan la creación de una situación de peligro cierto e inminente de generar una actuación violenta o discriminatoria contra los miembros de un colectivo determinado; y no, tal que ahora, una implícita y difusa afectación de la tranquilidad, el orden o la paz pública. Por tanto, de acuerdo con la actual regulación, se viene a otorgar, cuestionablemente, reproche penal a la creación de un etéreo “clima de hostilidad”, que el juez se ve obligado a valorar, apreciando las circunstancias del caso concreto, en tanto que posible desencadenante de la realización de actos de violencia o discriminación⁵⁶.

Además, el Código Penal español ha declarado punibles los *actos de humillación o menosprecio por motivos discriminatorios*⁵⁷. Así, castiga a los que dañen la dignidad de los colectivos señalados o de los miembros de los mismos, mediante actos de humillación, menosprecio o descrédito, a fin de discriminarlos, atentando así contra el derecho fundamental a la integridad moral de las víctimas, en tanto que miembros de un “grupo diana” de tales difamaciones. A su vez, complementariamente, se sanciona *la producción, elaboración, posesión, facilitación a terceros, distribución, difusión y venta de escritos o materiales idóneos para lesionar la dignidad humana de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de los grupos a los que pertenecen*. De este modo, asistimos a un nuevo adelanto de las barreras punitivas, al sancionar meros actos preparatorios, conductas,

(56) P. LAURENZO CAPELLO, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, págs. 223-288.

(57) El art. 510.2 C.P. dispone: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

tan solo, potencialmente aptas para generar un menoscabo de la dignidad de las personas.

Finalmente, la legislación penal vigente incorpora el *delito de enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos por motivos discriminatorios contra ciertos grupos sociales o sus miembros*⁵⁸. Es, pues, la mera conducta que supone la difusión de un mensaje dotado de un contenido reprobado, “por cualquier medio de expresión pública o de difusión”, la opinión ofensiva que justifica, en todo caso, el castigo. Una fundamentación ésta que, habida cuenta de la debilidad e inconsistencia de que adolece, no justifica la intervención penal, suponiendo, al tiempo, un claro quebranto de la consideración de la que se hace merecedor el derecho fundamental a la libertad de expresión⁵⁹.

4. Conclusiones.

En razón a todo lo expuesto, hemos de convenir en la posición central que ocupa en todo Estado democrático la libertad de expresión, pues sin el libre intercambio y discusión de las ideas no existiría una opinión pública libre, que es el presupuesto necesario de la existencia de aquél. Eso no impide constatar la existencia de extralimitaciones en el ejercicio de tal derecho, que no cabe imponer, de modo absoluto, en detrimento injustificado de otras libertades y principios sobre los que se construye el orden político. En este sentido, el llamado “discurso del odio” parece erigirse en un límite difuso e indeterminado al desarrollo de aquél, asociándose a la dignidad, la integridad, el honor y la consideración igual que merecen las personas y los colectivos en los que éstas se integran. Así, ha de convenirse en que para calificar un acto comunicativo, manifestado a través de conductas expresivas o recurriendo al lenguaje simbólico, como propio del llamado “discurso del odio”, el mismo ha de presentar, de acuerdo con los estándares internacionales, dos notas distintivas: que suponga una incitación

(58) El art. 510.2 b) C.P. reitera el castigo indicado en la letra a) a: “Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de su miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o quienes hayan participado en su ejercicio”.

(59) G. TERUEL LOZANO, “La lucha del Derecho...”, op. cit., págs. 423 y ss.

directa, concreta e inminente a la violencia o la discriminación; y que se dirija contra los ciudadanos, en general, o contra determinadas minorías, en razón de su raza, religión, orientación sexual o cualquier otro rasgo considerado relevante, en particular.

Sin embargo, de forma harto cuestionable, una versión injustificadamente extensa del discurso del odio se ha incorporado a los códigos penales de la mayoría de Estados de la Unión Europea. por medio de una serie de tipos penales específicos, la mayor parte de los cuales muestran una endeble justificación constitucional. No en vano, el Derecho penal debe contemplarse como “ultima ratio”, y no como instrumento para criminalizar opiniones, por rechazables o aberrantes que nos parezcan. Por tanto, no debe bastar para justificar su implicación que se favorezca o promueva un posible ambiente de violencia, hostilidad u odio, genéricamente perturbador de la “paz y la tranquilidad públicas”, sino que ha exigirse que concurra una relación causal directa entre las acciones consistentes en humillar, amenazar o provocar, con el peligro cierto e inminente de cometer actos ilícitos contra bienes jurídicos bien definidos, merecedores de la máxima protección constitucional, como son la integridad y la igualdad, por medio de la violencia o la discriminación, ejercida contra las personas y los grupos en los que éstas se integran.

Porque optar por la creación de un Derecho penal preventivo, a través de la incorporación de “delitos de clima”, no encuentra cabida en el orden constitucional a la hora de limitar derechos fundamentales, y, menos aún, la libertad de expresión, auténtico pilar de una democracia pluralista. De lo contrario, se corre con ello el riesgo de crear nuevas formas de censura, que lleguen a vaciar de contenido a ese derecho, y, por tanto, al modelo de Estado constitucional, tal y como hoy lo venimos conociendo.

Así, frente al discurso del odio, el Estado, además de favorecer una educación cívica en los valores y principios constitucionales, debe proporcionar los medios necesarios para que pueda ejercerse un *discurso de defensa* efectivo (“counter speech”), que contrarreste la irracionalidad del extremismo y la intolerancia, por medio de la palabra y la razón⁶⁰. Así se develarán las falsedades, las actitudes racistas, xenófobas, difamatorias y discriminatorias, mejor que imponiendo el silencio a través de la disuasión

(60) Voto disidente del Juez BRANDEIS a la sentencia del caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357, 1927)

que ofrece la potencial imposición coactiva de la ley penal, la cual sólo está justificada en casos de emergencia y considerable gravedad. Hemos, pues, de confiar en la autonomía de la sociedad civil y en su capacidad para ofrecer resistencia al discurso del odio, a través de la promoción del ejercicio de los derechos, reservando así a la pena la condición subsidiaria, de último argumento, para el que fue pensada⁶¹.

(61) R. ALCÁCER GUIRAO, "Discurso del odio y discurso político...", op. cit., págs.29-30.

LA NOVEDAD DEL ESTADO REGULADOR GARANTE:

LA FUNCIÓN PÚBLICA DE REGULACIÓN*

Luciano Parejo Alfonso**

1. Introducción. Una primera aproximación al significado jurídico de regulación.

Es lugar ya bastante común en la doctrina jurídico-administrativa la constatación de que el empleo en Derecho del término “regulación” (importado de una cultura, la anglosajona y, concretamente, norteamericana¹, diversa de la continental europea) para designar el nuevo fenómeno de manejo y arreglo conforme a criterios públicos de determinados secto-

* El presente trabajo reproduce una pequeña parte de mi libro *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2016; en particular, las correspondientes a las páginas 113 a 136 del mismo.

** Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid

(1) Tampoco puede afirmarse que en los EEUU la “regulation” sea un concepto de significado preciso. Véase B. Orbach, “What is regulation?”, *Yale Journal On Regulation Online*, Vol. 30:1, 2012 (accesible en <http://ssrn.com/abstract=2143385>). Para un análisis del significado, clases y justificación de la actividad administrativa de “regulation” en los EEUU, vid. en general: A.M. Moreno Molina, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 75 a 86.

res de la vida económico-social² presenta el notable inconveniente de la

- (2) J. Esteve Pardo, "Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general", en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid 2012, págs. 37 a 62 (págs. 38 y 39) señala a este respecto, tras la constatación de la opción europea generalizada por la fórmula pública o al margen del mercado para la satisfacción de los intereses generales y el reciente abandono de tal fórmula (no en último término a impulso transnacional), que es entonces cuando cobra entidad la idea de regulación como actividad ejercida desde instancias públicas –normalmente especializadas: agencias o autoridades reguladoras– sobre los operadores de sectores abiertos al mercado para preservar ciertos objetivos o estándares que los intereses generales o bienes relevantes pudieran requerir y no resultar debidamente atendidos por la lógica del mercado. Se trata de una solución desconocida hasta entonces –en lo organizativo y sustantivo–, salvo en el sector bancario, en Europa, volviéndose la vista al modelo de regulación de los EEUU". Véase del mismo autor también, "La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América", aunque no opere ya en los Estados Unidos de América, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dres.), *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel/Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid 2009, págs. 293 a 347).

En el mismo sentido. S. Muñoz Machado, "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dres.), *Derecho de la regulación económica*, págs. 15 a 243; autor, que expone que: i) lo primero en Europa continental fue la intervención pública en la economía, que es tan vieja como el Estado y que se afirma tras la 2ª Guerra Mundial con la aprobación de las Constituciones que a ella siguen (teniendo como presupuesto la separación radical de Estado y sociedad, modelo en el que la atención de los intereses generales –de las necesidades de los ciudadanos– corresponde por entero a los poderes públicos, enmarcándose la actividad económica de los sujetos privados en la actividad de policía); y ii) el cambio radical de relación de Estado con la economía sucedió en las dos últimas décadas del S. XX: privatización y liberalización de la mayor parte de los sectores económicos, con apertura a la libre competencia, aunque manteniéndose muchos servicios públicos (los sociales sin apenas cambios, pero los económicos con la importante novedad –con excepciones– de organizarse y operar en los mercados sometidos a la libre competencia); cambio, que ha supuesto el del modelo: la provisión de bienes y servicios a los ciudadanos no dependen ya del sector público, sino del correcto comportamiento de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública, interesando al Estado asegurar que estas prestaciones en beneficio de los ciudadanos se mantengan. Es en este momento en el que se eleva la importancia de la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la libre competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio sea compatible con las exigencias del interés general.

amplitud de su significado -alcanza a incluir la legislación o reglamentación (en sentido material)- y, por tanto, de su polisemia³. Tanto más en nuestro caso, en el que ni siquiera cabe recurrir a la doble posibilidad que ofrece el idioma alemán: la *Regelung* y la *Regulierung*. La inexistencia en nuestro caso de un término capaz de designarla no quiere decir, sin embargo y en palabras de J. Black⁴, que no exista la actividad específica y distinta a la que se quiere aludir.

La introducción de la “regulación” en Europa suele relacionarse con la asunción y el impulso por la actual Unión Europea de políticas de liberalización y privatización con incidencia en la actividad prestacional directa del Estado⁵, que se vienen cumpliendo en términos específicos respecto del modelo norteamericano⁶.

(3) Véase E. Malaret, *Administración pública y regulación económica*, ponencia presentada al II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2 de Febrero de 2007 (publicaciones de dicha Asociación núm. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, que remite a la opinión de A. Laget-Annaymayer, *La régulation des services publics en réseaux*, LGD-Bruylant, París-Bruxelles, 2002, pág. 2.

R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg 1990, parágrafo 212) habla de concepto iridiscente y carente de contenido unívoco. Y de concepto polisémico M. Eifert, “Regulierungsstrategien”, en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann y A. Vosskuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, Beck, München, 2008.

(4) J. Black, *Critical Reflections on Regulation*, Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics, London, accesible en <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>

La autora dice literalmente: “As any who have attempted to study ‘regulation’ outside of English-speaking countries will be aware, there is often no parallel word or even concept, though that does not mean that the social activity to which the term ‘regulation’ is used to refer does not exist”.

(5) Véase M. Mercè Darnaculleta i Gardella, “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana”, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dres.), *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, págs. 349 a 386.

(6) Así lo ha expuesto J. Esteve Pardo (*La regulación de la economía desde el Estado garante*, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, núm. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2007), para quien en Estados Unidos tiene un carácter originario, constitutivo y muy amplio que hace de la regulación en muy buena medida la base misma de su Derecho administrativo, mientras que en la Europa continental se presenta de manera sobrevenida, alternativa y circunscrita a un ámbito más o menos determinado.

Se entiende, pues, que se haya ido abriendo paso la idea de que la regulación no constituye tanto el germen de un tipo o rama nuevos del Derecho administrativo (en su caso, económico)⁷ o, incluso, un sustituto de la tradicional intervención administrativa, cuanto más bien la designación de una nueva y específica función de carácter público, cuyos perfiles están aún por precisar debidamente⁸, pero que sin duda i) se sirve de las formas de manifestación tradicional del poder público administrativo, especialmente en sus dimensiones informativa (información al público, publicidad, transparencia), imperativa unilateral (reglamentación y actos, generales y singulares, de registro, certificación, vigilancia, inspección, supervisión, orden, prohibición, sanción, etc...) y arbitral (resolución de conflictos entre sujetos privados); y ii) se refiere al campo económico y, más concretamente, a los sectores reservados al sector público en calidad de servicios públicos en sentido estricto para, a resultas de su devolución al campo propio de la actividad empresarial privada, generar justamente los correspondientes mercados, así como en cualquier caso a aquéllos en los que se hacen presentes intereses generales^{9/10}. En definitiva y como

-
- (7) En este sentido, S. Muñoz Machado [“Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dres.), *Derecho de la regulación económica*, págs. 16 a 20], se ha hecho eco del surgimiento en Alemania –al hilo de la elevación de la importancia de la función de regulación– de la idea de que todas las instituciones que explican las relaciones (sociales y económicas) entre la Administración y los ciudadanos pueden ordenarse sistemáticamente en torno a la regulación (proporcionando, así, explicación del Derecho administrativo entero). Y ello, para afirmar seguidamente, no ser exagerado pensar que todo el Derecho Administrativo pueda configurarse como un estudio de la regulación de la economía como ocurren en EEUU con carácter general.
- (8) En este sentido, A. Malaret, op cit., (que cita, en su apoyo, la opinión de Y. Gaudemet, “Introduction”, en *La régulation, nouveaux modes, nouveaux territoires*, número monográfico de RFAP, 2004, pág. 109).
- (9) J. L. Meilán Gil, *Los órganos reguladores de España. Notas sobre una posible reforma*, Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid 2010, págs. 4 y 5; E. Malaret, op. cit., que cita en su apoyo a S. Cassesse, “Regolazione e concorrenza”, en G. Tesauro/M. D’Alberti (dirs) *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- (10) Como ha expuesto con todo detalle M. Merc Darnaculleta i Gardella, “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana”, págs. 362 y sgs., en el Derecho alemán conviven un concepto estricto y otro amplio. El estricto implica circunscripción al campo económico y refiere principalmente a una específica forma de supervisión de los mercados desregulados utilizando determinados instrumentos, sin por ello haber alcanzado una precisión completa del perfil de la técnica, función o actividad. Y el

apunta M. Ruffert¹¹ la atención de la doctrina científica se ha desplazado, una vez asentada la opción por la privatización en varios sectores de la acción estatal, hacia las cuestiones jurídicas abordadas en el ámbito angloamericano bajo la rúbrica *after privatization* para la elaboración y sistematización del calificado como Derecho secuela de la privatización (*Privatisierungsfolgerecht*).

En este punto se hace preciso, a fin de entender cabalmente el alcance de la privatización aludida, tener en cuenta que, conforme a L. Osterloh¹², la privatización se refiere solo a la asignación a sujetos privados de capacidades de actuación no derivables de derechos fundamentales, pues únicamente en tal caso hay verdadera transferencia de tareas administrativas (tal cual sostiene, en efecto, el Tribunal Federal Constitucional, BVerfGE 17, 371 (376 y sgs.) y 72, 280 (294). Pues dichas tareas (*Verwaltungsaufgaben*), a las que cualquier fin y objetivo constitucional del Estado puede otorgar soporte, no coinciden con las tareas públicas (*öffentliche Aufgaben*), que no se refieren a, ni implican (como las anteriores) la distribución de tareas entre la Administración y los titulares de derechos fundamentales. Es ésta una distinción de tareas atribuida por F. Ossenbühl a H. Peters¹³ [para quien¹⁴ i) la acreditación de una específica función estatal solo la proporciona un orden estatal concreto en la doble dimensión espacial y temporal; ii) el ámbito de tareas del Estado es necesariamente abierto, siendo tales aquéllas que el Estado reclama legítimamente para sí conforme al correspondiente orden constitucional], que implica la reconducción de la cuestión de la delimitación de las tareas estatales y públicas al plano de la interpretación constitucional. En este terreno, la imbricación

amplio pretende comprender todas las formas de intervención estatal para lograr la consecución de fines públicos, de suerte que abarca todas las estrategias regulatorias clasificadas por W. Hoffmann-Riem (*Öffentliches Recht und Privatrecht als Auffangsordnungen...*) en: i) regulación imperativa unilateral; ii) autorregulación social regulada imperativamente; y iii) autorregulación social.

- (11) M. Ruffert, "Regulierung im System des Verwaltungsrechts –Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation-", *Archiv des öffentlichen Rechts AöR*, N° 124, 1999, págs. 237 a 281 [pág. 239].
- (12) L. Osterloh, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado *VVDStrL* 54, Walter de Gruyter, págs. 206 a 238 (págs. 224 y 225).
- (13) H. Peters, "Öffentliche und staatliche Aufgaben", págs. 877 y sgs.
- (14) F. Ossenbühl, publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores del Derecho del Estado *VVDStrL* n° 29, págs. 144, 153 a 155, 158 y 159.

de libertad y soberanía constituye un orden de competencias protegido de cualquier veleidat totalizante (pues los derechos fundamentales operan como límite de la potencia estatal para fijarse tareas y cumplirlas). En realidad, la determinación de las tareas administrativas es fruto de un prolongado esfuerzo de la doctrina alemana cumplido sobre la base de la trilogía tareas públicas, tareas estatales y tareas administrativas (entendidas, estas últimas, como una variedad de las segundas, es decir, las estatales)¹⁵.

Son significativas al expresado efecto de la determinación de las tareas de que se viene hablando las ponencias presentadas en la reunión de 1994 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho del Estado. Si en tal reunión el austríaco J. Hengstschläger¹⁶ –tras señalar que la invocación de la privatización está asociada desde hace por lo menos doscientos años a la evocación de fuerzas mágicas, siendo larga la lista de los argumentos aducidos en su favor¹⁷, pero no menos la de los de sus oponentes¹⁸- redujo

-
- (15) Esfuerzo en el que, además de H. Peters y F. Ossenbühl, ya citados, han destacado, H. H. Klein, "Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe", *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1965, págs. 755 y sgs.; W. Martens Öffentlich als Rechtsbegriff, Gehlen, Bad Homburg 1969, págs. 117 y sgs.; H-U. Gallwas, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch unentgeltliche Dienstleistung Privater", *Bayerische Verwaltungsblätter BayVBl* 1971, págs. 245 y sgs.; Dagtoglou, "Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben", *Die Öffentliche Verwaltung DÖV* 1970, págs. 532 y sgs.; H. P. Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, Athäneum, Kronberg/Ts, 2ª ed., 1977, págs. 43 y sgs.; S. von Heimburg, *Verwaltungsaufgaben und Private: Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts*, Duncker & Humblot, 1982, págs. 13 y sgs.; J. Isensee, "Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat", en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, C.F. Müller, Heidelberg 2004, págs. 63 y sgs.
- (16) J. Hengstschläger, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado, n° 54, Walter de Gruyter, págs. 166 y sgs.
- (17) La lista de lo que se espera obtener de la privatización incluye: i) la eliminación del déficit del presupuesto público y la ganancia de capital privado inversor; ii) el incremento de la eficacia y efectividad (argumento ex competencia de la condición de mal empresario del Estado); iii) el aumento de la flexibilidad en la respuesta adaptativa a la evolución técnica, económica y social; iv) la mejora del marco normativo; y v) la reversión del exceso de intervención estatal de la libertad y el mercado.
- (18) Frente a la privatización se aduce: a) incapacidad para descargar realmente el presupuesto público, toda vez que solo es posible privatizar las tareas y actividades económicamente rentables (que, en caso, de ser efectivamente privatizadas externalizarían efectos con cargo a la colectividad negativos, fundamentalmente medioam-

el fenómeno a dos tipos fundamentales¹⁹ y aludió a sus límites constitucionales²⁰, el ya citado L. Osterloh sostuvo que:

- 1º. Si la ampliación de tareas estatales aparece limitada por los derechos fundamentales, su reducción solo encuentra límites en zonas extremas tales como la seguridad y la tutela jurídica sobre la base del monopolio estatal de la coacción, aunque debiendo considerarse que también opera en tal sentido el principio de Estado social. Pues el Estado garantiza no solo un mínimo en infraestructura, sino (en calidad de deber constitucional directo) un también mínimo existencial acorde con la dignidad de la persona. Con lo cual, dentro de los expresados límites, el acervo de tareas estatales puede experimentar tanto incrementos como reducciones en tanto que objeto y fruto, ambas alternativas, del proceso decisional político propio del Estado democrático y social de Derecho. Lo que explica que el protagonista del debate en torno a la privatización no sea tanto la ciencia jurídica como la económica, por más que en modo alguno deba considerarse que la jurídica deba circunscribirse a la identificación de impedimentos o vías de facilitación de las operaciones de privatización.
- 2º. A tal efecto, la tarea administrativa (en tanto que modalidad de las tareas estatales) debe tenerse por equivalente de la habilitación constitucional

bientales), con la contrapartida de pérdida de ingresos públicos; ii) efecto, con frecuencia, de disminución de la calidad de la dación de bienes y la prestación de servicios asegurada, por el contrario, por la acción directa estatal; iii) pérdida de necesarios potenciales estatales de dirección; iv) producción de consecuencias negativas en el empleo público; y v) imputación indebida de ineficiencia a la actuación administrativa, por basada en criterios económicos, siendo así que la referida actuación debe responder, en el ámbito de la procura existencial, a criterios de satisfacción de necesidades básicas de un amplio sector de la población.

- (19) Los siguientes: i) la privatización organizativa, que no comporta traslación de la tarea, pues ésta simplemente pasa a ser realizada por el sujeto público titular mediante una persona jurídica privada que le pertenece o que controla; y ii) la privatización sustantiva, que sí comporta una traslación de la tarea a sujeto privado (en régimen de concesión) o al mercado sin más y con simultáneo desprendimiento del sujeto público de la misma; diferenciación, que remite al ya aludido problema del concepto de tarea administrativa.
- (20) Diferenciando al respecto un núcleo duro de tareas estatales genuinas no susceptibles de ser privatizadas (defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, entre otras), por más que el límite de tal límite no sea totalmente preciso, y un halo de tareas para las que el límite, en su caso, debe deducirse de los principios fundamentales del Estado.

y legal de la actuación administrativa i) en el contexto de la delimitación de la función ejecutiva en el contexto de la división de poderes y ii) en contraposición a las facultades de acción de los sujetos privados sobre la base de la libertad reconocida constitucionalmente. Esa habilitación determina –en términos bien meramente autorizatorios, bien obligatorios- actividades cuyo desarrollo corresponde a los correspondientes sujetos públicos en exclusiva o en concurrencia o cooperación con los sujetos privados.

- 3º. De donde se sigue que el sentido correcto (y usual) de la privatización de tareas reside en ser un *contrarius actus* a la asignación de la competencia administrativa; acto contrario que depende bien del legislador formal (en caso de competencias de ejercicio obligatorio), bien de la propia Administración (en el marco de, y de conformidad con, la correspondiente habilitación legal). En el entendido de que la competencia administrativa es un concepto atinente no solo a la organización estatal, sino también a la ciudadanía, que, por tanto, se distingue claramente de la más amplia tarea pública, alusiva ésta no a la distribución de actividades en la relación entre la Administración y los ciudadanos, sino a los motivos legitimantes de actividades estatales de cualquier tipo y constitutivos de las perspectivas y directivas determinantes en la ponderación precisa para la configuración y limitación de ámbitos protegidos por derechos fundamentales de manera constitucionalmente conforme y acorde con los requerimientos de la igualdad y la libertad.

Considerando que si bien la privatización es –como acaba de comprobarse- un fenómeno heterogéneo y, por tanto, un concepto difícil de precisar, cabe, no obstante, considerarlo referido a la traslación al ámbito privado de asuntos hasta ese momento retenidos por la mano pública y, por tanto, como la denominación genérica de los procesos de redistribución de tareas en beneficio del sector privado precisos para evitar la sobrecarga del Estado²¹, H. Bauer²², después de clasificar sus manifestaciones²³:

-
- (21) R. Schmidt, “Der geforderte Staat”, *Neue Juristische Wochenschrift NJW*, 1980, págs. 160 y sgs.
- (22) H. Bauer, “Privatisierung von Verwaltungsaufgaben”, *Publicaciones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado VVDStRL* 54, págs. 245 a 280.
- (23) En las siguientes: A) formas ideales: a) privatización patrimonial; b) privatización organizativa; y c) privatización de tareas; B) formas reales: a) privatización

- 1º. Apuntó ya en los años 90 del S. XX que había dejado de ser sostenible la “neutralidad” del Derecho comunitario-europeo respecto de los sistemas económicos nacionales (con consecuente admisión de la convivencia de los sectores público y privado) que pudo deducirse inicialmente del actual artículo 345 TFUE y la retención por los Estados miembros de la política económica interna, afirmando la pertinencia de hablar más bien de una auténtica “presión privatizadora” sobre los Estados miembros. Juicio éste que no ha hecho otra cosa que confirmar la política de desregulación y liberalización de sectores clave desplegada hasta hoy –con el respaldo, en lo sustancial, del Tribunal de Justicia- por la Unión Europea sobre la base, en definitiva, del principio de economía, ciertamente social, pero de mercado abierta y de libre competencia (arts. 3 TUE y 119.1 TFUE) y las reglas de la libre competencia y su incidencia sobre la concesión a empresas, incluso públicas, de derechos especiales o exclusivos de los artículos 93 y 101 y sgs. TFUE²⁴, flanqueada, además, por la política en materia de contratación pública.
- 2º. Y dejó señalado que la traslación de tareas al sector privado no implica de suyo un repliegue del Estado, pues la correspondiente descarga del Estado, al no poder afectar a la responsabilidad por el bien común de éste, impiden que las pertinentes tareas queden entregadas sin más al libre juego de las fuerzas del mercado al implicar la retención de la vigilancia, el control y el continuado compromiso entre intereses privados y públicos, con sustitución, así, del cumplimiento directo de las tareas por diversas formas de influencia, supervisión y regulación para asegurar una correcta dación de bienes o prestación de servicios por el mercado (es decir: del cumplimiento por la garantía). De ahí el desarrollo por la dogmática alemana de la diferenciación (por escalonamiento o gradación) de la posición de deber de la Administración respecto de las tareas materialmente públicas en las siguientes categorías (que luego han ido siendo precisadas):

parcial; b) privatización mixta; c) formas de transición.

- (24) Con el contrapeso ciertamente (aunque poco efectivo en la práctica) de lo dispuesto en el artículo 14 TFUE sobre la trascendencia de los servicios de interés económico general.

- La responsabilidad de cumplimiento o plena responsabilidad se una tarea, en el sentido de su comprensión de la organización, dotación de medios y desarrollo de la o las correspondientes actividades.
- La responsabilidad de control o la de supervisión de la actividad de los sujetos privados conectada a la privatización de las tareas correspondientes.
- La responsabilidad por las secuelas de la privatización, es decir, por las consecuencias que para los ciudadanos se derivan de ésta (responsabilidad de garantía).
- La responsabilidad de vigilancia o de vela general por el correcto cumplimiento de la o las actividades, incluyendo la de la adecuación del marco normativo regulador a efectos, en su caso, de su actualización.

2. La depuración técnico-jurídica del instituto de la regulación.

2.1. La regulación como actividad administrativa con origen en la descarga en la dinámica social de tareas públicas.

En ausencia de un concepto legal, cuando menos general, de regulación, el recurso a su significado en el lenguaje ordinario confirma su amplitud, ofreciendo así un buen punto de referencia para precisar su sentido jurídico en la línea concretada en el apartado anterior. El diccionario de la RAE define regulación, en efecto, como acción y efecto de regular²⁵, dando

(25) Regular procede del latín *regula* (regla, barra recta usada para medir), que se asocia con la raíz indoeuropea “reg” presente en derecho (que procede del latín *directus*, cuya base es la misma raíz indoeuropea, la cual está presente en los diferentes significados de derecho: misma dirección; lo correcto; regla) y rey (del latín *rex, regis*, con la misma raíz indoeuropea, de donde *regir*, que significa, en las dos primeras acepciones de la Real Academia, “dirigir, gobernar o mandar: y “guiar, llevar o conducir algo” llevar”, lo que lo emparenta con el verbo lat. “regere” - “dirigir, conducir”, con el gr. *ῥέγω* “orégo” - “estirarse”, ir. ant. “reraig” - “dirigió”, indio ant. “irajyáti” - “ordena, dirige” y el galo ant. “-rix” - “rey, líder” que se encuentra en muchos nombres como “Vercingetorix”. En las lenguas germanas de encuentra la palabra *rehta que deriva en ingl. moderno a “right” (ang.saj. “riht”), got. “raihts”, al. ant. “reht” y al. moderno “recht” - “correcto”. También está emparentado con el verbo al. “rechen” - estirarse” (de *rak-eja) y el adjetivo “reich” - “rico, poderoso”, que entró al germano a través del galo “rix” (ang.saj. “rice” al. ant. “rihhi”, ing. mod. “rich”) y luego al castellano a través del got. “reikeis” - “poderoso” que derivó en nuestra palabra “rico”.

del verbo regular –como segunda, tercera y cuarta acepciones y aparte de la económica de reajustar, regular las tarifas, los gastos, la plantilla de empleados- las de “ajustar, reglar o poner en orden algo; regular el tráfico” y “ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines” y “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo”. De entre estas acepciones la más significativa a los efectos que aquí importan es la de ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines por lo que en su momento se verá, pues en el terreno jurídico de lo que se trata, con esta técnica, es de influir (de modo más o menos imperativo y preciso o riguroso) en un proceso (una actuación, un comportamiento) cara a la consecución de un objetivo o fin. Indica en todo caso que en el ámbito jurídico no es equiparable –recurriendo a expresión de Chr. Berringer²⁶ (pues en español no es posible tal juego de palabras)- la *Regulierung*, es decir, la *regulation*, con cualquier *Regelung*, es decir, normación o regulación.

Una mayor aproximación al concepto, como continuación a la primera sobre significado jurídico efectuada en el epígrafe anterior, es la que ofrece justamente M. Ruffert²⁷ en los dos siguientes pasos:

- 1º. El concepto describe, por de pronto, la influencia por el Estado de procesos sociales, especialmente económicos, tanto positivamente mediante Leyes, reglamentos, otras disposiciones y normas técnico-administrativas, como negativamente para revertir tal influencia justamente mediante la que se califica de desregulación [óptica esta última que implica la percepción de la regulación como sobrerregulación a actividad a clasificar y, con ella, ltad derivada de la heterogeneidad de los medios de que se sirve ón].
- 2º. Con el concepto se alude también, más precisamente, a la dirección pública de procesos económicos y sociales, de modo que cuando tal dirección se la procura sin más la propia sociedad se habla de autorregulación²⁸; con la consecuencia de que por regulación se tiene –con acento claramente económico- el elenco de instrumentos

(26) Chr. Berringer, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, C.H. Beck, München, 2004.

(27) M. Ruffert, op. cit., págs. 242 a 251.

(28) Véase, en este sentido, también U. Di Fabio, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, *VVDStRL* 56, 1997.

de dirección del comportamiento de sujetos económicos privados mediante prohibiciones de hacer o actuar y, por tanto, una forma especial de la dirección administrativa.

Esta segunda concepción suscita, entonces, la cuestión acerca de la índole de la correspondiente actividad directiva, es decir, la de su encuadramiento en la tipología establecida de formas de actividad de la Administración; tarea ésta que plantea inmediatamente la dificultad derivada de la heterogeneidad de los medios de que se sirve la actividad a clasificar y, con ella, la extrema de la inducción, desde el tejido concreto de las normas de los distintos y específicos sectores del Derecho administrativo, de conclusiones v. Pues como señala el propio M. Ruffert, ue los distintos y especeneidad de los medios de que se sirve áldidas para las categorías e institutos resultado de la sistematización general –en un plano de pura abstracción- de dicho Derecho. Pues como señala el propio M. Ruffert, este último, si bien facilita la comprensión y clarificación de las heterogéneas y evolutivas (por debidas las características y necesidades peculiares de sus distintos objetos) regulaciones de los sectores administrativizados, no es posible el proceso inverso de interpretación y manejo desde ellas de las reglas del Derecho administrativo general.

La solución a este dilema solo es factible en un plano intermedio entre los dos Derechos aludidos: aquél en el que, en cada sector o en determinados conjuntos de ellos, cuajan principios, figuras y estructuras sistematizadores de la acción administrativa, formando así “campos intermedios” (entre el general y el especial) del Derecho administrativo. Pues desde esta perspectiva puede intentarse agrupar -justamente bajo el paraguas de la regulación-determinadas manifestaciones de organización

y actuación administrativas, examinándolas a la luz de los fines a que puede suponerse responde aquélla. Lo que es posible, a su vez, desde el entendimiento de la regulación como inclusiva de todas las formas de actuación y organización típicas del “Derecho secuela de la privatización”, toda vez que debe afrontar las tareas a cuyo despliegue obligan las consecuencias de tal privatización. Estos fines son reductibles, en opinión del autor que se viene siguiendo, a tres: i) la garantía de la prestación universal, adecuada y suficiente, de los pertinentes servicios, en la medida en que la privatización no libera al Estado de la responsabilidad sobre la procura existencial (*Daseinsvorsorge*)²⁹; ii) la paralela generación y aseguramiento de la competencia en el sector de que se trate, que es una consecuencia lógica e inevitable de la situación preexistente (paradigmáticamente de monopolio u oligopolio) en el sector privatizado; y iii) la organización del sector y la garantía de la regularidad del servicio. Bien es verdad que, dadas las características del proceso de privatización, su referencia preferente, aunque no exclusiva, a sectores en cuya lógica es determinante la infraestructura en red (energía, telecomunicaciones, ferrocarril), hacen que éstos presenten peculiaridades (ligadas a las redes) que los diferencian de los restantes, no lo es menos que la existencia de zonas comunes a unos y otros en punto a las actividades de dación de bienes y prestación de servicios ofrece sustrato suficiente para hablar sustantivamente de una “administración de

(29) K. Baumann, “Private Sicherheitsgewähr unter staatlicher Gesamtverantwortung – Zum Wandel vom Leistungs- zum Regulierungsstaat am Beispiel der Luftfahrtverwaltung-“, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, n° 19, 2003, págs. 790 a 796, señala que en la privatización material juega, si no el democrático, el principio de Estado social, al que es inherente la principal responsabilidad del Estado de garantizar las tareas públicamente relevantes en todo caso de modo suficiente, sea en forma de asunción estatal directa de la tarea o sea (en su caso imperativamente) de traslación de la tarea a la mano privada bajo selección, dirección y supervisión públicas.

regulación” que, entre otros retos, plantea el muy significativo de su juego respecto de las libertades públicas y derechos constitucionales.

Esta es, en definitiva, la conclusión a la que llega, en nuestro Derecho, L. Esteve Pardo³⁰: i) lo que con seguridad se puede afirmar de la regulación es que es, objetivamente, un tipo de actividad administrativa y no meramente una noción cuyo núcleo consista en la acotación de un círculo de sujetos determinados, las autoridades independientes y su actividad peculiar³¹; ii) no es un fin en si misma, sino un medio para el logro de determinados objetivos, que puede cuajar en diversos modelos regulatorios (al cambiar su configuración y estrategia en función de la estructura de los sectores-mercados y las orientaciones político-económicas); y iii) se concentra, para asegurar la cobertura de necesidades básicas en dos escenarios: el de sectores en que funciona ya el mercado y el de sectores con limitaciones innatas para el funcionamiento del mercado en competencia o de carácter estratégico.

2.2. *Excursus sobre la inutilidad de la simple extrapolación a nuestro Derecho de la noción norteamericana de regulation.*

A despecho de la atención dedicada entre nosotros al estudio y descripción del origen y evolución en EEUU³² de la *regulation* y la continua alusión a la misma como referencia, lo cierto es que también en los EEUU se escapa la regulación de los servicios y las actividades de contenido económico a toda definición precisa. Para B. Orbach³³ es éste uno de

(30) J. Esteve Pardo, “El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho público”, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dres.), *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, págs. 387 a 405.

(31) Sobre las llamadas Administraciones Independientes, tempranamente, L. A. Pomed Sánchez, *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes*, RAP 132, septiembre-diciembre 1993, págs. 117 a 169.

(32) Por todos, J. Esteve Pardo, “La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, *Derecho de la regulación económica...*, págs. 293 a 346.

(33) B. Orbach, “What is regulation?”, *Yale Journal On Regulation Online*, Vol. 30:1, 2012 (accesible en <http://ssrn.com/abstract=2143385>); del mismo autor, “The new regulatory era –an introduction”, *Arizona Legal Studies*, Discussion Paper N° 09-30, University of Arizona, octubre 2009, accesible electrónicamente en: <http://ssrn.com/abstract=1472044> ;también en *Arizona Law Review*, Vol 51.

los conceptos peor interpretados en el ordenamiento estadounidense³⁴, llamando la atención sobre el hecho de que, a la altura de 2009, incluso el Tribunal Supremo estuvo dividido –al debatir la Sentencia, constitutiva de un hito en la materia, en el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*- sobre el significado de “to regulate”, decantándose en su seno dos opiniones a propósito de si puede implicar el requerimiento público de la realización de actos o el desarrollo de actividades por sujetos privados (en el caso: un seguro de enfermedad): una negativa³⁵ y otra positiva³⁶.

Esta situación refleja lo inconcluso del continuado debate en la materia desde el S. XIX, resultado que el indicado autor imputa en gran parte a la confusión entre dos cuestiones bien diversas: la regulación como concepto abstracto (normalmente relacionado con la práctica administrativa y la actividad de las agencias) y las opiniones subjetivas acerca del alcance correcto de las políticas públicas y, por tanto, el poder regulatorio (condicionadas por ideologías y creencias y que la asocian normalmente al constreñimiento, el control o la restricción, es decir y en definitiva, a intervención gubernamental en el ámbito privado). La clave histórica reside en la idea del dominio propio de la sociedad en beneficio del cual deben establecerse, según J. Stuart Mill, límites justamente a la regulación, es decir, intervención del poder público. Esto es, pues, lo propio, del *common law* como sistema en el que el tráfico jurídico se produce horizontalmente, quedando su efectividad en manos de los mismos sujetos privados y, por tanto y mediante el ejercicio de las pertinentes acciones, en definitiva de

(34) S. Breyer (*Regulation and its Reform*, Harvard University Press, Cambridge and London, 1982, págs. 7 y 8) ya había advertido hace más de treinta años acerca de la ausencia en los EEUU de esfuerzo serio para definir la regulación y el carácter controvertido de los llevados a cabo para diferenciarla en el seno del conjunto de la actividad gubernamental, advirtiendo que las razones aducidas para justificarla representan ejemplos tradicionales de fallos del mercado.

(35) Según el Juez J. G. Roberts, el poder de “to regulate” algo no incluye el poder de crearlo y la interpretación natural que aquí asume el poder de regular es ya algo que deba ser regulado.

En su voto de disenso, A. Scalia -ya fallecido-, A. M. Kennedy, C. Thomas, y S. A. Alito Jr. Afirman que la expresión “to regulate” puede significar dirigir la forma de algo, pero no así dirigir en el sentido de que algo llegue a ser.

(36) Para la Juez Ruth B. Ginsburg, por el contrario, el poder de regular incluye el poder de compeler a o forzar actividades.

las del Juez³⁷, de modo que la intervención “administrativa” se construye sobre el trasfondo de la tradición de dicho *common law* (si bien ha ido, sin embargo, creciendo exponencialmente al amparo del *statutory law*)³⁸. De ahí que la regulación sea, en principio, un concepto de enorme amplitud y de contenido muy heterogéneo, pues comprende desde la Ley hasta el último acto administrativo en la medida en que impliquen limitación de la libertad de los sujetos privados³⁹; regulación que, en sus dos principales manifestaciones: económica y social-ambiental⁴⁰, i) cabe sistematizar

-
- (37) Como expone J. Reich, „Regulierung, Regulierungsrecht und Regulatory State. Rechtsdogmatische Potenziale des Regulierungsbegriffs in verwaltungsvergleichender, rechtshistorischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive“, *Forum historiae iuris*, Max Planck Institut für europäischer Rechtsgeschichte, es importante destacar que la *regulation*: 1) implica la creación de reglas, que pretenden eficacia vinculante más allá del caso concreto (pero teniendo en cuenta que creación de normas en este sentido remite no solo a la norma, sino también a la directriz o a una *rule* de un órgano administrativo o a la decisión directiva de un órgano judicial que clarifica de forma sustancial una cuestión jurídica o un número indeterminado de casos análogos); y 2) trasciende la línea divisoria determinante en el Derecho continental europeo entre Derecho público y Derecho privado.
- (38) Señala a este respecto S. Breyer, op. cit, pág 13:
 “Beginning in the mid-1960s the number of federal regulatory agencies and the scope of regulatory activity expanded. The federal government began to regulate oil prices and other aspects of energy production; to impose significant controls upon environmental pollution; and to regulate the safety of the workplace, of the highway, and of consumer products. It increased regulatory protection of investors, including pension holders and commodities traders.
 By any measure, regulation expanded quickly and significantly. New governmental bureaus proliferated. The number of pages of federal regulations in the federal register grew from 2,599 in 1936 to 65,603 in 1977, with the number tripling during the 1970s...”.
- (39) S. Breyer, op. cit, dedica lo sustancial de su obra (págs. 35 a 155) a analizar las formas de manifestación que identifica, es decir, las siguientes seis: i) fijación de tarifas a partir del análisis de costes del servicio; ii) regulación de precios basada en datos históricos (un período base); iii) asignación de recursos escasos conforme a un estándar de interés público; iv) fijación de estándares de conducta o actuación; v) asignación de recursos escasos (normalmente por problemas ocasionales y temporales: p. ej. el agua) sobre la base de distribución del déficit a prorrata en función del uso hecho en el pertinente período base); y vi) examen individualizado o caso a caso (para eliminar los productos, servicios o personas inaceptables: pilotos, doctores, abogados, aditivos en alimentos, drogas, sustancias tóxicas, pesticidas, centrales nucleares).
- (40) Como señalan hoy R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 2ª ed., pág.

sólo por relación a ciertos elementos comunes, entre los que destacan el carácter contradictorio de la relación regulador-empresas afectadas y la sujeción de las decisiones regulatorias a los requerimientos de la legislación administrativa (básicamente la *Administrative Procedure Act*)⁴¹; y ii) se justifica solo por la imperfección propia de la vida en colectividad, la cual determina, a su vez, la imperfección posible de la propia regulación⁴². La más reciente evolución en la materia aparece presidida, por ello, por la una clara transformación en la tensión entre responsabilidad personal y regulación. Si tradicionalmente se trataba de verdaderas alternativas (de modo que la segunda, cuando tenía lugar, sustituía a la primera), existe ya

15, "Many of the rationales for regulating can be described as instances of market failure. But we also consider That there may be other reasons to regulate and that these have a basis in human rights or social solidarity, rather than market, considerations".

(41) En este sentido S. Breyer, op. cit., pág. 6.

(42) Como dice Orbach (op. cit.), al que se viene siguiendo: "We live in a complex world of finite resources, in which the pursuit of self-interest often fails the individual and causes harm to others. These imperfections and limitations are the primary motivation for regulation – to promote economic efficiency, environmental sustainability, morality, and the general welfare of the public. The same imperfections and limitations, however, also guarantee the imperfect nature of regulation. Our human flaws allow, for example, the promulgation of excessive and redundant regulations, and enable the adoption of regulations that serve interest groups. Society's challenge, therefore, is to acknowledge that imperfections and limitations impair decision making, communication, and trade, and to utilize legal institutions to address them. In other words, we should accept the fact that regulation is here to stay, and work to maximize its benefits and minimize its costs".

S. Breyer, op. cit., señala como justificaciones típicas de la regulación las siguientes: i) el control del poder monopólico (la más tradicional y persistente); ii) el control de rentas o beneficio excesivo; iii) la compensación de *spillovers* (externa-lidades); iv) la información inadecuada; v) el exceso de competencia (*the empty box*) [empleado sobre todo en el transporte, especialmente el aéreo]; vi) el desigual poder de negociación; vii) la racionalización de la estructura del mercado o del tamaño de las empresas; viii) el riesgo moral (situación en la que un tercero distinto al comprador paga, sin embargo, por la compra efectuada por éste); ix) el paternalismo; y x) la escasez.

En la actualidad R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (op. cit. en nota 180, págs. 15 a 22) señalan como causas de la regulación (aparte de las basadas en derechos o de carácter social-ambiental): i) monopolios y monopolios naturales; ii) *windfall profits*; iii) *externalities*; iv) *information inadequacies*; v) *continuity and availability of service*; vi) *anti-competitive behaviour and predatory pricing*; vii) *public goods and moral hazard*; viii) *unequal bargaining power*; ix) *scarcity and rationing*; x) *rationalization and coordination*; y xi) *planning*.

una clara tendencia en la legislación a que la regulación más bien genere una infraestructura de apoyo y apoderamiento de la responsabilidad personal (en el contexto de la protección de los individuos desde la idea de que éstos, en el mundo actual, no están en condiciones de controlar enteramente su vida y alcanzar por si solos el bienestar). La consecuencia (a la que quizás no sea ajena la crisis comenzada en 2008) es la pérdida de fuerza de la idea también tradicional de que la regulación erosiona, si es que no anula o desactiva, la responsabilidad personal⁴³.

Según B. Orbach, las claves de la apuntada transformación residen en:

- a) Las dudas, avaladas por fuerte evidencia empírica, que sobre su acierto suscita intuitivamente la afirmación por el pensamiento económico neoclásico –sobre la idea del comportamiento racional del hombre- de la relación inversa entre responsabilidad personal y regulación. La más reciente economía ha demostrado, en efecto, que los mercados pueden adaptarse a, e incluso fomentar, el comportamiento irracional de los consumidores (la propia crisis de 2008 se desencadenó en los EEUU por la generalización de inversiones económicamente irracionales). Y como consecuencia de tales dudas, la extensión progresiva de que la cuestión reside más bien, dada la existencia del comportamiento no racional, en si conviene o no su regulación para evitar que produzca consecuencias no deseadas y

(43) A este respecto B. Orbach (op. cit.) señala que en 2001 el *Surgeon General* publicó el *Call to Action to Prevent and Decrease Overweight and Obesity* (dos años antes de la primera de las fracasadas *Commonsense Consumption Bills*; informe en el que explicaba la razón por la que la responsabilidad personal no es suficiente para afrontar los problemas de sobrepeso y obesidad y el tipo de política preciso para apoyar y habilitar la responsabilidad personal. Y añade a este propósito: “Since 2005, the bills spell out their rationale in plain English: [B]ecause fostering a culture of acceptance of personal responsibility is one of the most important ways to promote a healthier society, lawsuits seeking to blame individual food and beverage providers for a person’s weight gain, obesity, or a health condition associated with a person’s weight gain or obesity are not only legally frivolous and economically damaging, but also harmful to a healthy America.

The House passed some of the bills, but ultimately none of them became law.

Their spirit, however, reflects the strong conviction that personal responsibility is a cure for many illnesses”.

R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge (op. cit., pág. 3) señalan que, aunque frecuentemente se vea en la regulación una actividad que limita el comportamiento e impide, por tanto, actividades indeseables (concepto *red light*), es claro que también puede tener un efecto habilitante o facilitador (concepto *green light*).

socialmente nocivas. De ahí que la técnica de la regulación camine por la senda de la detección, acotación y prevención (y, en su caso, represión) de conductas capaces de provocar las aludidas consecuencias.

- b) La toma de conciencia clara de que –aún admitiendo la idea de la racionalidad al menos del *homo oeconomicus* y por razón de la no internalización espontánea de las externalidades que produce de suyo toda actividad económica- nunca el mercado, es decir, la mano invisible de A. Smith, puede llegar a realizar sin más el interés general. La apreciación de la necesidad de la intervención pública para controlar las externalidades indebidas no es de ahora⁴⁴ y a pesar de todas las críticas⁴⁵ conduce a la afirmación de la necesidad de la regulación aunque comporte el riesgo de su deslizamiento hacia lo que algunos en los EEUU califican de indeseable paternalismo duro⁴⁶. Pues la cuestión no es la calificación de las regulaciones desde el prisma del paternalismo (punto de vista que presupone ya una

(44) Ya J. S. Mill sostuvo que las restricciones al comportamiento deberían limitarse a la prevención del daño a otros (es decir: externalidades). Y también A. C. Pigou, (*The economic of welfare*, Transaction Publishers, New Brunswick/London 2009 [la edición primera de 1920 II. IX.16, § 13), New Brunswick/London 2009e ahora *economicus*- vas. dejó señalado que: “It is plain that divergences between private and social net product... cannot... be mitigated by a modification of the contractual relation between any two contracting parties, because the divergence arises out of a service or disservice rendered to persons other than the contracting parties. It is, however, possible for the State... to remove the divergence... by “extraordinary encouragements” or “extraordinary restraints...”.

(45) S. Breyer, op. cit., págs. 2 y 3, apunta como razones para la crítica en EEUU: i) la superioridad de sus costes en el retorno que produce; ii) la imposición por procedimientos injustos y retardatarios (ejemplo: los 10 años que tardó la *Food and Drug Administration* en establecer los estándares relativos a la proporción de cacahuetes admisible en la mantequilla de cacahuete), así como no democráticos y carentes de legitimación; y iii) la impredecibilidad y aleatoriedad del proceso regulatorio en cuanto a sus efectos (su posible empleo por un competidor para perjudicar a otro).

(46) M. J. Rizzo y D. G. Whitman, “Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes”, *Arizona Law Review* n.º. 53 (2009), págs. 685, 685.

Los ejemplos de “paternalismo ideológico duro” que se suelen citar son: la prohibición de la sodomía, las restricciones de las relaciones homosexuales, la prohibición del aborto o del matrimonio de personas del mismo sexo, la prohibición de la enseñanza de la evolución en las escuelas públicas y la criminalización del sexo. El riesgo de deslizamiento se suele ejemplificar con las prohibiciones de fumar o de las bolsas de plástico.

posición escéptica sobre la capacidad del poder público para regular adecuadamente), sino la del enjuiciamiento de su bondad y acierto desde la perspectiva de lo deseable socialmente⁴⁷.

- c) La adopción hoy de una actitud más ponderada que, partiendo de la quiebra en la crisis desencadenada en 2008 del modelo regulatorio del *laissez faire* y simultáneamente reafirmando el mercado como motor de la economía (sin reemplazo visible), ve plausible un mayor activismo regulatorio estatal para la protección de los consumidores y la preservación de los individuos, empresas, fauna y ambiente de las externalidades indebidas. Y ello porque, a despecho de los errores en que pueda incurrir la regulación, los costes de la no intervención lo justifican.

En todo caso y según R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge⁴⁸ por *regulation* puede tenerse hoy, con carácter general, el control sostenido ejercido por una agencia pública y centrado en actividades objeto de valoración por una comunidad, si bien ha de tenerse en cuenta también su uso en los siguientes sentidos: i) conjunto específico de órdenes; ii) influencia estatal deliberada; y iii) denominación genérica de cualquier forma de influencia social o económica (estatal o de mercado).

Las sustanciales diferencias que –en su origen, contexto constitucional, evolución y situación actual– presenta la *regulation* respecto de su variante en Europa, han determinado una opinión generalizada de la improcedencia de su importación sin más para articular y teorizar esta función⁴⁹. En efecto, si se considera la vinculación en EEUU de la *regulation* con las agencias públicas es evidente que la actividad de éstas, aunque pueda parecerse en alguna parte a la administrativa de corte europeo⁵⁰, en mayor medida se ofrece –desde esta última perspectiva – mas bien análoga a la propia de los órganos legislativos (*rulemaking* o actividad cuasilegislativa de estable-

(47) B. Orbach (op. cit.) aduce en este punto el caso de la prohibición del trabajo de los niños que, en su momento fue muy controvertida, pero al día de hoy es plenamente aceptada.

(48) B. Baldwin, M. Cave y M. Lodge, op. cit., págs. 2 y 3.

(49) Se trata de una opinión no solamente existente en la doctrina española. Así, la expresa también en la alemana R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht –Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin y Heidelberg, 1990, § 2. I2.

(50) Debe tenerse en cuenta que en los EEUU la Administración no se entiende como circunscrita a la ejecución de la Ley en términos objetivos (neutral políticamente).

cimiento de reglas, criterios, directivas y estándares, así como generación del llamado Derecho de casos sobre la base de decisiones constitutivas de precedentes) y de los órganos judiciales (actividad cuasijudicial de resolución de conflictos, complementada –en primera instancia- por los *administrative law judges*, que son, a su vez, independientes de las correspondientes agencias). Tiene así la *regulation*, en la doble dimensión subjetiva y objetiva, una naturaleza híbrida y se sitúa en un espacio propio ajeno al del complejo orgánico-funcional responsable de la función ejecutiva en Europa. De ahí, sin perjuicio del caso atípico del Reino Unido, las dificultades para la extrapolación del modelo norteamericano; dificultades planteadas por la significación y el alcance en Derecho constitucional continental-europeo por el principio de división de poderes⁵¹; ii) el principio de legalidad de la Administración pública y su dirección por el Gobierno responsable políticamente ante el Parlamento.

No obstante, tampoco puede desconocerse la influencia que el modelo norteamericano ha ejercido en Europa y que, según ha dejado señalado R. Schmidt⁵² se ha manifestado especialmente en: i) la concentración en asuntos económicos (*economic regulation*); ii) la evolución desde la referencia a una empresa de carácter monopolista a la comprensión igualmente de la prestación de los servicios en régimen de libre competencia; iii) la no limitación a la prevención de peligros por extensión a la consecución de fines de la política económica (especialmente, desde la liberalización, también a la potenciación de la competencia); iv) la intervención del poder público en procesos económicos; v) el empleo al efecto de instrumentos característicos (excluida desde luego la publicación de sectores, por circunscribirse a la incidencia –restricción, limitación- en las libertades de acceso al mercado y de contratación; y vi) el cumplimiento normalmente por una organización dotada de independencia y con referencia a un sector económico determinado.

(51) Desde este principio las agencias han sido objeto de controversia durante mucho tiempo controvertidas incluso en los EEUU, donde ha debido esperarse a la admisión por el Tribunal Supremo –en la primera mitad del S. XX y para justificarlas constitucionalmente- su vinculación al legislativo y dirección por éste vía las previsiones del correspondiente estatuto de la agencia para su aceptación como una suerte de cuarto poder (Peter L. Strauss, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, vol. 84, nº 3, abril 1984, págs. 573 a 669).

(52) R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht...*, op. cit., § 2. 12.

NOTAS

ESTUDIOS SOBRE EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

Alan E. Vargas Lima

Ciertamente, el derecho de amparo, en su concepción histórica contemporánea como garantía constitucional para la protección de los derechos fundamentales, nació en México en el siglo XIX y ha tenido una expansión significativa en el siglo XX, con notables avances legislativos y jurisprudenciales en el siglo XXI, sobre todo a nivel de las Cortes y Tribunales Constitucionales de varios países.

1. El Derecho de Amparo en el mundo

En este contexto, ha transcurrido una década y algo más, desde que los maestros mexicanos Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), publicaran aquella brillante obra colectiva denominada: *“El Derecho de Amparo en el Mundo”* (Porrúa, 2006), con la noble pretensión de contribuir al estudio sistemático de la institución desde la perspectiva del derecho comparado. Fue así que, invitaron a participar de esta gigante obra, a reconocidos juristas de todo el continente latinoamericano y europeo, conforme a un temario previamente elaborado, de tal suerte que se brindara una visión comparativa a nivel mundial, con parámetros uniformes en treinta y un países: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, República Checa, Chile, Costa Rica, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Guatemala, Honduras, Hungría, Macao,

Macedonia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

En consecuencia, se trató que una muy importante obra de recopilación de ensayos sobre el juicio de amparo mexicano, abordado desde la óptica del derecho comparado, ocasión en la cual, el connotado especialista en el Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos presentaba una completa síntesis del impacto y la influencia que el amparo ha tenido en casi la totalidad del mundo, con los siguientes datos importantes:

- A) En Iberoamérica, la acción, recurso, juicio, proceso, garantía o derecho de amparo, según el *nomen iuris* que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, se ha reconocido en 19 países. A nivel constitucional se prevé en Argentina (artículo 43, párrafos 1 y 2), Bolivia (artículo 19)¹, Brasil (artículo 50., LXIX y LXX), Colombia (artículo 86), Costa Rica (artículo 48), Chile (artículo 20), Ecuador (artículo 95), El Salvador (artículo 247), España (artículos 53.2 y 161.1, b), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), México (artículos 103 y 107), Nicaragua (artículos 45 y 188), Panamá (artículo 50), Paraguay (artículo 134), Perú (artículo 200.2) y Venezuela (artículo 27). Uruguay y República Dominicana eran los únicos países iberoamericanos que no proveían una disposición constitucional específica. En el primer país, sin embargo, se puede desprender de manera implícita del artículo 72, que establece: «La enunciación de derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad». Así se ha entendido por su doctrina y jurisprudencia, lo que motivó incluso que se expidiera la Ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988, que regula de manera detallada la denominada ‘acción de amparo’. República Dominicana es el país que de manera más reciente incorporó la institución vía jurisprudencia, ya que no existe norma constitucional o legal que lo regule. La Suprema Corte de

(1) En esta importante obra colectiva, y en representación de Bolivia, participó el entonces magistrado del Tribunal Constitucional, Dr. José Antonio Rivera Santivañez, abordando el tema: “*El amparo constitucional en Bolivia*”, ensayo en el cual, el autor realiza un análisis doctrinal y legislativo de esta institución, sobre la base de sus importantes estudios sobre la Jurisdicción Constitucional en Bolivia, sin descuidar la jurisprudencia más relevante que el Tribunal Constitucional de Bolivia había producido hasta ese tiempo.

Justicia mediante resolución de 24 de febrero de 1999, decidió aceptar este instituto, al incorporar de manera directa el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, incorporó al derecho positivo interno el precepto internacional que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, derivado de los artículos 3o. y 10 constitucionales que reconocen las fuentes internacionales. De acuerdo a la última revisión normativa la ley 437/2006 estableció el Recurso de Amparo; sin embargo, el año 2011 se dictó una nueva ley N° 137/2011 que regula dicho título.

- B)** En el continente europeo progresivamente se fue incorporando a nivel constitucional, primero en países de Europa Occidental: Alemania (artículo 93.1, 4), Austria (artículo 144), España (artículo 53.2 y 161.1, b) y Suiza (artículo 189.1, a); y, con posterioridad, en Europa Central, Oriental y en la Ex Unión Soviética: Albania (artículo 131, i), Croacia (artículo 128), Eslovaquia (artículo 127.1), Eslovenia (artículo 160), Georgia (89, 1-f), Hungría (art. 64), Polonia (artículo 79), República Checa (87.1, d), República de Macedonia (artículos 50 y 110), Rusia (artículo 125.4), y Serbia y Montenegro (artículo 46).
- C)** En África y Asia también se han incorporado instituciones con naturaleza similar al amparo: Cabo Verde (artículo 20 y 219, e), Corea del Sur (artículo 111) y Macao (artículos 4 y 36)².

Asimismo, el panorama mundial en materia de instrumentos constitucionales de protección de derechos humanos, permite advertir que el juicio de amparo ha sido punto de partida y modelo para otras naciones y para la organización del sistema de justicia internacional, al constituir una valiosa influencia en la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre (artículo XVIII) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8o.), al subrayar la necesidad de que en todos los países se implementen en sus diversos ordenamientos, procesos sencillos y breves que amparen a los individuos contra las violaciones a los derechos fundamentales.

(2) Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. “Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado)”, en Fix-Zamudio, Héctor et al. El derecho de amparo en el mundo, México, Porrúa, 2006, pp. 12 y 13.

Estos mismos rasgos, entendidos como una importante influencia del juicio de amparo han sido reconocidos en el artículo 2o., fracción III, del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966; en el artículo 25.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; en el artículo 13 de la Convención Europea para la protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950 y en el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los cuales se consagra recientemente, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, Francia, el derecho de las personas a la existencia de un recurso breve y efectivo que las proteja de cualquier violación en sus derechos fundamentales, incluso cuando el infractor sea un particular en ejercicio de funciones oficiales.

2. La reforma del proceso de Amparo

Con posterioridad a la publicación de la citada obra colectiva (única en su género hasta ese momento), el profesor peruano Samuel Abad Yupanqui, y el profesor español Pablo Pérez Tremps, también vieron la necesidad de coordinar otra obra colectiva denominada: *“La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada”* (Palestra, 2009), advirtiendo que diversas causas vienen conduciendo a una sobrecarga de estos procesos ante los tribunales, *“y en definitiva, a una ‘crisis’ de la institución que no está logrando cumplir con su finalidad última de tutelar eficazmente los derechos de las personas. La falta de solución del amparo dentro de un ‘plazo razonable’ es una clara muestra de lo que viene ocurriendo”*.

Por esta razón, los coordinadores de esta nueva obra, consideraron oportuno e importante en aquella época, elaborar una publicación que analice cómo se venía enfocando la crisis del amparo en diversos países iberoamericanos y europeos; en consecuencia, la obra tiene un enfoque que permite al lector conocer cómo se viene suscitando este problema, y qué reformas se estaban proponiendo e introduciendo, y cuáles serían los temas pendientes. *“Con esta finalidad y por su rica experiencia, decidimos seleccionar siete países de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México y Perú), dos europeos (Alemania y España) y, a la vez, evaluar lo que viene ocurriendo en el ámbito de los tribunales supranacionales de derechos humanos. Nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, pues consideramos que el debate*

no se agota en cada país sino que en un mundo globalizado éste adquiere dimensiones internacionales”.

En este propósito, entre los autores que participan de este libro colectivo, analizando la reforma del amparo en Iberoamérica, se encuentran: Néstor Pedro Sagüés (Argentina), quien analiza el amparo argentino y su reforma; Gisele Santos Fernandes Goes (Brasil), quien nos habla sobre el abuso del mandato de seguridad en la experiencia brasileña; Humberto Nogueira Alcalá (Chile), quien ofrece un breve análisis sobre el recurso de protección, realizando algunas consideraciones críticas sobre su actual regulación y la necesidad de una reforma; Catalina Botero (Colombia), quien nos explica sobre la acción de tutela en Colombia, proponiendo algunos ajustes necesarios y cautelas indispensables; Ruben Hernandez Valle (Costa Rica), quien nos habla acerca de la eclosión del amparo en Costa Rica, describiendo sus problemas y proponiendo algunas posibles soluciones; Jose Ramón Cossío (México), quien nos explica acerca del juicio de amparo, haciendo un breve diagnóstico de posibles soluciones; Samuel Abad Yupanqui (Perú), quien propone la reforma del proceso de amparo, describiendo sus avances, sus problemas y la agenda pendiente en su país.

Asimismo, entre los autores que analizan la reforma del amparo en Europa, están: Pablo Lopez Pietsch (Alemania), quien nos habla de objetivar el recurso de amparo, en referencia a las recomendaciones de la Comisión Benda; Itziar Gomez Fernandez y Pablo Pérez Tremps (España), quienes describen los problemas del recurso de amparo en España, y la necesidad de su reforma. Finalmente, los autores que se refieren a la reforma del amparo interamericano y europeo, son: Ariel Dulitzky, quien escribe algunas reflexiones sobre la judicialización interamericana, trazando una propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano; y Carmen Morte-Gómez, quien se refiere específicamente al caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, describiendo las crisis del sistema y los intentos de solución.

3. Leyes de Amparo de América Latina

En este breve recuento, no podemos dejar de mencionar una interesante compilación de la legislación comparada existente sobre la materia, y que fuera realizada por el profesor venezolano Allan R. Brewer-Carías, bajo el título: *“Leyes de Amparo de América Latina”* (México, 2009); quien además incluye un estudio preliminar sobre *“El amparo en la legislación*

latinoamericana”, en donde precisa que el Amparo en América Latina puede decirse que en general, es un medio judicial extraordinario especialmente establecido para la protección de los derechos constitucionales, contra los agravios o amenazas infligidos contra los mismos por parte de autoridades y de particulares; es decir, ha sido indistintamente calificado como acción, recurso o juicio, senda en realidad, en general, un proceso constitucional que normalmente concluye con una orden judicial de amparo, protección o tutela de los derechos violados o amenazados.

En este sentido, el autor precisa que: *“Este medio extraordinario de protección se estableció en el Continente Americano desde el siglo XIX, y aun cuando medios similares se introdujeron en el Siglo XX en algunos países europeos, como Austria, Alemania, España y Suiza, ha sido adoptado en todos los países latinoamericanos, pudiendo considerarse como uno a las instituciones más destacadas del derecho constitucional latinoamericano. Como tal, incluso, ha influido en su adopción por otros países fuera del Continente, como ha ocurrido recientemente en Filipinas, con el establecimiento del Writ of Amparo a través de las reglas dictadas por la Corte Suprema de ese país en septiembre de 2007”*.

Asimismo, y luego de realizar un somero análisis de los principales elementos que caracterizan el sistema constitucional latinoamericano de protección de los derechos humanos, el autor también señala que otro importante elemento de dicho sistema es la expresa previsión en las Constituciones de la protección judicial de los derechos mediante la regulación de un específico medio judicial para ello, llamado Amparo (Guatemala), Juicio de amparo, (México), Proceso de amparo (El Salvador, Perú), Acción de amparo (Argentina, República Dominicana, Ecuador, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela), Recurso de amparo (Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, y Panamá), Acción de tutela (Colombia), Recurso de protección (Chile), Mandado de Seguranca y Mandado de injuncao (Brasil), al cual se aplican diferentes reglas procesales en relación con las generales que se establecen en los Códigos de Procedimiento Civil, que se utilizan para la protección de otros derechos o intereses de las personas.

Después de una revisión exhaustiva de la legislación comparada vigente hasta ese tiempo, el autor llega a concluir que en todos los países latinoamericanos, con excepción de Cuba, las acciones de habeas corpus y amparo están reguladas como medios judiciales específicos exclusivamente diseñados para la protección de los derechos constitucionales. En todos los países, excepto en la República Dominicana, el amparo está regulado en

expresas normas constitucionales; y en todos los países, excepto en Chile donde ha sido regulado por la Corte Suprema (Auto Acordado, 1992), el proceso de amparo está regulado en las siguientes leyes específicas:

- ARGENTINA. *Ley N° 16.986. Acción de Amparo, 1966;*
- BOLIVIA. *Ley N° 1836. Ley del Tribunal Constitucional, 1998;*
- BRASIL. *Lei N° 1.533. Mandado de Seguranca, 1951;*
- COLOMBIA. *Decretos Ley N° 2591, 306 y 1382. Acción de Tutela, 2000;*
- COSTA RICA. *Ley N° 7135. Ley de la Jurisdicción Constitucional, 1989;*
- ECUADOR. *Ley N° 000. R0/99. Ley de Control Constitucional, 1997;*
- EL SALVADOR. *Ley de Procedimientos Constitucionales, 1960;*
- GUATEMALA. *Decreto N° 1-86. Ley de Amparo. Exhibición personal y Constitucionalidad, 1986;*
- HONDURAS. *Ley sobre Justicia Constitucional, 2004;*
- MÉXICO. *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política, 1936;*
- NICARAGUA. *Ley N° 49. Amparo, 1988;*
- PANAMÁ. *Código Judicial, Libro Cuarto: Instituciones de Garantía, 1999;*
- PARAGUAY. *Ley N° 1.337/88. Código Procesal Civil, Título 11. El Juicio de Amparo, 1988;*
- PERÚ. *Ley N° 28.237. Código Procesal Constitucional, 2004;*
- REPÚBLICA DOMINICANA *Ley N° 437-06 que establece el Recurso de Amparo. El año 2011 se dictó una nueva ley Num. 137/2011.*
- URUGUAY. *Ley N° 16.011. Acción de Amparo, 1988;*
- VENEZUELA. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, 1988.*

4. El Amparo en Latinoamérica

Años más tarde, la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México (Revista IUS, Año V, No. 27. Enero - Junio de 2011, disponible en: <http://revistaius.com/index.php/ius/issue/view/12>), compilaba en su

Número 27, diversos estudios sobre el Amparo en Latinoamérica, a fin de resaltar el recurso, juicio o acción de amparo como vía jurisdiccional que protege los derechos y libertades; considerando que durante la segunda mitad del siglo XX, esta institución de origen mexicano se extendió al constitucionalismo moderno, y en ese proceso de globalización se efectuó una transculturación mediante la cual, la institución nacida en México, se fue acoplando al ordenamiento jurídico de cada país que la acogió.

En este sentido, la mencionada Revista ofrecía una panorámica de la institución procesal del Amparo en doce países de Latinoamérica: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela. *“Esta visión de derecho comparado permite advertir las similitudes y diferencias existentes en los diversos ordenamientos jurídicos, así como visualizar las tendencias contemporáneas de lo que podríamos denominar amparo latinoamericano”*. Ciertamente, la comprensión de estas tendencias, cobraba especial importancia en el contexto mexicano, debido a la renovación del juicio de amparo por la reforma constitucional sobre la materia, publicada en el Diario Oficial de la Federación (6 de junio de 2011); y la publicación de la Revista, serviría para el debate sobre la nueva Ley de Amparo que se encontraba en proceso de aprobación en el Congreso de la Unión.³

5. El Amparo en la actualidad

Recientemente, los profesores peruanos Edgar Carpio Marcos y Luis Sáenz Dávalos (Coordinadores), con el apoyo del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, y el Colegio de Abogados de Lima, han compuesto una brillante obra colectiva denominada: *“El Amparo en la actualidad. Posibilidades y Límites”* (2017), que ahora

(3) Al año siguiente, los ensayos que formaron parte de la publicación de la mencionada revista, fueron seleccionados para conformar una importante obra colectiva sobre la materia: Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel (Coordinadores). *El Amparo en Latinoamérica*. México: FUNDAP, 2012. En esta obra colectiva, y en representación de Bolivia, participó el entonces Letrado del Tribunal Constitucional, Dr. Boris Wilson Arias Lopez, abordando el análisis de: *“La acción de amparo constitucional en el estado de transición constitucional boliviano”*, ensayo en el cual, el autor aborda algunas de las ratificaciones, modulaciones y cambios de líneas jurisprudenciales, efectuados por el Tribunal Constitucional de Bolivia, respecto a la procedencia del Amparo Constitucional durante la gestión 2010.

se inscribe dentro de la Colección “Doctrina Constitucional”, a cargo de la Dirección General del Centro de Estudios Constitucionales, cuyo titular es el actual Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, Dr. Carlos Ramos Núñez.

A decir del profesor Carlos Ramos Nuñez -quien escribe la presentación de la obra-, se trata de un libro que desde el título anuncia su propósito de amplia dimensión: repensar, reflexionar sobre la naturaleza del amparo a la luz de estos tiempos -de cambios tecnológicos permanentes, de continua movilidad social y cultural, de globalización problemática, de inestabilidades epistemológicas, de cuestionamientos que inciden incluso en la naturaleza misma de lo humano-; además que contiene una reflexión plural, planteada por un reconocido conjunto de juristas y especialistas en el tema, tanto nacionales como de nuestro continente, con incidencia en las variadas formas y las proyecciones tutelares que puede tener este importante proceso constitucional. *“Este texto colectivo, a tal efecto, muestra diversos abordajes a este instituto jurídico, desde los que practican una revisión de sus presupuestos teóricos, hasta los que someten a escrutinio su eficacia; desde los que analizan y, eventualmente, cuestionan su configuración legal o jurisprudencial, hasta los que fijan criterios o condiciones para un mayor ámbito de aplicación; desde los que efectúan un ejercicio hermenéutico de su vigencia -sea en nuestro país como en legislaciones como la venezolana, mexicana, argentina, entre otras-, hasta los que proponen la creación de nuevos procesos de tutela para derechos de nueva andadura y cariz”.*

Por su parte, los coordinadores de la obra, justifican la aparición de este esfuerzo colectivo, en el entendido de que su tema central, tiene que ver con el más importante de los procesos constitucionales, no sólo por su ámbito de protección (el más extenso de todos) sino por la abundante jurisprudencia que ha venido y seguirá generando; de esta forma, destacan que en su contenido se encuentran aportes en el ámbito específicamente doctrinario, pero también, y como no podía ser de otra manera, en los espacios propiamente jurisprudenciales y legislativos. *“Se ha buscado, asimismo, contar con el valioso concurso no solo de investigadores nacionales, sino también con la participación de notables juristas extranjeros, quienes a la luz de su propia experiencia nos informan cómo funciona esta misma herramienta procesal en sus ordenamientos, y el tipo de problemas que su reconocimiento y ejercicio viene planteando”.*

Asimismo, concuerdan en que sería injusto no reconocer la amplitud de perspectiva que viene asumiendo el Tribunal Constitucional del Perú y sus actuales magistrados, para auspiciar una investigación abierta y pluralista como la que se presenta ahora, *“y es que de lo que se trata en el fondo es de recibir insumos argumentales, que por una u otra razón, contribuyan a mejorar nuestro modelo de justicia constitucional y los mecanismos que la integran”*.

En este contexto, entre los destacados autores peruanos que participan de esta brillante obra colectiva de reciente aparición, se encuentra el profesor Domingo García Belaunde, quien analiza la metamorfosis de un precedente discutible en el Perú, haciendo referencia a la Sentencia interlocutoria denegatoria; a su vez, el profesor Gerardo Eto Cruz, advierte una alerta roja en los jueces de amparo, haciendo referencia precisamente al problema teórico y práctico del rechazo liminar en el Proceso de Amparo. Asimismo, el profesor Omar Sar Suarez, plantea algunas propuestas de reforma del proceso de amparo, con miras a optimizar la adecuada tutela de los derechos fundamentales; y el profesor Luis Sáenz Dávalos plantea en su trabajo una necesaria interrogante: ¿es exigible el recurso de agravio constitucional como requisito para interponer un amparo contra amparo cuando se trata de sentencias constitucionales desestimatorias?

Por su parte, el profesor Juan Manuel Sosa Sacio, analiza la improcedencia del amparo por existir “vías específicas e igualmente satisfactorias”; y a su turno, la profesora Vanessa Tassara Zevallos analiza el tema del proceso de amparo y la tutela de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas y nativas en la jurisprudencia constitucional; de igual manera, el profesor Manuel Bermúdez Tapia, con énfasis en los temas de su especialidad, analiza el amparo y la tutela de derechos en conflictos familiares judicializados; a su vez, el profesor Omar Cairo Roldan, aborda el análisis de la sentencia estimatoria del amparo en el Perú; y por último, el juez Edwin Figueroa Gutarra trata del Amparo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, trazando algunas notas actuales sobre un proceso trascendente.

Por otro lado, entre los autores internacionales que participan de esta brillante obra colectiva, también se encuentra el profesor venezolano Allan Brewer Carías, quien aborda el análisis sobre las diversas formas de ejercicio del derecho constitucional de amparo en Venezuela, haciendo algunos comentarios a la fallida reforma de la Ley Orgánica de Amparo de 1988, sancionada en 2014. A su turno, el profesor argentino Oscar Raúl

Puccinelli, realiza una breve semblanza del derecho, de las acciones y de los procesos de amparo en la Argentina, con especial referencia a las pautas emergentes de la Constitución, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la legislación infraconstitucional y de su Tribunal Nacional de clausura.

De igual manera, los profesores mexicanos Isaac de Paz Gonzales y Enrique Uribe Arzate, abordan el análisis del juicio de amparo mexicano, de acuerdo a las luces y sombras de su nuevo ropaje, con la finalidad de exponer las cualidades más relevantes del amparo, de sus ventajas como institución procesal y de las dificultades que enfrenta en el plano sustantivo para salvaguardar los derechos humanos; y asimismo, el profesor mexicano Alfonso Herrera García, centra su análisis en el objeto de protección del nuevo juicio de amparo mexicano, con el propósito de ofrecer una comparación entre el esquema anterior y el nuevo en relación con el objeto de protección, así como una descripción de las principales resoluciones que representan la superación de criterios sustentados bajo el sistema anterior, y al mismo tiempo, los primeros pasos hacia adelante en la clarificación del contenido jurisprudencial de las reformas constitucionales y legales del amparo (2011-2013), por parte de la Suprema Corte de Justicia. A su turno, el profesor colombiano Hernán Olano García, presenta un análisis del proceso constitucional, como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional, haciendo referencia específicamente al mecanismo de amparo y protección de los derechos fundamentales, es decir, a la acción de tutela.

De nuestra parte, y en representación de Bolivia, hemos participado de esta obra colectiva con el tema: *“La Acción de Amparo Constitucional en Bolivia”*, escrito con el propósito esencial de mostrar algunos apuntes acerca de su configuración constitucional, su naturaleza jurídica y los alcances de su incesante desarrollo jurisprudencial. De ahí que, el trabajo se halla dividido en dos partes: en una primera parte se analiza únicamente la *configuración constitucional* de la acción de amparo, haciendo referencia a su naturaleza jurídica, los principios fundamentales que rigen las acciones de amparo constitucional (subsidiariedad e inmediatez) de acuerdo a su desarrollo jurisprudencial, la denegatoria del amparo constitucional por actos consentidos libre y expresamente, la aplicación conjunta de la teoría de los actos consentidos, el plazo para la interposición de la acción de amparo constitucional e inicio del cómputo de los seis meses para su

interposición, su suspensión y reanudación, así como las principales líneas jurisprudenciales del amparo frente a medidas de hecho, precisando los alcances y requisitos para su consideración a través de la acción de amparo constitucional y su excepción al principio de subsidiariedad. En la segunda parte se analiza específicamente la *configuración procesal* de la acción de amparo, precisando las fases procesales de la acción, los requisitos de forma y la determinación de su carácter subsanable con delimitación de los efectos procesales frente a su incumplimiento, las causales de improcedencia reglada, de acuerdo a las normas del Código Procesal Constitucional, la duda razonable para la aplicación del principio *pro actione* en la etapa de admisibilidad, los deberes procesales de los jueces y tribunales de garantías sobre la verificación de requisitos de forma y causales de improcedencia reglada, y finalmente la técnica de la *reconducción procesal* adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En definitiva, y considerando el importante aporte realizado por el conjunto de autores peruanos y latinoamericanos que han aunado sus mejores esfuerzos intelectuales para llevar adelante el estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial sobre el instituto del Amparo Constitucional, es evidente que esta obra se constituirá en una de indispensable consulta para comprender el desarrollo actual de dicho proceso constitucional, esta vez en perspectiva latinoamericana.

He ahí la especial trascendencia de este nuevo aporte bibliográfico del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

CRÓNICA

XIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. (MÉXICO 1 – 3 FEBRERO DE 2017)

Miguel P. Vilcapoma Ignacio

El XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional se realizó en la ciudad de México del jueves 1 al viernes 3 de febrero del presente año de 2017. Llevó por título *Trayectoria y porvenir del constitucionalismo contemporáneo* y se organizó en homenaje al centenario de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917. Sus actividades se llevaron a cabo en el tradicional Palacio de Minería.

Se inauguró a las 9.00 horas en el patio central. La mesa de honor fue ocupada, de derecha a izquierda, por José María Serna de la Garza, Diego Valadés, Mónica González Castro, Magda Janine Otárola-Malassis, Luis María Aguilar Morales, Enrique Gave Wechers, Pablo Escudero Morales, Luis Raúl González Pérez, Lorenzo Córdova Vianello, Pedro Salazar Urgarte y Domingo García Belaunde.

En su intervención, Pedro Salazar Ugarte señaló que la libertad e igualdad continúan siendo paradigmas del constitucionalismo actual. Indicó que la Constitución puede servir como instrumento conservador o como vehículo de cambios, esperando que sea lo segundo; es decir, debe primar la libertad, la igualdad y no la discriminación. Rindió homenaje a

la Constitución de Querétaro por su centenario y agradeció a las instituciones participantes.

Diego Valadés agradeció igualmente a las instituciones que hicieron posible el XIII Congreso, cuyos representantes se encuentran en la mesa de honor, es decir, a la Universidad Nacional Autónoma de México; al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al Senado de la República, la Suprema Corte de Justicia, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Nacional Electoral, la Fiscalía Especializada para la atención de delitos electorales, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Reconoció la brillante labor desarrollada por José María Serna de la Garza por su excelente organización. Reconoció también la labor desplegada por Héctor Fix-Zamudio y señala que el certamen se organiza con motivo del centenario de la Constitución del Querétaro. Añadió que la Constitución de 1917 tiene 187 artículos, 22 de ellos no han cambiado, el 20% mantiene el texto originario. Señaló que celebramos el centenario de la Constitución mexicana como también un reencuentro de amigos.

A continuación en el acto inaugural del Congreso tomó la palabra Domingo García Belaunde, quien recordó la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en 1974 y enfatizó que Héctor Fix-Zamudio fue su primer presidente por varios años en el que impulsó su crecimiento. Debemos aprovechar el Congreso con el propósito de reflexionar sobre los temas señalados en el temario.

Pablo Escudero Morales, en representación del Senado de la República, señaló que era para él un privilegio participar en este acto de cien años de la Constitución de 1917. Preciso que el certamen nos conduce a una reflexión profunda de la Constitución, la importancia de las reformas, de los derechos subjetivos establecidos en ella y las garantías sociales que contiene. Para concluir se interrogó si era necesario una nueva Constitución en el presente siglo.

Lorenzo Córdova Vianello, en representación del Instituto Nacional Electoral, precisó que la Constitución de 1917 se destacó por la defensa de los Derechos Humanos, por tanto, nos toca el papel de promocionar el espíritu constitucional.

A continuación Janine M. Otárola Malassis, tomó la palabra en su condición de Presidenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Destacó que la interpretación jurisprudencial también transforma el derecho dentro del principio de autonomía del Tribunal; por tanto, debemos también prestarle atención con el propósito de consolidar la libertad, los derechos humanos y el respeto de la dignidad humana.

Luis Raúl Gonzáles Pérez, tomó la palabra a nombre de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), expresando que la educación debe afrontar la discriminación, la exclusión y la marginación; luego sostuvo que hay que reconocer los derechos humanos como patrimonio de la humanidad; planteó también que debe establecerse las condiciones para disminuir la distancia entre quienes poseen mucho y quienes no lo poseen; también debemos buscar los mecanismos para conciliar los intereses generales y los particulares. Terminó señalando que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo son los gestores de la cultura constitucional en México.

Luis María Aguilar Morales, tomó la palabra en su condición de Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Inició sus palabras agradeciendo a Diego Valadés por su invitación al Congreso y de igual forma, a todos los organizadores del certamen académico. Destacó el papel de máximo intérprete de la Constitución que tiene la Suprema Corte.

Por último tomó la palabra el Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Enrique Gave Wechers, destacando el centenario de la Constitución de Querétaro. Por otro lado, indicó que la Universidad fue fundada en 1551 y señaló como necesario para México una Carta Magna precisa, clara y actual. Al final dio la bienvenida a todos los participantes.

LAS SESIONES PLENARIAS

Después de la inauguración, inmediatamente se pasó al desarrollo de las sesiones plenarias, con temas específicos y ponentes previamente establecidos de acuerdo al programa.

I. CONSTITUCIÓN Y ESTADO LAICO,

Fue el primer tema que se trabajó y la mesa la presidió *Pauline Capdevielle* de México. En su intervención desarrolló el tema: *Laicidad, Constitución y sexualidad*. Brevemente señaló que el principio de la laicidad

vincula a la Constitución, teniendo trascendencia en el derecho de familia, el derecho a la libertad sexual y el reproductivo.

A continuación participaron en las conferencias:

- a) **Michelangelo Bovero**, profesor italiano, con el tema *El águila y la serpiente. El Estado laico frente al fundamentalismo*. En líneas generales planteó que el fundamentalismo es como la serpiente, puesto que sus creencias y sus principios no coinciden con los pensamientos democráticos; por el contrario, se oponen y la combaten con violencia. También sostuvo que el “estado laico es *potestas* y no *auctoritas*”. Hay que combatir el fundamentalismo mediante la “crítica y el pluralismo”.
- b) **Giles Guglielmi**, profesor francés, desarrolló el tema *¿Laicismo o laicización en Francia? Un movimiento entre principios y prácticas*. Postula el desarrollo igualitario, basado en la ciencia y el conocimiento. El Estado debe garantizar el ejercicio libre de las confesiones basado en principios que se materializan en la vida práctica.
- c) **Julio César Ortiz Gutiérrez**, profesor colombiano. Desarrolló el tema: *Las instituciones democráticas y los retrocesos del Estado Laico en la democracia constitucional contemporánea. Nuevas amenazas y desventajas democráticas de las libertades y de los derechos*. El Estado colombiano, antes era un Estado confesional; es decir, se proclamaba oficialmente una determinada creencia religiosa; sin embargo, actualmente adopta una posición contestataria. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en el sentido de amparar todas las creencias en un Estado constitucional de Derecho; por último remarcó que el fundamentalismo constituye una amenaza a la democracia y a las libertades. Debemos precisar adecuadamente el concepto y el contenido del laicismo.

La primera mesa concluyó a las 11.00 horas.

II. CONSTITUCIÓN Y ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

Esta mesa fue presida por Gerardo Eto Cruz del Perú. En su intervención inaugural desarrolló el tema: El control del orden jurídico internacional sobre el orden jurídico nacional. Reflexiones sobre un tema contemporáneo: la normas constitucionales inconvencionales. Hizo referencia a Peter

Häberle, luego recordó que hace cien años se discutió la Constitución de Querétaro que se convirtió en modelo para Latinoamérica y Europa. Por otro lado, señaló que las constituciones inconvencionales tuvieron vigencia; sin embargo, en la actualidad hay una tendencia de que para ser tales, tienen que ser convencionalizadas. El Poder Legislativo debería de reformar estas normas inconvencionales de la Constitución. La Convención tiene que regular las constituciones y el “bloque de convencionalidad”. La Corte puede declarar la inconvencionalidad de las normas inconstitucionales.

A continuación expusieron en esta mesa.

- a) **Carlos Ayala Corao** de Venezuela, quien desarrolló el tema: *La integración del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional*. Indicó que ambas disciplinas se han desarrollado en un proceso de evolución; el Internacional a partir de los tratados. El Derecho Comunitario se ha desarrollado a nivel mundial. Luego señaló que el parlamento ha perdido su función generadora de normas, siendo reemplazado por los tratados; esto significa que el tratamiento de los derechos humanos se ha internacionalizado, generando el desarrollo de la democracia y los derechos humanos; es así que tenemos como instrumento la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de setiembre de 2001. Concluyó indicando que la evolución dinámica del Derecho Internacional puede contrastar con las constituciones, como la de Estados Unidos.
- b) **Armin von Bogdandy**, de Alemania, abordó el tema: *El ius constitucionale comune en América Latina como concepto clave de la interacción entre Derecho Constitucional y el Derecho Internacional*. Señaló que la Constitución del Querétaro puede ser considerada dentro del derecho común, en relación con el Derecho Internacional y el constitucionalismo. Luego señaló que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional persiguen los mismos objetivos, precisando que la norma internacional tiene fuerza normológica.
- c) **Laurence Burgorgue-Larsen** de Andorra, expuso el tema: *Poder Constituyente, Constitución y Derecho Internacional*. Planteó que el poder constituyente es un poder prejurídico, obviamente no es poder constituido, es diferente. El control constitucional de carácter internacional puede tener injerencia en el control de las constituciones a través del ejercicio del poder comunitario internacional,

significando una internacionalización de la protección de los derechos fundamentales.

De 12.00 a 13 horas se desarrollaron las siguientes, conferencias magistrales.

III. CONSTITUCIÓN, DESARROLLO, CIENCIA Y AMBIENTE

Estuvo en la presidencia de la plenaria de esta mesa el profesor español Javier García Fernández, quien expuso el tema: Desarrollo, ciencia y ambiente en el constitucionalismo latinoamericano. Sostuvo que el desarrollo de la ciencia debe comprenderse como parte del desarrollo del objetivo del Estado; por esta razón la Constitución alemana hace referencia al papel de la ciencia.

- a) **Carmen Carmona Lara** de México, plantea que las tierras y el agua corresponde en propiedad a la Nación; así lo establecen los 27 y 123 de la Constitución mexicana. Sin embargo, actualmente lo estamos poniendo en peligro, por tanto, hay obligación de los ciudadanos y del Estado de proteger nuestro medio ambiente.
- b) **Marcelo Figueiredo** del Brasil, desarrolló el tema: *La importancia de la biodiversidad, el sistema de patentes y el acceso al conocimiento en la investigación científica*. Expuso que es necesario establecer y desarrollar el sistema de patentes con la finalidad de proteger la biodiversidad y la pluridiversidad biológica en nuestros países contra las grandes empresas transnacionales.
- c) **Hernán Salgado Pesantes** de Ecuador. Expuso el tema: *Constitución y derechos, el ambiente y la naturaleza*. Reflexiona sobre aspectos y conceptos de los derechos humanos vinculados o conexos con los derechos a la naturaleza, siendo valores esenciales y fundamentales. El derecho subjetivo tendrá su valor en la medida en que el derecho objetivo así lo establezca; sin embargo, los derechos humanos no necesitan protección de ningún derecho objetivo. En materia de derechos humanos el derecho subjetivo es un concepto equívoco; es equívoco denominar "sujeto de derecho". La naturaleza tiene valores intrínsecos propios. Concluyó diciendo "Pachamama, sumac causana" (tierra madre, causa justa).

IV. CORRUPCIÓN Y OTROS VICIOS INSTITUCIONALES

Esta mesa de trabajo se desarrolló de 13 a 14 horas y la presidió Héctor Fix-Fierro, de México, abordando el tema: Corrupción y otros vicios institucionales. Planteó que la democracia afronta los vicios de corrupción, muchas veces por responsabilidad de los partidos políticos. La democracia debe fortalecerse frente a ella.

- a) **Ernesto Blume Fortini**, Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, desarrolló el tema: *La corrupción en el Perú y la forma constitucional de enfrentarla*. Sostuvo que el Perú afronta estos males desde los últimos años del siglo pasado, aunque en su historia, siempre se han registrado gobiernos que han resaltado por la corrupción en su trayectoria política; sin embargo, en estos últimos años se ha descubierto situaciones que comprometen a políticos y exgobernantes. Solo el fortalecimiento de la democracia y sus valores podrá enfrentarlos adecuadamente.
- b) **Luca Mezzetti**, de Italia, desarrolla el tema titulado *El desafío global de la lucha contra la corrupción: los aportes del Derecho Constitucional y del derecho comparado*. Podemos afirmar que la corrupción también se ha globalizado, afectando a la mayor parte de los países democráticos; por tanto, los gobiernos y las instituciones democráticas deben consolidar los valores democráticos y constitucionales frente a la corrupción.
- c) **Mariela Morales Antoniazzi**, venezolana pero docente en Alemania, desarrolló el tema: *Corrupción y crisis de la institucionalidad democrática. Posibilidades de transformación desde la vertiente de los derechos*. Sostuvo que hay problemas comunes en Latinoamérica; es notable que la corrupción se acentúa en el Poder Judicial y en el Poder Político, dañando la estructura del Estado. La conducta de la venezolana Petrogas afecta a la totalidad del Estado. Una comisión anticorrupción debe trabajar en previsión, criminalización y fundamentación del combate a la corrupción. La lucha contra la corrupción debe constituirse en una lucha fundamental, fortaleciendo la moral y práctica en la agenda anticorrupción. En conclusión, la aparente denotación entre Constitución, constitucionalismo y lucha contra la corrupción debe fortalecerse.

V. FEDERALISMO, REGIONALISMO Y MUNICIPALISMO.

En la presidencia actuó **José F. Palomino Manchego** del Perú, quien desarrolló el tema: *La autonomía municipal en la Constitución peruana de 1993*. El gobierno local peruano, emerge de la elección ciudadana, tanto los gobiernos locales, provinciales como distritales, están sujetos a revocatoria ciudadana. Luego expuso la autonomía de los gobiernos locales: política, económica y administrativa.

- a) **Antonio María Hernández**, de Argentina, desarrolló el tema: *Visión constitucional comparada de las federaciones argentinas y mexicana*. Señaló que es admirable lo que hizo la Constitución mexicana del Querétaro por el constitucionalismo social. Expresó que en la Argentina se publicó en dos tomos la Constitución de Querétaro. También hizo referencia a la obra del sacerdote José María Morelos Pavón *Sentimiento de la Nación* del 14 de septiembre de 1813. Concluyó su intervención saludando a los constituyentes de Querétaro por los artículos 40 – 49, concerniente al ejercicio del poder popular y la división de los poderes, agradeciendo a México por lo que hicieron por el constitucionalismo mundial, por la dignidad humana y por el federalismo.
- b) **Benigno Pendás** de España, tocó el tema *Federalismo, regionalismo y municipalismo*. En su exposición señaló que todos estamos en lucha por la democracia constitucional. Los conceptos políticos, los conceptos constitucionales no viven apartados de la realidad, en los laboratorios. Resaltó el contenido del artículo 8 de la Constitución española que señala que las Fuerzas Armadas están para garantizar la libertad y la independencia del Estado español. El Estatuto de las comunidades autónomas no es una Constitución, tiende en algo a lo federal.
- c) **Teresita de Jesús Rendón Huerta** de México y Rectora de la Universidad de Guanajuato, desarrolló el tema *Municipalismo y nuevo constitucionalismo*. En su intervención planteó que la centralización del gobierno central perjudica el gobierno municipal y no permite el accionar local para alcanzar sus objetivos.
- d) **José María Serna de la Garza** de México desarrolló el tema: *En busca de un nuevo horizonte para el sistema federal mexicano: una reflexión en derecho comparado*. Inició su intervención señalando que la descen-

tralización es un planteamiento, pero hay también planteamientos de centralización. La última idea viene propuesta por el gobierno y el municipio. Hay una forma de centralización en el federalismo cooperativo, en el modelo del Brasil, de Alemania. El sistema federal mexicano para el siglo XXI es otro planteamiento. El autogobierno municipal, debe caracterizarse por su autonomía económica, política y administrativa, como en el caso peruano.

VI. ELECCIONES, PARTIDOS POLÍTICOS Y CALIDAD DE LA DEMOCRACIA.

En la presidencia de la mesa estuvo **Alberto Dalla Vía**, de Argentina, que desarrolló el tema titulado *Extensión de la participación política y de la protección judicial en la República Argentina*. Sostuvo que los derechos políticos y los partidos políticos son considerados como derechos de participación. Debemos trabajar para consolidar la democracia participativa, la Corte Interamericana está de acuerdo con este planteamiento así como la Carta Democrática Interamericana.

En Argentina otro aspecto fue lo del género; en las elecciones de 1915, la participación fue 44% de mujeres y 66% de varones.

Otro tema es la privación de la libertad que automáticamente no puede ser una privación del derecho electoral.

- a) **Dieter Nohlen**, de Alemania, abordó el tema, *Instituciones políticas, reformas electorales y calidad de la democracia en América Latina*. En su intervención abordó las elecciones en los países latinoamericanos, la organización de los partidos políticos y la calidad de la democracia que se organiza en estos países. Abordó críticamente el Estado de Derecho, el sistema electoral, la rendición de cuentas y otras instituciones.
- b) **José de Jesús Orozco Henríquez** de México, abordó el tema *Evolución constitucional y democracia electoral en México: balance y perspectivas*. En su intervención desarrolló el gobierno electoral, el sistema electoral y la democracia electoral. Propone la introducción de reformas en estas instituciones comparándolo con los comicios electorales federales.

- c) **Jorge Reinaldo Vanossi** de Argentina, abordó el tema de los partidos políticos como forma de participación ciudadana, planteando que debe aplicarse la democracia interna dentro de los partidos.

Al día siguiente, 2 de febrero de 2017, continuaron las sesiones plenarias del Congreso a las 9.00 horas.

VII. GARANTÍA Y EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Esta mesa fue presidida por **Néstor Pedro Sagüés** de Argentina, quien en su exposición *Rol nomogenético de la magistratura constitucional*, señaló que los Tribunales han adoptado la protección de los Derechos Humanos, como en el caso “Siri” de Argentina, cuando no estaba expresamente mencionada en la Constitución ni implementada por la ley. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió fundamentando que era suficiente la restricción de un derecho constitucional para que la garantía invocada fuese reestablecida por los jueces en su integridad, sin que pudiese alegarse en contrario la inexistencia de una ley reglamentaria. Señaló que en casos similares la Corte ha desarrollado sus argumentos para tutelar derechos. Los tribunales constitucionales en sus pronunciamientos, inducen al Legislativo la elaboración de normas de protección de derechos. Pero también pueden asumir papeles legisferantes en materia de derechos y garantías procesales de los mismos, por exigencias derivadas de los tratados sobre derechos humanos o por decisiones de los órganos jurisdiccionales creados por dichos convenios. Concluyó indicando que en ciertas situaciones especiales es pertinente que la judicatura asuma funciones de tipo nomogenético.

- a) **Domingo García Belaunde** del Perú, desarrolló el tema: *Garantismo, derechos y protección procesal*. Señaló que el concepto garantía y sus derivados garantizar, garantista como el sufijo garantismo, se hallan en continuo uso en los últimos años. El autor que ha contribuido a difundirlo es el jurista italiano Luigi Ferrojoli, que lo extiende a otros ámbitos. Sostuvo que el término está vinculado al Derecho Romano, por ejemplo en garantías reales. Hizo referencia también a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés, en cuyo artículo 16, refiere la necesidad de establecer *la garantía de los derechos* y la división de poderes. Señala que México con la Constitución de Querétaro de 1917 se alinea a esta tendencia y posteriormente España al establecer un Tribunal de Garantías Constitucionales en

la Constitución de 1931, lo mismo sucedió en Perú. Concluye que “garantía” significa protección de derechos individuales. Para confirmar su planteamiento realiza un repaso bibliográfico. Argumenta que Ferrajoli sostiene el garantismo como filosofía política, pero la filosofía es más que eso. Sostiene que la garantía constitucional hay que comprenderla como los procesos y el garantismo como una idea fuerza.

- b) **Pablo Pérez Tremps** de España, desarrolló el tema: *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional*. Posibles efectos de las garantías de los derechos como también la garantía constitucional se constituye en una especie de remedio frente a la vulneración del derecho. Podemos hablar de sistemas de protección alemán, español y del Tribunal Europeo. Hay que tener en consideración que los tribunales constitucionales se ocupan de temas importantes; por tanto tiene que tener mucho cuidado en sus pronunciamientos. Un tribunal no puede dictar al año mil sentencias; serían sentencias malas.
- c) **Francisca Pou Giménez** de México, tocó el tema *Atomismo y holismo en la garantía de los derechos*. Señaló que hay demasiado atomismo procesal, hemos multiplicado los procesos, no hemos podido reflexionar sobre los aspectos negativos que conduce el atomismo. El sistema nacional de justicia ha copiado al sistema federal en virtudes y defectos. ¿Es realmente el amparo más efectivo? ¿Realmente los procesos ordinarios son más eficientes?

VIII. GOBIERNO LOCAL Y DEMOCRACIA

Se desempeñó en la presidencia de la mesa **Daniel Barceló Rojas** de México, desarrollando el tema *Responsabilidad política y responsabilidad legal en el sistema presidencial de los Estados. Significado, órganos y procesos de exigencia*. Comenzó su intervención indicando que la Constitución mexicana ha recibido muchas críticas al respecto. Debe establecerse un baremo para la responsabilidad política de todos los cargos políticos; la doctrina española ha hecho algún adelanto al respecto.

- a) **Irinia Cervantes Bravo** de México, expuso el tema *Desafíos del constitucionalismo democrático en los gobiernos locales*, indicando que las entidades federativas son los gobiernos locales, en el que se mate-

rializa también la división de poder, es decir la experiencia de la Revolución Inglesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre francés de 1789. El estado constitucional democrático debe poner límite al poder; por ejemplo, materializando elecciones libres y no fraudulentas; no como en la época del PRI. No se puede hablar de Estado democrático sino hay tutela de derechos fundamentales.

- b) **Alejandro Maldonado Aguirre** de Guatemala, abordó el tema titulado *Gobierno local y democracia*, indicando que las aldeas las componen los municipios. La Constitución de Bayona tutelaba las organizaciones ancestrales. El Municipio está muy internalizada en nuestra cultura, constituyéndose en unidades políticas y entes locales autónomos. Actualmente las aldeas están interconectadas con el *internet* y ejercen control social muy significativo, ejercen legitimidad, participan en consultas populares y su virtud del diálogo para el control del poder.
- c) **Horacio Rosatti**, argentino, su tema fue: *Democracia, eficacia y representación local en la era de la globalización*. Inició indicando que la realidad latinoamericana comparte ciertos problemas como la existencia de etnias. Max Weber diferenciaba las formas de asociaciones basadas, sobre todo, en la camaradería como puede observarse en las comunidades. En algún momento en las comunidades predominó el afecto, sin embargo es muy difícil encontrar la identidad en una sociedad globalizada, por tanto, es peligrosa una globalización sin control. Afirmaba Freud que el hombre se parecía a Dios, no puede volar, pero fabrica el avión; no puede correr, pero crea el automóvil; no puede ver y crea los instrumentos para ver; es decir, nos convierte de alguna forma, en ciudadanos del mundo, hasta que se corta la luz. Los gobernantes pueden unir a los ciudadanos o pueden desunirlos. Afirmó categóricamente que el hombre no ha muerto, ni Dios ha muerto, ni la ideología ha muerto, tampoco ha muerto la ciudad, ella se encuentra en crisis, porque existe un Estado de cielo abierto. La política, la justicia, el reclamo tienen su razón de ser. Debe instituirse la revocatoria por incumplimiento de promesas, debe exigirse un cumplimiento efectivo, tiene que tenerse presente la figura del mandante y mandatario. Es una cuestión también de liderazgo moral.

IX. JUSTICIA, EQUIDAD Y DERECHOS SOCIALES

Ocupó la presidencia **José Antonio Rivera Santivañez** de Bolivia, su tema fue: *Los derechos sociales y la protección de grupos vulnerables*, resaltando la importancia de la positivización de los derechos sociales y su protección frente a una realidad en la que se vulnera permanentemente los derechos de grupos vulnerables. Estos grupos no reciben una buena educación, ni alimentación, tampoco atención médica; es decir, estos derechos no se respetan, ni se protegen, menos se satisfacen. Las infracciones de los derechos de los grupos vulnerables son individuales y no de todo el grupo. Es necesario señalar que los derechos sociales son protegidos por el Tribunal de la India, de igual forma por el Tribunal sudafricano. Más vale pecar por omisión que por acción.

- a) **María Angélica Cuéllar Vásquez** de México, quien desarrolló el tema: *Justicia, equidad y derechos sociales*. Sostuvo que la visión social y jurídica tienen la misma finalidad, por esa misma situación, la Constitución mexicana tutela tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.
- b) **Eduardo Ferrer Mac-Gregor** de México, desarrolló la conferencia titulada, *Pobreza, exclusión social y discriminación estructural: un caso sobre esclavitud en sus formas contemporáneas*. Señaló un caso de esclavitud que se produce en la actualidad en el Brasil y que es de conocimiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando que hemos construido un muro entre ricos y pobres, es así que en el mundo existen 836 millones de personas que viven en extrema pobreza, en los dos últimos años se ha incrementado esta pobreza en América Latina, según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Señaló que es la primera vez, que la Corte conoce un caso prohibido por el artículo 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte se ha pronunciado que la condición económica no puede justificar la discriminación, en sí; cuestiona el hecho de que las personas de escasos recursos económicos sean sometidos a nuevas formas de esclavitud por la discriminación estructural o desigualdad estructural o de facto. Concluyó indicando, no obstante la presencia de la Constitución del Querétaro, se han construido estos muros de pobreza y de exclusión.

- c) **Humberto Nogueira Alcalá** de Chile, en su turno abordó el tema: *Los derechos sociales fundamentales y su exigibilidad en el Estado constitucional democrático: una visión crítica a la Constitución chilena*. Inició su locución señalando que en el Estado constitucional democrático siempre existe el problema de la protección de los derechos sociales. Sostuvo la indivisibilidad y la complementariedad de ambos derechos (los civiles con los sociales). Los derechos sociales requieren de una regulación; es decir, requieren de una garantía, de garantías de interpretación integradora desde un principio de progresividad que conduzca hacia su satisfacción real.

X. REFORMA Y CAMBIO DE LA CONSTITUCIÓN

Esta comisión fue presidida por **Francisco Zúñiga Urbina** de Chile, quien previamente expuso su comunicación: *La potestad constituyente para y en la nueva Constitución*. Hizo una explicación sobre el proceso de reforma constitucional que viene procesándose en Chile, señalando que la nueva Carta sería originada, discutida, aprobada y promulgada en democracia, sin consideración a las normas procedimentales y de competencia impuestas por la Constitución de 1980. Señaló que después de superar el falso consenso, la misma presidente Bachelet señaló que el procedimiento constituyente debe ser institucional, democrático y participativo. Indicó que todo el proceso participativo que se desarrolla tiene el objetivo señalado por el Ejecutivo, inclusive el plebiscito participativo de los ciudadanos.

- a) **Javier García Roca** de España, su comunicación lleva por título *De la revisión de las Constituciones: Constituciones nuevas y viejas*. Explicó que la revisión constitucional consiste en someter sus normas a examen para corregirlas o enmendarlas. Siendo una actividad cognitiva más que volitiva, de estudio y de informe, previa a la reforma y encaminada a la ordenación y actualización de los textos constitucionales para su consolidación. El proceso subsiguiente (reforma) supone la permanencia del núcleo esencial de la Constitución; en otros términos el respeto de la identidad constitucional. Sostuvo que una reforma no es un atentado a la Constitución sino una actualización de la misma. También abordó desde la experiencia española la posibilidad de una revisión total de la Constitución.
- b) **Rubén Hernández Valle** de Costa Rica, desarrolló el tema *Control de convencionalidad de las leyes de reforma constitucional en Costa Rica*.

Planteó que cuando el Poder Constituyente originario se juridifica y se somete a límites que el mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se convierte en Poder Constituyente derivado. Señaló que el ordenamiento costarricense diferencia procedimientos para una reforma general de la reforma parcial. Explicó que la Asamblea Constituyente solo surge cuando se crea un nuevo Estado o cuando existe cambio de consensos en la sociedad civil subyacente (reforma general); mientras que la reforma parcial compete a la Asamblea Legislativa en todos aquellos aspectos que no sean incompatibles con las decisiones políticas fundamentales del constituyente originario o del derivado. Al puntualizar el control de convencionalidad hizo referencia al voto concurrente del ex Juez de la Corte-IDH Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mac Chang vs Guatemala*, sentencia 25 de noviembre de 2003. Añade que cuatro años después la Corte hizo suya la tesis en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, institucionalizándola en casos posteriores. Sostiene que en el ordenamiento constitucional en Costa Rica, los tratados internacionales pueden servir como parámetros del juicio de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 7 de la Carta Política que establece que los tratados, convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados, tienen rango superior a las leyes. Señaló que la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que procede la acción de inconstitucionalidad cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

- c) **Carla Huerta Ochoa** de México, en su exposición sobre *El tiempo de la reforma constitucional*, manifestó que con el transcurso del tiempo de una Carta surge la necesidad de actualizar las normas constitucionales en varios de sus aspectos como puede ser el social, el económico como el político, haciendo necesaria la creación de nuevas instituciones u órganos.

COMISIONES ESPECIALES DE TRABAJO.

Concluidas la sesiones plenarias el jueves 2 de febrero por la mañana, se dio inicio por la tarde al desarrollo, en forma simultánea, de varias sesiones de las comisiones especiales en diferentes locales del Palacio de

Minería que vino a ser la exposición de diversas comunicaciones previamente presentadas en fecha fijada por la Comisión Organizadora del Congreso:

- a) **Constitución y Estado laico**, presidida por Pablo Lucas Murillo de la Cueva de España, expuso su comunicación titulada *La objeción de conciencia en el Estado democrático*; con quien colaboramos en la Vicepresidencia, exponiendo nuestro tema *De un Estado confesional peruano a un Estado aconfesional*. La segunda sesión estuvo presidida por Renaud Bourget de Francia, quien desarrolló la conferencia magistral: *La interpretación jurisdiccional del principio de laicidad en el derecho francés*. El día viernes se desarrolló una tercera sesión con este tema presidida por Víctor Alejandro Wong Meraz de México. En total hubo 18 comunicaciones.
- b) **Constitución y orden jurídico internacional**: la primera comisión fue presidida por Manuel José Cepeda de Colombia, mientras que José Martín y Pérez de Manclares de España, desarrolló la conferencia magistral titulada *Internacionalización de las Constituciones, constitucionalización del Derecho Internacional*. La segunda sesión de ese día estuvo presidida por Raúl Canosa Usera de España, quien dictó la conferencia: *La protección internacional de los derechos sociales*. El día viernes se desarrolló la tercera sesión, presidida por Alfredo M. Vítolo de Argentina, mientras que Calogero Pizzolo de Argentina dictó la conferencia magistral: *La técnica de la cohabitación en una comunidad de intérpretes finales*. La cuarta sesión estuvo presidida por Eloy Espinosa - Saldaña del Perú. La quinta la presidió Néstor Osuna de Colombia; la sexta la presidió Elvia Arcelia Quintana Adriano de México. En total se expusieron un total de 41 comunicaciones.
- c) **Constitución, desarrollo, ciencia y ambiente**. La primera comisión la presidió el cubano Andry Matilla, la conferencia magistral fue dictada por César Nava Escudero de México: *Tendencias del derecho constitucional en México*; la segunda sesión fue presidida por el mismo Matilla. La tercera se llevó a cabo el día viernes presidida por César Nava Escudero de México. En total se desarrollaron 21 comunicaciones.
- d) **Corrupción y otros vicios institucionales**. La primera sesión de trabajo estuvo presidida por Jorge Seall-Sasiain del Paraguay. Dictó la conferencia magistral Allan R. Brewer Carías de Venezuela. La

segunda sesión la presidió Jorge Fernández Ruiz de México: *El derecho humano a una buena administración de justicia*. Hubo un total de 13 comunicaciones expuestas.

- e) **Federalismo, regionalismo y municipalidad.** La Comisión de Trabajo fue presidida por Francisco Tortolero Cervantes de México. Dictó la conferencia magistral Javier Pérez Royo de España: *La quiebra de la Constitución territorial*. La segunda sesión la presidió Efrén Rivera de Puerto Rico: *Los territorios en el sistema federal estadounidense: el caso de Puerto Rico*. La tercera sesión se desarrolló el día viernes y la presidió también Francisco Tortolero de México y la conferencia magistral estuvo a cargo de Fernando Serrano Migallón de México con el tema *Evolución del federalismo mexicano*. Hubo un total de 17 comunicaciones.
- f) **Elecciones, partidos políticos y calidad de la democracia:** la presidió José Tola de España; la conferencia magistral estuvo a cargo de José Afonso da Silva de Brasil, quien desarrolló el tema *Votación distrital e elección proporcional*. La segunda sesión la presidió Daniel Zovatto de Argentina, también tuvo a su cargo la conferencia magistral titulada *El pueblo legislador: iniciativa popular y referéndum en perspectiva comparada*. La tercera sesión se llevó a cabo el viernes con la presidencia de Virgilio Afonso da Silva de Brasil, la conferencia magistral la dictó Jean-Philippe Derosier de Francia, el tema *François Hollande y el factor mayoritario de contestación. Características del sistema parlamentario francés*. A continuación se desarrollaron la cuarta, quinta y sexta sesiones. La sexta fue presidida por Hugo Concha Cantú de México. En esta mesa de trabajo, se expusieron 37 comunicaciones.
- g) **Garantía y eficacia de los derechos humanos.** Esta comisión especial de trabajo la presidió Francisco Ibarra Palafox de México; la conferencia magistral titulada *El control de convencionalidad como garantía de los derechos humanos* la dictó Sergio García Ramírez de México. En la segunda sesión, la conferencia sobre *La problemática de la eficacia de los derechos atinentes a la dignidad humana. Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional (un estudio de derecho constitucional procesal con motivo de las propuestas de reforma en España)*, la dictó Javier Ruipérez Alamillo de España. La tercera se desarrolló el día viernes presidida por Sergio Arnoldo Morán Navarro de México; la conferencia magistral sobre *Viajando com os direitos fundamentais no tempo e no*

españo, la dictó Vasco Pereira da Silva. En la cuarta la conferencia magistral la dictó Jaime Moreno Garavilla de México, *Relevancia de una cultura social sobre derechos humanos*; luego se realizó la quinta y sexta sesión. La sexta la presidió Juan Vega de México y la conferencia magistral estuvo a cargo de Edith Cuautle de México, quien desarrolló el tema *Distinción y sistematización de una posible teoría de los derechos humanos, a partir de la reforma constitucional de 2011*. En total hubo 41 comunicaciones.

- h) **Gobierno local y democracia.** Esta comisión la presidió Marcial Rodríguez Saldaña de México, mientras que la conferencia magistral la dictó Vanessa Suelst Cock de Colombia sobre *La paz en el territorio: poder local, democracia*. Se desarrolló una segunda sesión ese mismo día. En total de expusieron 14 comunicaciones.
- i) **Justicia, equidad y derechos sociales.** La comisión la presidió Sebastián Rodríguez Robles de Panamá y la conferencia la desarrolló Raúl Gustavo Ferreyra de Argentina, sobre el tema *Gobernar es igualar, Isonomías, oportunidades y justicia social en Argentina*. La segunda sesión se desarrolló ese mismo día y la conferencia magistral estuvo a cargo de Francisco J. Eguiguren del Perú, quien desarrolló el tema *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos*. La tercera y cuarta sesión se llevaron a cabo el día viernes, presidió la tercera sesión Isabel Wences Simón de España, mientras que la conferencia magistral la dictó Gina Riaño de Colombia desarrollando el tema *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*; mientras que en la cuarta sesión intervino Eduardo G. Esteva Gallichio de Uruguay con el tema *Algunos tópicos de la problemática constitucional de la salud y la reciente jurisprudencia uruguaya*. En esta mesa se expusieron 26 comunicaciones.
- j) **Reforma y cambio de las constituciones.** La primera comisión la presidió Iván Escobar Fornos de Nicaragua y la conferencia magistral estuvo a cargo de Jorge Mario García Laguardia de Guatemala con el tema *Estado constitucional y reforma de la Constitución: sus límites*. En la segunda sesión la conferencia magistral la dictó Emmanuel Cartier de Francia, abordando el tema *La interpretación jurisdiccional del principio de laicidad en el derecho francés*. El día viernes se desarrollaron la tercera, cuarta, quinta y sexta sesiones. La tercera fue presidida por Isidro de los Santos Olivo de México y la sexta comisión la presidió

Francisco José Paoli Bolio de México. En total en esta mesa se expusieron 38 comunicaciones.

OTRAS ACTIVIDADES SIMULTÁNEAS

- a) **Red de Revistas de Derecho Constitucional en los cien años de la Constitución mexicana.** Actuó como moderador Edgar Corzo Sosa y se llevó a cabo en la Galería de Rectores de 9:00 a 11 horas del día 3 de febrero de 2017.
- b) **Mesas de trabajo en homenaje a la Constitución de 1917.** Se llevó a cabo en el Salón de Actos de la planta alta.
 - **Mesa 1.** (de 9:00 – 10:30 horas). Actuó de moderadora Mónica Gonzáles Contró de México, participaron: Manuel Aragón, Raúl Cervantes, José Ramón Cossío Díaz, Roberto Gil, Sergio López Ayllón y Angélica de la Pena, todos mexicanos a excepción de Manuel Aragón de España.
 - **Mesa 2.** (de 10:30 – 12:00). Estuvo de moderador Raúl Contreras Bustamante de México y participaron: César Astudillo, Miguel Barbosa, Antonio D'Atena, Ana Lilia Herrera Peimbert y Arturo Zaldívar. Todos mexicanos, a excepción de Antonio D'Atena de Italia.
 - **Mesa 3.** (de 12.00 – 13:30 horas). Estuvo de moderadora María Amparo Casar de México; participaron: Francisco Balaguer, Agustín Basave, César Camacho, Clicerio Coello Garcés, Luis Raúl Gonzáles Pérez y Santiago Nieto Castillo, todos de México salvo Francisco Balaguer.
 - **Mesa 4.** (de 16:30 – 17:30 horas). Estuvo de moderador Luis René Guerrero de México; participaron: Edgar Corzo Sosa, Oscar Cruz Barney, José Gamas Torruco, Giuseppe de Massimo y José Luis Soberanes. Todos mexicanos a excepción de Giuseppe de Massimo de Italia.
- c) **Mesa redonda sobre Constitución y régimen de gobierno.** El certamen se desarrolló en el Salón de la Academia de 10:00 a 12:00 horas. Fueron sus coordinadores Pedro Salazar Ugarte y Diego Valadés.
- d) **Presentación de las encuestas de cultura constitucional de México –Argentina y del proyecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado.** La presentación

se llevó a cabo en el Salón de la Academia de 16:00 a 18: 00 horas. Estuvo de moderadora María Lúcia Amaral y participaron César Astudillo, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores, Antonio María Hernández y Diego Valadés.

CLAUSURA DEL XIII CONGRESO IBEROAMERICANO

La ceremonia de clausura del Congreso se llevó a cabo en el Salón de Actos del Palacio de Minería a las 19:00 horas del 3 de Febrero de 2017, ocuparon la mesa de honor: Diego Valadés, Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini, Pedro Pablo Tremps, José María Serna de la Garza, entre otros. Diego Valadés al usar la palabra destacó la participación de 30 países al Congreso, agradeciendo a la Comisión Organizadora la labor realizada. Los demás que hicieron uso de la palabra agradecieron la hospitalidad y el éxito del Congreso.

PARTICIPANTES PERUANOS EN EL CONGRESO

La delegación peruana que participó en el Congreso estuvo conformada por las siguientes personas: Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini, Francisco J. Eguiguren Praeli, Susana Castañeda Otsu, José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, Aníbal Quiroga León, Francisco Miró Quesada Rada, Miguel P. Vilcapoma Ignacio, Jorge Luis Cáceres Arce, Kelin Cárdenas Sánchez, Dante Paiva Goyburu, Mario Gonzalo Chávez Rabanal, Alipio A. Becerra Pretel, Jhonny Tupayachi Sotomayor, Eloy Espinosa-Saldaña, Enrique Pestana Uribe, Manuel Alex Bermúdez, Paola Brunet Ordoñez Rosales y Nelson Ramírez Jiménez. Un total de veinte participantes.

Huancayo, junio de 2017.

**VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS:
UN NUEVO ENCUENTRO
CON PETER HÄBERLE EN GRANADA
(MAYO DE 2017) (*)**

Domingo García Belaunde

Nos hemos reunido hoy, bajo el pretexto de tocar temas o desafíos del constitucionalismo contemporáneo, para rendir pleito homenaje al maestro Peter Häberle con motivo de su octogésimo tercero aniversario, al cual llega sin las taras que muchas veces traen los años y con la lucidez que siempre lo caracterizó, rodeado de colegas, discípulos y amigos que le tienen en alta consideración y estima. Esto por cierto no es usual y solo se explica por la calidad humana y la bondad de alma que tiene nuestro dilecto amigo y que por cierto no es frecuente. En contraste, he recordado lo que alguna vez leí en Santiago Ramón y Cajal, famoso médico español que ganó el Premio Nobel de Medicina en 1908 en su libro “El mundo visto a los ochenta años” en donde nos decía –recordando a Schopenhauer

(*) Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, se llevó a cabo un Congreso Internacional en honor de Peter Häberle sobre “Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo” (Granada, 10-12 de mayo de 2017) cuyo mérito y realización debemos al entusiasmo y dinamismo de Francisco Balaguer Callejón. Mi exposición en dicho evento tuvo dos partes, de las que aquí publico solo la primera.

- que el tiempo corre lento al comenzar la jornada y vertiginosamente al terminarla. Y continuaba así:

"Hemos llegado sin sentir a los helados dominios de Vejecia, a ese invierno de la vida sin retorno, con sus *hombres y horrores* según decía Gracián. El tiempo empuja tan solapadamente con el fluir sempiterno de los días, que apenas reparamos en que, distanciados de los contemporáneos, nos encontramos solos, en plena supervivencia".

No es felizmente el caso de Häberle, si bien algunos de nosotros podría en un futuro hallarse en situación parecida a la que describe el científico español. Ante tal posibilidad, nada mejor que el ejemplo estimulante que nos brinda nuestro apreciado amigo y maestro para salir adelante en el mundo académico y en nuestra trayectoria vital.

No está de más recordar que desde un comienzo lo que más me llamó la atención en el prof. Häberle fue su inquietud, su preocupación y su interés por el mundo extra-europeo. Para un alemán, por lo general, le basta con ser alemán y quizá es suficiente con ser europeo. Pero en el caso de él no fue así y eso quizá explica porque su figura y su pensamiento han trascendido notoriamente fuera de su patria y haya sido traducido tan extensamente. Y lo es no solo por el valor de sus propias ideas, sino porque se nutre del elemento foráneo y esa vocación de universalidad que no siempre tienen todos. Al fin y al cabo por algo existe el término "eurocéntrico" que todavía se aplica y que tiene cierta connotación negativa, pero que cada vez se da menos en nuestro ámbito.

A fin de ubicarnos mejor, quizá sea bueno hacer una digresión sobre lo que significa para nosotros Europa y lo que es el mundo iberoamericano, entendiendo por ello los que fueron colonias o reinos de España y Portugal, que abarca casi toda la América central y del sur, si bien la situación del Brasil, que fue Imperio hasta 1889 obedece a una situación especial.

Y por eso es pertinente recordar que durante muchos años los estudiosos nos colocaban dentro del amplísimo y engañoso concepto de "tercer mundo" o "cuarto mundo" según otros. En los años setenta del siglo XX, con el rápido proceso de descolonización - ya anunciado por la independencia de la India en 1947 - se inventó el término "no alineados", con lo cual entraron todos, de mil formas y colores, países que al final resultaron mezclados sin ningún tipo de diferencias.

Pero esto empezó a cambiar poco a poco. Muestra de ellos son los estudios del afamado sociólogo francés Alain Rouquié quien en los años 80 del siglo pasado dedicó un libro a lo que llamó “el extremo Occidente”, o sea, un Occidente que no era la Europa continental ni menos la Europa sajona (que podría decirse incluye el Reino Unido y las que fueron sus colonias, como son los Estados Unidos de América). Es decir, éramos parte de Occidente, pero de un Occidente distinto y por cierto peculiar, con doscientos años de vida independiente. Posteriormente en otro de sus libros Rouquié ha llamado la atención sobre lo que él llama “repúblicas no toquevillianas” en las que insiste, no pueden ser confundidas con aquellas nacidas del fenómeno de descolonización empezado en la década de 1960 y que tuvo su expresión literaria en un libro célebre de Franz Fanon “Los condenados de la tierra”, prologado por el gurú de la época: Jean Paul Sartre. En una de sus declaraciones periodísticas, el eminente Sartre había reconocida que antes de este proceso independentista “era muy cómodo ser francés”. Esta comodidad, por cierto, se acabó.

Estábamos pues ante dos realidades, ante dos mundos, el Europeo central, el europeo sajón- por así decirlo -y el europeo lejano o latino. Esto dicho así libremente es quizá muy fácil de decirlo ahora, pero no fue así siempre. Y precisamente por eso es que siempre me sorprendió que desde un principio Häberle tuviese tan presente esta realidad, pues no de otra manera me explico como así me acogió con tanta generosidad desde que lo conocí y como hemos mantenido una sincera amistad a través de los años, que ahora voy a enumerar solo en sus aspectos iniciales.

Como digo en el título, conocí al maestro Häberle hace veinticinco años, en el verano de 1992. El lugar de encuentro no pudo ser más propicio. Fue en La Rábida, dentro de la Universidad que lleva su nombre, en una residencia universitaria junto al famoso convento franciscano que albergó a Cristóbal Colon antes de su partida al Nuevo Mundo. Anfitrión del evento, pequeño pero significativo fue Pedro Cruz Villalón, entonces profesor de la Universidad de Sevilla a quien había conocido como Letrado del Tribunal Constitucional y quien más tarde sería magistrado de dicho Tribunal y posteriormente su presidente. Por esas cosas del destino, nuestro encuentro fue casual. El segundo día que llegué, salí temprano de mi dormitorio para ir a tomar desayuno y justo al frente, pequeño pasillo de por medio, estaba alojado el prof. Häberle quien salía a la misma hora y con el mismo destino. Con esa humildad que lo caracteriza, me hizo un

pequeño saludo que contesté de inmediato y nos pusimos a conversar de todo, al principio muy tímidamente de mi parte, pero él me dio pronta cabida. Se interesó, hasta donde recuerdo, por el Perú y por la América Latina. Su entusiasmo al hablar, su interés por todo lo nuestro, despertó mi curiosidad y de ahí nació una amistad nunca interrumpida. Y esto ha durado hasta el presente. Me jacto de haber sido el primer contacto y el primer difusor que tuvo este ilustre maestro en nuestra América Latina – o en todo caso de los primeros – pues como yo ya estaba enrolado en la comunidad constitucional latinoamericana desde años atrás, me fue muy fácil hacerlo. De hecho, Häberle no ha perdido ocasión para hacer varios viajes a nuestros países: Perú, Argentina, México y Brasil. En lo referente al Perú hemos traducido y publicado varios de sus ensayos en revistas especializadas y un total de cinco libros, entre ellos el primero que apareció en idioma español en nuestra América en 1997. Debo llamar la atención sobre todo por los siguientes: lo primero es su obra sobre “El Estado constitucional”, que es si se quiere una síntesis de su pensamiento o un breviario del pensamiento häberliano, traducido con mucho esmero en México por Héctor Fix-Fierro, a cargo del prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) del que logré la autorización para ser reimpreso en Lima a cargo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Y luego, con una nueva presentación del autor, salió una nueva edición en Buenos Aires a cargo de la prestigiosa Editorial Astrea.

Lo segundo es una obra que siendo materialmente mía en realidad es intelectualmente de Häberle. Y permítanme explicar esto: con el apoyo de César Landa y otros profesores del área, obtuvimos el doctorado “honoris causa” para nuestro colega y eso motivó que viajase a Lima especialmente en el 2004, en donde lo atendimos de la mejor manera. Siempre me recuerda que una de las cosas que más le encantó, fue ver que nuestra ciudad capital estaba al costado del mar, es decir, a 10 o 20 metros sobre el nivel del mar y no a la distancia y muy lejos como es el caso de otras capitales importantes (como México y Bogotá). Si bien Lima, fundada con el nombre de Ciudad de los Reyes en enero de 1535 no fue la primera capital del Perú sino la segunda: la primera fue Jauja, situada en un hermoso valle andino de la sierra central que tuvo que ser abandonada a causa de las rebeliones indígenas que amenazaron gravemente a los conquistadores españoles. Pues bien, en esa oportunidad, revisé todas o casi todas las

revistas españolas con artículos traducidos de Häberle y con esa lista y con la anuencia del autor y de los traductores, los reuní en un libro al que dí por título “Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar”, sugerencia de Joaquín Brage quien además preparó un magnifico estudio preliminar. Es el caso raro de un libro que es mío pero que pertenece al prof. Häberle; o sea que yo preparé pero que en realidad no es mío. Debo confesar que durante un tiempo pensé que “crear” un libro así fue una audacia mía, pero después me convencieron que esa apreciación no era acertada. Nuestro libro, publicado en Lima fue traducido al portugués y publicado en el Brasil por la Editorial Saraiva en 2012, tal cual, al que solo se añadió una nota liminar de Gilmer Mendes. Y si lo hizo tan eminente colega brasileño, era porque consideró que la obra hecha en Lima era buena; de no serlo no hubiera procedido así.

Y esto por cierto no es todo. En estos años han pasado muchas cosas. Su producción se ha incrementado y también las traducciones, sus viajes y sus relaciones con el exterior. Y hoy lo vemos entero, pletórico y sobre todo siempre actual y con ese encanto que le es tan peculiar. Es una de las satisfacciones que se tienen en la vida académica y por ello debemos estar agradecidos.

Granada-Lima, mayo de 2017.

NECROLÓGICA

CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA (1916-2017)

PILAR DEL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Julio César Ortíz

Carlos Restrepo Piedrahita fue desde siempre un hombre sin treguas y sin pausas; exigente con su disciplina personal y con las de sus allegados. Estricto con todo lo que debía atender y celoso guardián de la moral ciudadana, de la ética pública y de los valores republicanos con los que se identificó desde su juventud revolucionaria como son los de la igualdad real y las libertades radicales.

Fue un hombre libre desatado de lazos y anclajes materiales, pues forjó su propia vida con esfuerzo y compromiso por sus ideas y por el cultivo de su personalidad distante de tuteladas religiosas, sociales y familiares.

Se decía de él que tenía por virtud el cultivo diario de una constitución rígida insustituible. Anotaba y ordenaba toda noticia política, construyó con sus manos la memoria de los acontecimientos políticos relacionados con la materia de su atención y logró formar la mejor biblioteca privada de derecho público de Colombia que hoy hace parte del centro de estudios constitucionales que lleva su nombre bajo el amparo y cuidado del Externado de Colombia. Fue conocido entre los estudiosos del derecho Constitucional colombiano como el último de los radicales; estudioso y ferviente promotor del radicalismo liberal y del federalismo heredados

de la constitución de los Estados Unidos de Colombia que rigió desde 1863 hasta 1886.

Encontró en el Externado de Colombia el ámbito propicio para acabar y completar su formación de jurista y para la formación de jóvenes juristas y de futuros profesores, magistrados y hombres públicos; fue su rector y uno de los más destacados profesores de esta institución académica donde anidan y crecen las ideas de la tolerancia, el respeto por los valores ajenos, por la vida privada y por la intimidad de los demás. Cultor de la ética republicana muy distante de las limitaciones que impone el confesionalismo conservados y clerical, pero exigente guardián de la ética por lo público y de los valores del humanismo positivista y de la nacionalidad colombiana.

Admirador y estudioso del pensamiento liberal de Francisco de Paula Santander y crítico sustancial del itinerario ideológico y militar y de la obra política de Bolívar, Carlos Restrepo tomó partido por las ideas republicanas del constitucionalismo liberal de aquel y demostró la existencia de elementos y sustancias no republicanas y autoritarias del pensamiento político de éste que se reflejaban directamente en textos que se prepararon bajo sus instrucciones como ocurrió con el proyecto de constitución para Bolivia que incluían instituciones como la presidencia vitalicia, el senado hereditario y poderes de censura y control sin elección popular. Fue un gran colombiano amante de su Nación y contrario a toda forma de centralismo político y territorial como quiera que siempre expresó que aquella materia es un de las tareas pendientes en la agenda política de los colombianos.

Fue presidente de la sección colombiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y animador principal de sus actividades académicas durante varios años hasta que se retiró de toda actividad fuera de su país. Como dijo Diego Valades, Carlos Restrepo fue un gran constitucionalista y uno de sus pilares, pues recorrió toda América del sur, México y toda Europa; conoció y trajo serias relaciones académicas y docentes con Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Domingo García Belaunde, Jorge Madrazo Humberto Nogueira Alcalá, Alfonso da Silva, Jorge Vanossi, Pedro de Vega, Giuseppe de Vergotinni, Roversi Mónaco y Allan Brewer Carias entre muchos otros constitucionalistas de Europa y América. Con ellos organizó y participó en decenas de encuentros, coloquios, seminarios y congresos en los que brilló con sus ponencias y discursos y reflexiones como el inolvidable coloquio sobre justicia constitucional de Sochagota en 1977. Espléndido organizador y anfitrión puso en alto el nombre de su

país y de su universidad dando prestigio y lustre de lo que allí se hacia abajo la dirección de Fernando Hinestrosa.

Fue el promotor de la introducción de varias de las instituciones constitucionales que luego se hicieron realidad en Colombia gracias a sus aportes como son la creación de la Corte Constitucional, la modificación del régimen de control y de justicia constitucional, la defensoría del pueblo y las facultades extraordinarias. Queda de él su propuesta por diseñar y restablecer un nuevo federalismo y el desarrollo de las autonomías territoriales y locales en Colombia

Estudioso del presidencialismo latinoamericano y en especial de lo que llamó el presidencialismo en Colombia y de sus expresiones barrocas. Dedicó buena parte de su vida a la defensa de la filosofía liberal, a la lucha contra los autoritarismos y a desnudar los fanatismos religiosos que aun encuentran arraigo entre nosotros.

Como un verdadero hombre de Estado, Carlos Restrepo Piedrahita fue embajador, senador, consejero de estado, rector universitario, periodista y profesor emérito y formador y forjador de varias generaciones de profesores de derecho constitucional. Viajero impenitente, melómano consumado, practicó la jardinería y la observación de la naturaleza en largos recorridos a pie en Colombia, Rusia, Alemania e Italia. Exquisito cultor del derecho constitucional general, colombiano y comparado profundizó como el mejor en la disciplina de la historia del derecho constitucional y de las instituciones políticas. Fue llamado el Mommsen colombiano pues rescató del olvido los más importantes documentos constitucionales nacionales y de las provincias colombianas en el proceso de consolidación de las normas constitucionales y se consolidó como un verdadero arqueólogo del constitucionalismo; además estudió la obra y la vida de todos los constitucionalistas y de los constituyentes colombianos del siglo XIX.

Con muy pocos amigos íntimos, distante, erguido y riguroso en el vestir y en los modales, salvo el conocido e intenso periplo vital conjunto con Fernando Hinestrosa, Restrepo Piedrahita fue depositario de la confianza política, del afecto, el respeto y aprecio institucional de todos los ex presidentes colombianos del partido liberal quienes confiaron en él las más serias responsabilidades en la configuración y en la reforma de las instituciones constitucionales. También fue el director de jardinería y de bosques de bello recinto del Externado de Colombia anclado en los riscos

y cerros del centro de Bogotá y conocedor profundo de la verde sabana que rodea la capital de la república.

Su itinerario vital desde su oriunda Manizales, pasando por sus primera juventud en el municipio de Calarcá y el exilio político en el Ecuador, siempre despertó entre todos sus relacionados impresiones de pleno conocimiento de aquello de lo que hablaba y de la plena convicción intelectual e ideológica con la que argumentaba. Amigo y colaborador de Jorge Eliécer Gaitán recorrió grandes partes del país acompañando al caudillo liberal y se aprestó a pronunciarse por el levantamiento popular ante su asesinato el día más violento y doloroso en Colombia conocido como el Bogotazo el 9 de abril de 1948. Cultor de las más finas artes del espíritu como la música y la literatura universal fue conocedor de la obra de Federico Nietzsche y de Nicolás Macchiavello sobre quienes escribió varios trabajos reveladores de su erudición y apasionada vocación intelectual. Varias veces recorrió en el otoño Alemania y Austria por sus grandes ríos y disfrutaba de sus apacibles cruceros, conoció intensamente la New York en la preguerra y disfrutó con alegría siempre juvenil de sus viajes internacionales desde que conoció la Rusia comunista.

Hasta ahora es el más conocido y respetado de los constitucionalistas colombianos del Siglo XX, pues fue en todos los escenarios que ocupó, un hombre universal, erudito y poliglota; desde sus inicios universitarios se destacó como un riguroso investigador del derecho constitucional y de la filosofía política europea, que llegó a convertirse en un erudito profesor, exigente, trabajador incansable, hombre bien puesto y elegante, conversador delicado, implacable crítico del conservadurismo y del autoritarismo político.

Fino diplomático que supo convocar en su entorno en Roma y en Colombia la presencia de los más importantes constitucionalistas iberoamericanos e italianos y de realizar foros, encuentros, coloquios y congresos de derechos constitucional entre quienes dejó la huella de su personalidad exquisita y de su muy fino gusto y sensibilidad estética. Difundió como profesor y académico la disciplina del derecho constitucional por varias regiones del país, que recorría encantado lleno de admiración por nuestra geografía, su música y vegetación.

DOCUMENTOS

DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

Lección inaugural dictada en la Facultad de Ciencias Políticas por el doctor José Matías Manzanilla, Profesor Titular de Economía Política y encargado del curso de Derecho Constitucional⁽¹⁾

Objeto y definición del Derecho Constitucional. - Origen y tendencias de las instituciones políticas.- Plan del curso.

El curso de que es profesor titular nuestro eminente maestro el Dr. Luis Felipe Villarán y que yo dictaré este año, recibe, generalmente, el impropio nombre de Derecho Constitucional. Habría más exactitud en denominarlo Ciencia Política, o con más modestia, Derecho Político, pues así como a la ciencia que estudia la penalidad, se la llama Derecho Penal, y a la que estudia el proceso económico, Ciencia Económica, es propio designar al conjunto de teorías sobre el fenómeno político, con el nombre de Ciencia Política. La denominación de Derecho Constitucional, sugeriría la idea de un horizonte estrecho si no sugiriese la de un horizonte falso. Podría creerse que todo el fenómeno político de un país se reduce a su Constitución y que las tendencias generales del desarrollo y de la influencia de los fenómenos políticos y de la concepción integral de los mismos, pueden encontrarse, limitándose a analizar las constituciones de los diversos países y el cuadro comparativo de ellas. Evidentemente,

(*) Publicado en "Revista Universitaria", Primer Semestre, vol. I, 1907. (Editada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

(1) La lección ha sido tomada estenográficamente por el señor Estanislao Peña, jefe de taquígrafos de la Cámara de Diputados y por el señor Julio Moloche, taquígrafo principal de la misma.

el régimen institucional o la ley, es el gran factor político; pero si la ley refleja unas veces las costumbres y la opinión pública, y otras, las inspira, hay necesidad del análisis de los fenómenos políticos en su amplitud más comprensiva, con todas las influencias que los producen y los desenvuelven. Además, es indispensable considerarlos no solo desde el punto de vista de la ley, de la opinión pública, o sea, de los conceptos ambientes en el medio social, y de las costumbres, o sea, de los conceptos tradicionales; sino desde el punto de vista de su influencia educativa sobre los ciudadanos, pues la educación cívica es elemento preponderante en el fenómeno político y esta clase de fenómenos, repercute, con eco sonoro y profundo, en la cultura de las masas populares.

¿Cuál es el objeto del Derecho Político? O, hablando el lenguaje de los programas universitarios ¿cuál es el objeto del Derecho Constitucional? Su objeto es demarcar el campo legítimo de la acción de la autoridad y de la libertad. Desarrollándose el fenómeno político bajo esta doble faz, el curso de Derecho Constitucional ofrece dos grandes capítulos, a saber: organización de la autoridad, o sea, los Poderes Públicos; y organización de la libertad en todas sus manifestaciones, o lo que es lo mismo, la declaratoria de los derechos individuales.

Con estos dos conceptos, es fácil definir el Derecho Constitucional diciendo que es la ciencia que estudia la organización de los Poderes Públicos y de las garantías que fundamentalmente ha de otorgarse a los derechos individuales.

El problema de organizar los Poderes Públicos, es de importancia enorme y sin embargo, su solución no constituye el fin primordial de la Ciencia Política. El es el estudio de las formas más eficaces para garantizar el Derecho, para desarrollar la actividad libre del hombre y para establecer los límites entre la autoridad y la libertad. ¿Hasta qué punto puede desenvolverse el individuo en el ejercicio de sus derechos? ¿Cuáles son estos derechos? ¿Cuáles limitaciones deben soportar para mantener el equilibrio entre ellos? ¿A nombre de qué altísimo interés social se limita el derecho de los individuos? ¿Cuál es la carta de legitimidad de este interés social? ¿En dónde ha de intervenir la autoridad y en donde ha de abstenerse? He ahí materias que en la teoría constitucional y en su aplicación positiva son distintas a las cuestiones sobre la forma de gobierno, ya republicana, ya monárquica; sobre la república unitaria o federativa y sobre la existencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

¿Qué origen tiene la ciencia del Derecho Constitucional? ¿Es legado de las antiguas épocas? ¿Es una construcción de hace dos mil años? ¿Presenta la fuerza de la existencia tradicional y veinte veces secular, del Derecho Civil, por ejemplo?

Su origen más remoto y su fuente primitiva están en la Carta Magna y en el Bill de los Derechos, de Inglaterra. Ambos actos forjaron materiales importantes para el Derecho Político, cuyos ensayos de sistematización científica pertenecen al espíritu filosófico del siglo XVIII, a Montesquieu, Blackstone, Rousseau y quizá a Voltaire, que esparcieron en la intelectualidad francesa los gérmenes de las renovaciones jurídicas y sociales para abolir el absolutismo y el poder real y edificar la vida política sobre las bases de la soberanía popular, de la libertad, de la democracia y de la igualdad. Es no solo el genio francés inspirado en las instituciones inglesas, es, también el genio yankee con Hamilton, Jay, Franklin y Madison que aporta su contribución a la teoría del régimen institucional americano, constituyendo él, conjuntamente con los conceptos fundamentales de la Revolución Francesa, el núcleo del Derecho Político, cuyas indestructibles bases gravitan sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y sobre la Constitución de los Estados Únicos de Norte América.

La Declaración de los Derechos del Hombre, proclamó la soberanía popular. Este principio de tanto volumen, rico en postulados y en consecuencias, es suficiente por sí solo para explicar el desarrollo de la vida política contemporánea. En segundo lugar, en la Declaración de los Derechos del Hombre, hubo el reconocimiento metódico y completo de la libertad humana, desde el mundo del trabajo hasta el mundo de la conciencia. En tercer término, la independencia de los Poderes Públicos fue sancionada en la Declaración de los Derechos del Hombre. Y por último, echando sobre ella una mirada de conjunto, aparece con el valor de un texto, de una estructura orgánica de los principios y de las reglas políticas, en suma, con todos los caracteres de una constitución escrita.

Estos principios de la soberanía popular, de los derechos individuales, de la separación de los poderes y de la existencia de las constituciones escritas, son los fundamentos de todas las instituciones libres, ya se las considere abstractamente, ya se las aprecie desde el punto de vista de los hechos mismos; porque toda la vida política descansa en la certidumbre de la soberanía del pueblo, de la independencia de los Poderes Públicos, del respeto al derecho y de la perpetuidad de las reglas

escritas que delimitan el campo de acción de los gobiernos y del libre juego de las actividades humanas.

La ciencia y las instituciones políticas, reposan, además, en la existencia de un presidente de la República, de un Poder Ejecutivo con un solo jefe. Esta idea no es francesa, es norteamericana. La concepción de un Poder Ejecutivo bajo la presidencia de una sola persona, es la antítesis de la concepción de los convencionales y los constituyentes franceses. La Constituyente y la Convención creían que establecer la presidencia de la República era restaurar, con disimulo e hipocresía, el poder real que se acababa de destruir. Por eso entregaron el Poder Ejecutivo a las comisiones pluripersonales, al Directorio y al Consulado. Fue en los Estados Unidos donde se creó la institución de la presidencia, que hay necesidad de unir a los cuatro principios franceses.

Nos encontramos, entonces, con que el origen de todas las constituciones y el origen de la Ciencia Política, se remontan a ciertas conquistas legales y consuetudinarias de Inglaterra; en seguida, al espíritu crítico que iniciado por los enciclopedistas y ampliado en las direcciones jurídicas por Montesquieu, demolió conceptos tradicionales sobre el Poder Público y el Derecho, y por último, de modo más concreto, con la fuerza más sugestiva e imperativa, aparecen como las fuentes de la Ciencia y de las instituciones políticas, la Declaración de los Derechos del Hombre y la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte.

Después de ambos acontecimientos, es incesante el desarrollo de las instituciones legales en el sentido de la libertad, de la igualdad, de la democracia, de la laicalización y de su paralelismo con el estado de las costumbres y de la conciencia pública, acreditándose experimentalmente el carácter progresivo de las instituciones políticas y su virtud de adaptación para desenvolverse bajo la influencia de las necesidades y del medio social. El primero de esos progresos políticos, consiste en la aparición de la ley. Toda constitución, toda garantía escrita del derecho, aunque imperfecta e incompleta, es en sí un progreso. Buena o mala, la existencia de la regla limita la arbitrariedad del Poder. Constituir regímenes políticos sujetos a la ley, es aplicar a las relaciones públicas el concepto jurídico de la vida civil. El comodato y el mutuo, las servidumbres, los pequeños contratos, las querellas de unos con otros propietarios, tenían reglas y sanciones legales; pero las relaciones de los hombres con los Poderes Públicos, la libertad, en suma, dependía del capricho de los gobernantes.

En nuestra época, ya no acontece tal cosa. Las fórmulas escritas, son límites y garantías del derecho, a salvo ya de taxativas arbitrarias y dependiendo solo de una entidad impersonal y protectora: la ley. Si ella es condición del progreso político, todas las reivindicaciones han de presentarse con el criterio del relativismo y de la oportunidad, para obtener la conquista inmediata de bases legales, bajo el beneficio de reservar al porvenir el triunfo completo del ideal.

Creadas las instituciones por obra de la ley, tienden a perfeccionarse, dando al libre ejercicio de los derechos individuales la mayor amplitud y las mejores garantías. Pero, las instituciones, además de consolidar la libertad, se orientan a la igualdad. Desde el histórico ejemplo de los señores feudales desprendiéndose de los privilegios de la nobleza, hasta los ejemplos recientes de los monarcas que abdican omnímodas prerrogativas, hay un himno a la igualdad de los hombres.

Mas los progresos de la igualdad, nunca son, en el hecho, tan fecundos ni tan extensos como lo son intencionalmente. El proceso evolutivo de nivelación es lento, por los conflictos aparentes entre la libertad y la igualdad y porque toda ley es más eficaz para garantizar el ejercicio libre del derecho que para nivelar las diversas condiciones humanas, que influyen, de modo intenso, aunque oculto, en el aprovechamiento efectivo de la igualdad jurídica. No obstante, la anterior reflexión, las instituciones contemporáneas tienden a disminuir las desigualdades provenientes de causas físicas, de factores sociales y de causas económicas y a eliminar ciertas formas de explotación y de miseria. Las instituciones, en la hora presente, se orientan, por fortuna, a la igualdad, sin sacrificio real de la libertad; y renunciando al oficio de instrumento de conservación social, que conduciría a mantener injusticias existentes, se convierten en instrumento de renovación social para destruir algunas profundas y artificiales desigualdades humanas, susceptibles de frustrar la amplia realización de la igualdad ante la ley.

Los progresos políticos resultan no solo de un régimen obediente a la ley, igualitario y libre, sino del equilibrio social ligado siempre a la concordia entre todas las clases sociales, al resguardo del depósito de los supremos intereses colectivos y al ensayo de su conciliación con los derechos individuales.

Pues bien, las instituciones políticas, consideradas en la sistematización de sus ideas y en sus efectos, conservan el equilibrio de los intereses y de los derechos, sin que haya perturbaciones a consecuencia de movimientos oscilatorios, producto o síntoma de evoluciones orgánicas que se cumplen en el período actual de la sociedad.

Además de garantizar la libertad, de tender a la igualdad y de conservar el equilibrio social, las instituciones actuales son democráticas, eminentemente democráticas, porque dan al pueblo una participación cada día más extensa en las funciones públicas. El control creciente de la opinión en los negocios del Estado, el predominio de la prensa, la enseñanza popular, el derecho de asociarse, el sufragio y en fin, la libertad y la igualdad; conducen inevitablemente a consolidar y universalizar la democracia. No es concebible una institución sin vistas democráticas. La Duma Rusa las tiene. El hecho de convocarla, es ya el voto del Zar a favor del derecho del pueblo a intervenir, aunque en esfera reducida, en la vida política. No se concebiría la reunión de la Duma para confirmar la autocracia, ni para restablecer la servidumbre o para desoír los anhelos populares.

Por último, el régimen legal es laico. La política no se confunde ya con la religión, ni el derecho con el dogma habiéndose independizado el criterio jurídico del sentido de lo sobrenatural, base de las religiones. Todas las instituciones son laicas, con excepción de las que subsisten como rezago de pasados tiempos. Por un fenómeno de supervivencia, algunas instituciones permanecen como hechos, pero si se extinguen no dejan el temor de una restauración posible.

Por otra parte, las instituciones son elementos de educación y de opinión. El texto cívico, las reglas constitucionales, forman opinión y educan; y recíprocamente, una y otra preparan o afianzan el imperio de instituciones progresivas, produciéndose así, la interdependencia de la vida política con el medio social; y de la conciencia y de la educación pública con la bondad de los gobiernos y de las leyes.

Los progresos institucionales y del régimen de opinión que son evidentes, tienen en las costumbres la única sólida garantía. Ellos, no obstante, de conservar su sentido teórico, carecen de realidad positiva y no contribuyen al bienestar de los pueblos cuando los ciudadanos están desprovistos de virtudes políticas. La educación, la opinión y las costumbres de sinceridad y acatamiento a la soberanía del país, constituyen las

condiciones del desarrollo progresivo del poder civil sobre las iglesias de las diversas religiones, y del de la democracia, la libertad y la igualdad sobre las infinitas formas del despotismo y de la oligarquía.

¿Cuál es el método de exposición del curso? Las primeras explicaciones versarán sobre las teorías de la soberanía de la Nación, del Estado y de las reglas constitucionales escritas, a fin de establecer en este estudio preliminar puntos de referencia y de criterio para la discusión de los problemas de la Ciencia Política.

La soberanía popular aparece con el rigor de las certidumbres científicas y de las verdaderas experimentales, pues durante más de un siglo ha suministrado la prueba de su bondad. La doctrina de la soberanía comprende el estudio de sus limitaciones por razón de los derechos individuales; el estudio del mandato, única forma posible de su provechoso ejercicio; el estudio de la elección, el de la responsabilidad y revocabilidad de los mandatarios; el estudio del derecho de insurrección y del de referéndum; y en fin, el de la opinión pública, guía y estímulo de los gobernantes y control que los pueblos ejercen sobre ellos.

Como la soberanía reside en la nación, hay que fijar el concepto de nacionalidad, el concepto de nacional y el de las consecuencias de la naturalización, medio empleado por los extranjeros para convertirse en nacionales. Se verá en la nación un grupo humano, suficientemente coherente y numeroso, radicado de modo estable en un territorio, con la común aspiración a vivir bajo la misma autoridad y las mismas leyes, sin que existan de modo indispensable los lazos de la raza, de idioma o de la religión. En este mismo capítulo sobre la nacionalidad, hay lugar para desenvolver los fundamentos científicos que, coincidiendo con las expectativas de los pueblos de América, imponen la necesidad de unir el carácter de nacional al hecho del nacimiento y de conceder a la naturalización la eficacia de capacitar al ejercicio de los derechos políticos, salvo al de las funciones de Jefe de Estado.

La idea de nacionalidad, conduce suavemente a la de Estado. A la concepción funesta del Estado ideal con los atributos de la universalidad y de la perpetuidad, limitado a garantizar el derecho, es urgente oponer, con los datos de la historia y de las actuales condiciones del mundo, la teoría de que el Estado es siempre apto para modificar sus tendencias y su impulso, inspirándose en las necesidades sociales, para convertirse él, que

es un aparato de coerción y de conservación, en instrumento de libertad y en expansivo agente del progreso.

Es preciso determinar, además, el valor y contenido de las constituciones. Desde luego, han de declarar todos los derechos: Ese es el gran ejemplo francés. Es, también, el de los EE.UU., que por el acta adicional de 1791, completaron la Constitución de 1787, en donde no aparece la declaratoria de los derechos individuales. Pero, la declaración no sería suficiente. Hay necesidad de garantizar esos derechos. La libertad y la igualdad, por ejemplo, como dogmas jurídicos y concepciones abstractas, carecerían de eficacia si los textos constitucionales las reconocieran sin señalar los medios de garantizarlas. El sentido y la forma de organizar las garantías, concretan y dan realidad a la declaración de los derechos.

En el orden de la protección legal, corresponde la preferencia a la igualdad, base de todo régimen jurídico. El Derecho Constitucional la proclama y condena todos los actos del Legislador o de los gobiernos, que tiendan, franca o disimuladamente, a constituir o a agravar desigualdades económicas y sociales, incompatibles, cuando son muy acentuadas, con los principios escritos sobre la igualdad política y la civil.

Para el desarrollo de la doctrina sobre las garantías, es preferible prescindir de clasificaciones inútiles y de ciertas dominaciones pomposas y retóricas, que pertenecen más a la tribuna parlamentaria que a la cátedra. Thiers llamaba a los derechos individuales, las libertades necesarias y Castelar, derechos ilegislables, frases llenas de sonoridad y de pompa, pero que adolecen, especialmente la última, de grave inexactitud.

La primera manifestación de los derechos individuales es la seguridad personal. Ella comprende el derecho al juzgamiento por juez competente; el de no sufrir penas arbitrarias o establecidas con posterioridad al delito; el de no estar expuesto a detenciones preventivas, sino en los casos y con las formalidades legales; el de la inviolabilidad del hogar y el de residencia y traslación. Pero éstas, no son las únicas manifestaciones de la libertad. La religión, la prensa, el trabajo, la propiedad, la enseñanza, la asociación, constituyen también grandes fines de la vida jurídica. El Derecho Constitucional posee ya sobre estas cuestiones algunas verdades definitivamente adquiridas; pero se encuentran aun puntos conjeturales que ulteriores observaciones contribuirán a aclarar y resolver. Así, verbigracia, es indispensable erigir en regla incontrovertible la libertad religiosa; pero no

puede admitirse sin beneficio de inventario, la célebre fórmula “la Iglesia libre en el Estado libre”. La diferencia entre ambas soluciones, es fácil de explicar. La libertad religiosa, es el acatamiento a la conciencia humana, sean cuales fueren los tiempos y las circunstancias. Las relaciones del Estado y de la Iglesia, constituyen, antes que regla jurídica, un problema político, de solución concreta, desde el punto de vista de las condiciones de cada país. La prensa, debe ser libre de censura, de depósito previo y de toda medida preventiva. No existe para el periodista ni para nadie el delito de opinión. He ahí una verdad adquirida. ¿Produce acaso la misma evidencia la teoría sobre la responsabilidad y el juzgamiento de los delitos de imprenta? Se ensaya aún, con constante indecisión, si el editor es o no responsable solidariamente con el autor, y la forma de juzgar con eficacia las injurias y calumnias vertidas por la prensa.

Cuanto a la propiedad, que es una de las bases de la organización social, el fenómeno político se subordina al concepto económico. La propiedad privada o quiritaria, con los rasgos de individual y perpetua, más el derecho de usar y de abusar, subsiste porque es útil, y desaparecerá cuando deje de serlo. Es, sencillamente, una categoría histórica. Bajo el mismo aspecto de relativismo, considera el Derecho político el fenómeno de la propiedad.

No es más rígida la conclusión acerca del trabajo, cuyo sistema de garantías sufre la influencia de las incesantes transformaciones industriales y mentales del mundo. Unas y otras determinan la incorporación de la libertad de trabajo en el número de las verdades políticas, pero no como fórmula de valor abstracto, no como una entelequia, sino como regla de vida, susceptible de contribuir al bienestar humano, conciliando el desarrollo de la actividad económica con la existencia de garantías protectoras, que impidan desastrosas expoliaciones.

La controversia sobre la extensión y el sentido de los derechos individuales, termina con los capítulos sobre la enseñanza y la asociación. En ambas materias, el Derecho Político revisa antiguas soluciones y vacila en la obra de rehacerlas. No es sorprendente tal estado de la teoría política. En fenómenos complejos por excelencia, que se encuentran en el período de rápido desarrollo, son inevitables los tanteos y las incertidumbres antes de construir la regla del equilibrio entre el interés social y la autonomía de los individuos.

Los problemas concernientes a la organización del Poder Público, tienen fronteras más movibles y soluciones más relativas; movilidad y relatividad provenientes del fin mismo de su existencia. Si el Estado es órgano del derecho y uno de los órganos de los progresos sociales, la forma de gobierno y la estructura de los Poderes Públicos, quedan subordinadas a la necesidad de servir a esas funciones. El derecho, el progreso, el bienestar, en suma, son el objetivo. Las formas de gobierno representan mecanismos para alcanzarlo. Se trata, verbigracia, de la forma republicana. ¿Puede decirse, con la última evidencia, que la República federativa es superior o inferior a la República unitaria? Frecuentemente se sostiene la superioridad de la forma federal, desde el punto de vista teórico. Sin embargo, hay otra conclusión, con aspecto más científico, a saber: que la forma unitaria no es superior ni inferior a la forma federativa; que la federación ha hecho su ensayo y dado la prueba de su bondad en EE.UU. Y en Suiza, en donde encontró medio social propicio y antecedentes históricos que la imponían necesariamente; y que esa misma forma de gobierno, ha escollado en algunos países sudamericanos y ha sido en ellos una de las causas de la anarquía. ¿Es dogma, por ejemplo, si fuese permitido hablar de dogmas al ocuparse de la Ciencia, la dualidad de Cámaras? Aunque la mayoría de los textos constitucionales consagra el principio de la dualidad, existe el movimiento liberal inglés en contra de la Cámara de los Lores; existe el movimiento plebiscitario francés a favor de la Cámara única; existe el Senado en España e Italia, sin participación efectiva en la vida política; y, en fin, existe la propaganda tenaz para elegir el Senado de la Unión Americana por el voto directo del pueblo y no por la legislatura de cada Estado, y obtener así, la modificación del Poder Legislativo. Y ¿Qué decir de la inamovilidad de los jueces? ¿Afirmarla? ¿Contradecirla? Las divergencias son profundas en problema que no es de detalle, como que se refiere a la organización misma del Poder Judicial. Pues bien, si se quisiera imitar al diputado aquel de la Convención Francesa, que escribía dos discursos, uno en pro y otro en contra, para pronunciar ya el uno, ya el otro, según las fluctuaciones de la mayoría, podría prepararse la defensa de la amovilidad de los jueces y formular, también, la réplica para concluir sosteniendo la magistratura inamovible.

Los anteriores ejemplos conducen a considerar el Derecho Político como ciencia en el período de elaboración y de rectificación sobre la base

suministrada por las experiencias legislativas, por el pensamiento de los estadistas y por el producto de los factores sociales.

En el capítulo sobre los Poderes Públicos, la cuestión preliminar del sufragio presenta el análisis de las diversas formas de su ejercicio y de la capacidad del elector. Presenta, también, el análisis de la influencia de las leyes positivas, de la cultura pública, del carácter nacional, de la acción de los partidos y de los jefes y juntas directivas de los mismos sobre el régimen electoral. El estudio del sufragio es, además, ocasión para determinar el carácter y las tendencias de los partidos contemporáneos; el valor de sus programas, el significado de las abstenciones temporales o sistemáticas; y la necesidad y límites de la disciplina política.

Después del sufragio, hay que considerar las doctrinas sobre la forma de gobierno y la organización de los Poderes Públicos. Aparece entre ellas, en primer término, el Poder Legislativo bajo la forma unicameral o bicameral, desempeñando funciones propiamente legislativas, funciones económicas y políticas. Las funciones legislativas comprenden todos los procedimientos para expedir la ley. Al tratar de las funciones económicas, ha de determinar el rol de los congresos en los impuestos, en el crédito público, en el presupuesto y en la gestión financiera de los gobiernos. El estudio de las funciones políticas, ofrece oportunidad para conocer todas las medidas de control y de crítica de los parlamentos, sobre el Poder Ejecutivo, sin olvidar las órdenes del día, las interpelaciones, los votos de indemnidad, los votos de censura, las abstenciones para votar o discutir, las grandes investigaciones parlamentarias, las acusaciones y la desaprobación de las iniciativas o de los actos sobre los que el Gabinete haya propuesto la cuestión de confianza. La teoría sobre las funciones de los congresos se completa con las ideas acerca de los deberes disciplinarios de las mayorías, del rol de las oposiciones y de su efectiva importancia. Hay, además, entre otras interesantes materias, las concernientes a la elegibilidad, a la renovación total o parcial, a la duración del mandato, a las incompatibilidades e inmunidades, a la forma de resolver los disensos entre las Cámaras, y a las autorizaciones conferidas al Poder Ejecutivo.

La teoría sobre este Poder Público, es tan vasta como la teoría sobre el Parlamento, pues comprende, principalmente, la unidad de él; sus funciones colegisladoras, a virtud de la promulgación y del veto; la facultad de reglamentar las leyes, las gestiones internacionales y financieras; su acción sobre la fuerza pública y el municipio, previo estudio de ambos

organismos; las responsabilidades presidencial y ministerial; y, en fin sus relaciones con el Congreso, debiendo discutirse en este momento, después de conocer todo el proceso político, la cuestión del parlamentarismo y del régimen representativo.

Las proposiciones últimas del curso, han de referirse a las bases orgánicas de la administración de justicia, a los distintos métodos seguidos para constituir el Poder Judicial, a las diversas formas que él puede revestir y a la influencia que, directa o indirectamente, ejerce en el orden institucional y en todos los fenómenos políticos.

Por supuesto que las lecciones sobre los derechos individuales y los Poderes Públicos, han de comprender referencias a la Constitución del Perú, al estado social de la época en que se dictó, a los precedentes parlamentarios que fijan su sentido, y a la necesidad de reformarla, bajo la inspiración de las ideas que la marcha progresiva del mundo esparce inevitablemente.

LAS IDEAS POLÍTICAS EN EL 900 (ESQUEMA DE UBICACIÓN)(*)

Valentín Paniagua C.

Partidos tradicionales: facciones y clanes de los grupos dominantes

Los partidos políticos en el Perú, hasta las primeras décadas del presente siglo, no representaron ideologías, intereses de clase o de sectores económicos o populares. Fueron, más bien, banderías, facciones o clanes surgidos en torno del apetito o de la sugestión de un caudillo. Los grupos dominantes de nuestra sociedad -militares, burócratas y hacendados- monopolizaron el juego político. Era natural pues, que salvo excepcionales eclosiones de violencia o de entusiasmo cívico, los partidos no tuvieran acento, arraigo ni vocación popular, y no pasaran de ser clubes establecidos en torno de importantes figuras nacionales o locales y en los que no había lugar ni tribuna para el pueblo.

Manuel González Prada inició el enjuiciamiento de los partidos tradicionales y el civilismo; exigió la creación de “partidos de ideas” que recogieran las aspiraciones y expresaran los intereses de los sectores oprimidos y sujetos a servidumbre; agitó, con éxito, el sentimiento de reivindicación social de las nacientes organizaciones artesanales y obreras

(*) Publicado en “Amauta”, órgano de circulación interna del Partido Demócrata Cristiano. año 1, núm 3, Lima 1968.

de fines del siglo pasado, y consiguió que los dominantes definieran, con nitidez, su pensamiento. Merced a él las fuerzas de renovación hallaron terreno fértil para la siembra ideológica.

Ruptura y condenación del pasado, afirmación liberal y republicana y creación de una nueva sociedad, son las tres estaciones de una breve pero fecunda etapa de evolución del pensamiento político peruano que arrancando en las postrimerías del siglo pasado concluye en las tres primeras décadas del presente. González Prada, Javier Prado Ugarteche y José Carlos Mariátegui son sus más esclarecidos abanderados. Aquel como precursor del cambio, Prado como el más firme y coherente defensor del orden establecido y Mariátegui como ideólogo de la revolución.

Tres etapas: tres mentalidades, tres actitudes

En el estudio de las ideas de este período pueden distinguirse tres etapas diferentes que representan más que un derrotero una perspectiva frente a la realidad nacional. Cada cual responde a una mentalidad, exhibe una actitud y tiene sus propios y hasta inconfundibles abanderados.

La primera etapa es la de la "ruptura con el pasado" - Belaunde la ha llamado la "desviación radical" mientras Mariátegui la consideraba como "el positivismo revolucionario"-. Es, en efecto, positivista tanto como iconoclasta y anarquista. A despecho de su intención política es más bien, pedagógica aunque no académica. Enseña y forma consciencias; estigmatiza pero no llega a reivindicar ni a castigar. Precursora del proceso de renovación no puede organizar una fuerza ni un movimiento popular. Su mensaje, a pesar de ello, es el más duradero: sus ecos han llegado hasta nosotros y siguen sugestionando a la juventud. No solo por la pasión sino por el tono dogmático, el brillo intelectual y la limpieza ejemplar de su más esclarecido abanderado: Manuel González Prada.

La segunda etapa es la de la "aproximación a la realidad". Es el "positivismo conservador" según Mariátegui; representa, para Basadre, el "sociologismo positivista" propiamente dicho. Belaunde ha querido identificarla con la hora de "afirmación nacional". Positivista como la primera aunque sin la pasión y la verdad de aquella, es igualmente académica más que política. Su dogmatismo se vierte en la afirmación así como se desencadenará en González Prada en la negación y en la condenación. Pretende consagrar verdades, probar tesis, hacer ciencia. La influencia

de su mensaje en la política peruana, ha sido definitiva, no tanto por su valor intrínseco cuanto porque coincidía y daba sustento racional a los privilegios de los grupos dominantes. Javier Prado fue su más brillante y esclarecido representante y se convirtió, a su hora, en el ideólogo de la derecha peruana.

La tercera etapa es la de la "interpretación de la realidad". Coincide con la "desviación marxista" de que se dolía tanto Belaunde. Es la más fecunda y sobrepasa, largamente, la inquietud marxista de la segunda y tercera décadas del presente siglo. Se halla en proceso de afirmación,

Las posiciones políticas o ideológicas dentro de esta etapa nacen, normalmente identificadas con una ideología y, a veces, con una filosofía. Su actitud es siempre política: revolucionaria, reformista o reaccionaria. En cualquier caso, es una actitud comprometida que se acerca a la realidad no en afán científico sino a la búsqueda de argumentos contra la sociedad tradicional o el sistema establecido.

No persigue solo una perspectiva frente al Perú sino un programa, un quehacer histórico que implica siempre compromiso vital, identificación y entrega. Nace con el indigenismo provinciano y descentralista, halla en José Carlos Mariátegui su primera estación para abrirse luego en un múltiple y aun no acabado proceso de identificación de la realidad nacional.

Manuel González Prada: el espíritu de ruptura con el pasado

El espíritu de ruptura con el pasado encarnó, con más autenticidad que en nadie, en Manuel González Prada. Condenó la Colonia, vituperó de la República, juzgó sumariamente, a los hombres del 79; denostó, sin misericordia, de la Iglesia y del clero, del Estado y de sus magistrados, de los conservadores y de "los revolucionarios", de los inmigrantes y, naturalmente, de los hacendados.

Agitador extraordinario, Manuel González Prada no quiso ni pudo ser tolerante. Poseído de su verdad vejó, con injusticia, pero anatemizó también con verdad. Fue a veces menudo en sus pasiones y otras tantas injusto pero supo alzarse siempre, por encima de sus desfallecimientos, para denunciar la injusticia y la insolente soberbia de los poderosos.

Lúcido y certero en el diagnóstico careció del talento del caudillo y nunca pudo organizar el fervor del pueblo que le acompañaba. Siempre,

sin embargo hizo docencia política: con su pensamiento y, sobretodo, con su conducta. Fue él quien reivindicó la palabra revolución para el cometido de la justicia, para la redención de los oprimidos y la subversión de los “desheredados” y así rescató el término hasta entonces promiscuado con todos los apetitos oportunistas, con el cuartelazo, con el motín o la asonada para convertirlo en el símbolo y en el derrotero obligado de quienes persiguen la justicia en el Perú.

La Alianza de los Trabajadores Manuales e Intelectuales

Consciente de que el proceso de cambio en el Perú, exigía la unión de las fuerzas oprimidas, proclamó la alianza “permanente” de los trabajadores manuales e intelectuales y alentó su organización y beligerancia.

Nuestros males -para él- tenían un doble origen: la ignorancia y la servidumbre. Aquélla hizo imposible el acierto en el gobernante, alentó el oportunismo y la picardía y negó a los desheredados consciencia cierta de su frustración. La servidumbre vejó al indio, permitió su explotación, engendró el servilismo de nuestras élites acostumbradas a la cortesanía en una sociedad gobernada por “burócratas, militares y hacendados”. Frente a estos males, Gonzáles Prada halla la solución en la “ciencia positiva” que “en un solo siglo de aplicaciones industriales produjo más bienes a la humanidad que milenios enteros de teología y metafísica”, reclama libertad para el indio que “forma el Perú verdadero”, exige, con pasión incomparable, educación y demanda la reivindicación de la tierra que le ha sido usurpada o negada porque “solo la propiedad cambia radical y prontamente la psicología del hombre”. “Escuela y pan” es su lema porque la cuestión del indio -y lo repetirían años después Mariátegui y Bustamante y Rivero- es económica y social antes que pedagógica. Es problema de dignidad y de subsistencia; más de dignidad y bienestar que de cultura.

La revolución será sangrienta

Escéptico frente a democracia de etiqueta y de simulación, no cree que del Gobierno o del Parlamento “nazca la felicidad de los desgraciados”. Es el indio -lo repetirá luego Mariátegui- quien debe conquistar su libertad. Más, hay que prepararlo “para la subversión”, “hay que predicarle orgullo y rebeldía”. Frente a la injusticia y la violencia no cabe más que violencia para que los desheredados conquisten, por la fuerza, el derecho que les ha sido negado. “La revolución es el único medio para

resolver la cuestión social” -afirma- y no podrá dejar de ser sangrienta porque “los monopolizadores difícilmente, concederán los beneficios de la justicia”. Por ello, los trabajadores deben organizarse, unirse, sindicalizarse para que, algún día puedan hacer “una gran huelga que ninguna cantidad de policías y soldados podrán detener”. Ganado por la pasión revolucionaria y parodiando a Marx, exclama entonces: “desheredados del Perú, uníos todos”.

La revolución: una evolución acelerada o el escape

Gonzáles Prada era un reformista, un progresista. No creía en una nueva y diferente sociedad a la liberal. Anhelaba un sistema demoliberal justo y equitativo, sin esclavos, sin servidumbre y sin insultantes diferencias. Quería una democracia auténtica, un juego limpio, con verdad y sin cubileteo electoral. La revolución, para él significaba, pues, “una evolución acelerada o el escape” del sistema vigente. Quería el acceso de los desheredados al ejercicio de la libertad, de la propiedad y al goce de la cultura; vencido por la desesperación postulaba, sin embargo, la acción directa del pueblo para la conquista y la reivindicación de sus derechos y creía firmemente en la posibilidad de una evolución acelerada de las estructuras sociales y económicas feudales merced a la difusión cultural y manejo de la cosa pública y privada.

Un precursor de la revolución

Gonzáles Prada ciertamente no buscó ni halló el camino de la redención social. Simbolizó la protesta -tan desvirtuada en estos tiempos- y el inconformismo. Quería una sociedad justa dentro de la verdad del sistema liberal. Su pasión, por eso, se identifica con la sincera devoción reformista de los nuevos tiempos: anhela corregir la sociedad vigente y no pretende crear una nueva sociedad. Conoció el marxismo en sus primeras horas y si no lo rechazó, recogió sus grandes lemas, su sentido de rebeldía y de protesta pero no adhirió jamás su programa ni se identificó con su inspiración. Estaba convencido que la ciencia, el progreso con un enérgico esfuerzo de corrección harían posible la justicia en nuestro país.

A despecho de ello, su esfuerzo ha trascendido a su tiempo y ha cumplido su misión a cabalidad: “flores y frutas nuevas” o siempre renovadas -siguen en el empeño que él iniciara.

La etapa del acercamiento a la realidad. Los “jóvenes maestros” y los “futuristas”

Cuando aun no se habían apagado los ecos de la voz de Gonzáles Prada y casi como respuesta a él y a la necesidad de hallar una justificación a la derrota del Pacífico, surgió un movimiento de afirmación nacional que encarnaría, precisamente, en un grupo de jóvenes ligados todos ellos, en forma directa o indirecta a la círculos tradicionales o a los responsables de las catástrofe. Eran los “jóvenes maestros” (Prado, Villarán, M.H. Cornejo) y los “futuristas o arielistas” es decir, la generación de 1905 (Riva Agüero, los García Calderón, Belaunde, Miró Quesada) Vinculados todos ellos a ilustres familias de la colonia todos eran también, con excepción de Villarán, Cornejo y Miró Quesada, descendientes de ex-presidentes de la República. Por su extracción así como por su pensamiento todos terminarían por identificarse a plenitud con los grupos tradicionales del país.

Una visión optimista de la república

Jóvenes maestros y futuristas se acercan al Perú con interés científico o con acuciosidad artística. En su inquietud hay curiosidad pero no angustia. Su visión de la realidad es, generalmente, libresca: leen, pero no ven ni recorren el Perú. Por eso mismo es tradicionalista: quieren salvarlo de su postración y derrota revelándole la grandeza de su pasado. Buscan el Perú del pasado, y cuando se enfrentan con el del presente se solazan con sus vestigios históricos o con su paisaje más no encaran el estudio o la solución de sus problemas sociales o económicos. Se apasionan con la historia y se conservan fríos y ecuanimes frente a la realidad. Por ello, adhieren entusiastamente un progresismo en cuya virtud milagrosa creen con ciega devoción.

Ensombreciendo los rasgos del sistema colonial, pretenden destacar las luces de la República y aun cuando no se atreven a exaltar el orden establecido su condenación no llega a inspirar siquiera un modesto programa reformista. Cotejan la dura realidad de la Colonia con los ideales de la República y, así, su visión tenía que ser -como decía Javier Prado- “optimista”.

El odio estratégico a la colonia

Su conservadorismo se apoya pues en una especie de “odio estratégico” a la Colonia: la repudian para, por efecto de comparación, justificar

a la República y el orden establecido. La actitud es característica en todos ellos, con excepción de Belaunde.

Javier Prado, en su conocido discurso de apertura del año académico de 1894 sobre el "Estado social del Perú durante la denominación española" descubre un "gobierno absoluto y vicioso", una Iglesia que consagró "un fanatismo abrumador" al par que la "mayor relajación de costumbres"; halla una clase privilegiada, ignorante y codiciosa gobernando a un pueblo "vilmente explotado".

Riva Agüero, al examinar, en 1905, el "carácter de la literatura del Perú independiente" advierte que la Colonia pervirtió a los hombres apartándolos de la vida activa, del pensamiento, de la guerra y del trabajo, y que, al favorecer el servilismo y la molicie produjo hombres indolentes. En este ambiente, era natural que no hallara "en la lírica religiosa ni en la profana composición alguna digna de recuerdo".

Villarán a su turno, en 1900 al juzgar el problema de las "profesiones liberales en el Perú", no había sido menos severo con la Universidad colonial. Condenó su iluminismo retórico, demostró su infecundidad, su ausencia de sentido práctico y su afán de crear "clérigos y doctores" en un pueblo hartado necesitado de "profesiones técnicas y prácticas".

La defensa del liberalismo y del sistema vigente

La Colonia, pues, en todos los aspectos había dejado un saldo trágico y negativo. La República, con todas sus limitaciones, "se alza a inmensa altura sobre la Colonia" (Prado). Los ideales de aquella fulminaban la realidad de ésta. Pero, asimismo, justificaban a la República. Sus ideales medían no solo la justicia del movimiento emancipador sino que aseguraban la permanencia del orden establecido que los había exaltado y asumido. Y eso es lo esencial de su planteamiento. Que haya correcciones que introducir, enmiendas o alguna leve reforma, pero sin dejar de aceptar el sistema como esencialmente válido. De allí la defensa enconada, violenta y agresiva que hacen de las ideas liberales y la condenación de las corrientes sociales.

Prado, en 1894 se alzaba presuroso frente a Gonzáles Prada condenado los "partidos de ideas" reclamados por éste y afirmando su convicción liberal y burguesa; Riva Agüero, con todo el ímpetu de su juventud, anatemiza la propuesta del viejo agitador por considerarla "una insensatez monstruosa", "un incalificable delito" que alentaría el "espíritu

revolucionario". Villarán, en 1931, en su Ante-proyecto de Constitución y en 1936 como candidato a la Presidencia de la República, condena a los partidos de "ideas" por considerarlos "disolventes" mientras Belaunde, a su turno, había repudiado lo que él llamó las "desviaciones de la conciencia nacional". La desviación radical había sido la de Gonzáles Prada, la desviación marxista era la de los nuevos movimientos socialistas. Así, pues, con diferentes motivaciones, todos con excepción de Belaunde reafirmaban su fe en el sistema liberal y en el orden establecido.

No existe una cuestión social

Fervorosos de la autenticidad histórica y científica, negaron o pretendieron negar, sin embargo, en forma ostensible la realidad. En 1905 Riva Agüero, repitiendo en ello también a Prado, desconocía la existencia de problemas sociales e incluso advertía la ausencia "de las causas que, en los demás países, permiten introducir el socialismo" y reclamaba, apenas, libertad de conciencia y de expresión, aconsejaba su culto en la Universidad, en el periodismo, en la vida pública pero siempre dentro del "orden" y "en la paz del sistema vigente". Prado que había asistido a la ola de huelgas en 1913, al ser declarado "Maestro de la Juventud" en 1917, negaba la existencia de "una cuestión social" y la atribuía a la agitación de extremistas "europeizantes". Manuel Vicente Villarán postulado a la Presidencia de la República por un frente que encabezaba Clemente Revilla, Pedro Beltrán y José de la Riva Agüero, forzado a reconocer la existencia de un problema social postulaba soluciones paternalistas de acercamiento social y, en algunos casos, de altruismo incompatible con el sistema democrático. Belaunde, en cambio, reconociendo la existencia de un problema social se confesaba "sinceramente reformista" y condenaba "el reformismo tímido e incongruente" de la derecha, así como "el reformismo izquierdista" que prepara "el estallido revolucionario". Soñaba con un régimen que realice reformas "en un máximum posible" pero siguiendo "un criterio posibilista" que permita "no cambios bruscos sino de concentración y vitalización, de "tradicionalismo evolutivo" en que debe llegarse a la democracia "por una oligarquía no solo plutocrática sino intelectual", a través de grupos selectos, "de hombres de posición y de talento".

El racismo abierto y encubierto

Los jóvenes maestros y los futuristas ven el Perú pragmáticamente: tal como es. Como una realidad disímil de razas, culturas, regiones, tradiciones. No creen -con excepción de Belaunde- en la necesidad de encontrar una síntesis económica, social y cultural, integrada armoniosa y creadoramente, dentro de la realidad vigente. Aceptan el Perú como un hecho, como una realidad inmodificable y no pretenden desandar el camino de la historia o marchar en contra de ella. Juzgan por tanto, que la frustración del destino nacional, la ausencia de una conciencia histórica, la pobreza y el retraso son consecuencia "de la perniciosa influencia que las razas inferiores han ejercido en el Perú en su cruzamiento con la raza española" (Prado). Esta es, precisamente, la suerte de la América "por las tristes consecuencias que produce el cruzamiento con razas inferiores" (Riva Agüero). Así, al recoger, parcialmente, el pensamiento de Le Bon respecto del poblador de la América, Prado y Riva Agüero proporcionan fundamentos pseudo científicos al espíritu discriminatorio de los grupos dominantes de nuestra sociedad y -quíeránlo o no- cerraron, durante largo tiempo, el camino de las reivindicaciones del indio y justificaron la inercia o la insensibilidad tradicional frente a él Prado, particularmente fue explícito en esta materia.

Las razas inferiores

Las razas inferiores han conspirado, en el Perú, contra el destino nacional. El negro, el indio, el mestizo son los grandes responsables al par que la Colonia del atraso y de la frustración histórica del Perú. No puede ser de otra forma cuando el negro "ha sido improductivo y es, en el organismo social, un cáncer que va corrompiendo los sentimientos nacionales". El indio "ancestralmente" pervertido por la embriaguez "no solo está disminuido por la explotación sino que es inferior, pertenece a una raza que "no supo resistir al conquistador" que fue vencida "por su carácter, por el temor y por superstición", "sin resistir, sin protestar, sin quejarse". Es pues, una raza "sin energía ni dignidad". El mestizo es indolente, perezoso y sin vocación de trabajo, mientras que el blanco, esencialmente perfecto, ha degenerado por las costumbres, el espíritu y la educación coloniales. A él corresponde las características de la nobleza colonial que fue "muy rica, hidalga, ostentosa, derrochadora, franca, y hospitalaria" ya que estuvo formada por los "señores perezosos, veleidosos, entregados al amor y a los placeres, de trato cultísimo e insinuante pero sin educación y sin estímulos prácticos". (Con

educación y con estímulos prácticos...el blanco ciertamente sería perfecto.) Las conclusiones que de esta mentalidad pueden deducirse son obvias. Hasta el surgimiento del "indigenismo" -muerto ya Prado- nadie respondería o contradiría este criterio. Aún cuando Belaunde y Villarán se cuidaron mucho de ratificarlo expresamente, aquel con su apasionado empeño por la inmigración sin duda que denunciaba su implícito acuerdo y Belaunde que reaccionara vivamente frente a Mariátegui no se sintió nunca obligado a contradecirlo. Había, pues, explícita o tácitamente un sentimiento racista que, además, es característico en nuestros grupos dominantes. Este espíritu discriminatorio se advierte mejor aún cuando todos ellos abordan la solución del problema educativo del Perú.

Una actitud conservadora

Conservadora como su mentalidad es la respuesta de los "jóvenes maestros" y de los "futuristas" frente al Perú. Reducen la problemática nacional a la creación de una conciencia histórica, a la superación de la pobreza y al establecimiento de un nuevo sistema educativo.

La conciencia nacional

El Perú, en medio de sus luchas intestinas, abrumado por el peso de tradiciones y razas que han desfigurado su personalidad e ignorante de sus raíces y horizontes históricos necesita un "alma" que lo identifique y aliente en la conquista de su destino. Había pues que crearla (Prado) o cuando menos integrarla comprendiendo el pasado y el destino nacionales (Villarán) o simplemente despertarla para que adquiriera clara conciencia de sí, corregirla y depurarla de sus vicios y defectos, alejarla de la exageración pesimista o de la contemplación indiferente exaltando el amor patrio y el civismo (Riva Agüero) o finalmente, preservarla de la desviación "radical" así como de la "desviación marxista" para intuir sus esencias permanentes y definitivas y alcanzar una síntesis (la peruanidad) como expresión histórica y como símbolo del porvenir (Belaunde).

El alma nacional, pues, antes que un que hacer es una concepción histórica y cuando más, un sentimiento. Importa más que acción o compromiso vital, estudio e investigación. Es una idea y una teoría del Perú, de su historia y de su destino.

La superación de la pobreza: el progresismo burgués

Satisfechos con los ideales de la emancipación y conformes con el orden establecido, no creen ni preparan el advenimiento de una sociedad. Pretenden simplemente encarnar en la realidad las aspiraciones iniciales de la República. Hacer en una palabra, que se cumpla “la promesa” que diría Basadre, pero sin enmendar sustancialmente la realidad. Son progresistas pero no reformistas. Anhelan el progreso del Perú, con todas sus limitaciones y con todos sus defectos, sin modificar sus estructuras. Por el contrario, creen firmemente, que aquéllas se enmendarán solas por la fuerza taumatúrgica del progreso. En todo caso, la injusticia no se halla tanto en la servidumbre cuanto en la pobreza. Sus soluciones, son por ello mismo simples y hasta simplistas.

Para superar la rémora de las razas inferiores y eliminar su turbia y negativa influencia al par que imprimir un nuevo dinamismo al país, postulan la inmigración de razas superiores y sin fatales atavismos. Así, no solamente se vencerá el destino inexorable que nos reserva nuestra “desgraciada composición racial” sino que, además, se vencerá el territorio con nuevos contingentes de sangre creadora y fecunda. Poblar y conquistar el territorio son dos tareas inseparables. Vencer la hostilidad de la geografía integrando el Perú en una unidad física y humana por la fuerza del camino, de la comunicación. “Caminos y escuelas” será el lema de Villarán, en 1936, como candidato presidencial. Integración regional siguiendo el sentido de las rutas económicas y de las vías de comunicación exigirá Belaunde en 1930 mientras, desde las páginas de “Paisajes peruanos” Riva Agüero, luego de su peregrinaje por el Perú, hará llegar su demanda de vías de comunicación.

Pero, independientemente de esa tarea, el Perú debe marchar a un ritmo diferente, alentando la industria, el comercio, las actividades productivas. Producir más y siempre con mayor eficacia porque solo la abundancia podrá salvarnos e incluso redimir al indio que, con el tiempo, puede llegar a ser “más rico que nosotros” (Villarán). Sin embargo, el desarrollo demanda capitales y precisa crear una política frente a ellos: debe alentarse, cualquiera sea su origen, darle garantías y asegurarle un clima de “orden” y de “paz social” que no altere su función creadora y productiva.

Educación para la riqueza

El progreso debe permitir no solo la creación de más riqueza sino también fomentar la cultura. Más aún. Solo alentando la educación, el progreso conservará su permanente dinamismo y hallará los recursos humanos indispensables a su esfuerzo creador. Como todo el proceso de cambio, la educación también debe ser una consecuencia y no causa del proceso productivo, del desarrollo. Sin él, sin un Estado rico, no habrá educación, afirma Villarán. Producir, luego educar, tal el lema. La Educación, en todo, caso, debe servir y estar sujeta al propósito nacional, a la producción de la riqueza. Esa su inspiración.

“Educar...y educar mediante el trabajo y la industria que es el gran medio de moralización” (Prado en 1894), “estimular, con empeño, la vida de las profesiones prácticas” (Villarán 1900) “educación práctica, pragmática” (Riva Agüero) y que prepare a los criollos “casi exclusivamente para la actividad industrial y comercial” porque si tal se hiciera se habría logrado “cuanto exige y cuanto permite la situación del Perú”. Educar a las clases medias y populares preparándolas para “la lucha por la vida” (Belaunde). El nuevo sistema educativo, postulaba un verdadero aristocratismo cultural en cuya virtud, las clases medias y populares debían ser preparadas para el trabajo y la producción en tanto los hombres de talento y de posición lo eran para la dirección de la sociedad. Así, la educación “práctica” es una educación para la servidumbre y no para la libertad; no persigue ni pretende crear una más lúcida conciencia de dignidad en el hombre, sino adiestrar manos e inteligencias para la producción. Parte del supuesto de que las clases medias y populares deben vivir en permanente sujeción en tanto clases parasitarias “de posición”, o una élite (de talento) se ocupan de la decisión del destino nacional (Belaunde). Coincidiendo con este temperamento Riva Agüero exclamará “intensidad, no extensión” en el esfuerzo educativo. “La Universidad debe abrirse -decía en 1905- solo a los que muestran una verdadera capacidad para los estudios a fin de “crear una selectísima aristocracia de la inteligencia” que sería, según Belaunde la llamada a controlar, con la clase media, a la “oligarquía inevitable”.

Finalmente su concepción educativa es materialista. Pretende identificar la libertad con la propiedad. La concibe no como un autónomo e independiente quehacer sino como un tener o disponer de bienes y cosas. La educación sirve como un medio de consolidar el poder de los grupos

tradicionales y la sujeción económica y la servidumbre de las clases populares y las clases medias al negárseles acceso a la Universidad.

Estado en forma

Los jóvenes maestros y futuristas se preocuparon también por una racional organización de la estructura del Estado.

Tres de sus más esclarecidos representantes (Prado, Villarán y Belaunde) tuvieron destacada influencia en la dación de las dos últimas constituciones del Perú. Prado inspiró la carta de 1920; Villarán influyó y Belaunde participó en la elaboración y la discusión de la Constitución vigente. Con excepción de Belaunde que postulaba una “democracia gremial” y desde 1914 (“La crisis presente”) reformas sustanciales en las relaciones de los poderes del Estado, todos adhieren, decididamente, el Estado demoliberal y, por igual, se oponen a una democracia de más ancha base con voto a los analfabetos y con una estructura de participación difundida. Belaunde y Villarán, sin embargo -más el primero que el segundo “fueron fervorosos partidarios del descentralismo” en tanto que Prado contribuyó a la creación del más inauténtico ensayo descentralista de nuestro pueblo: los congresos regionales. Fue Prado, sin embargo, quien logró incorporar las primeras normas de protección del indígena y de sus comunidades así como las normas de seguridad social y las garantías del trabajo en nuestro régimen constitucional.

Una sola misión: encontrar el Perú

La etapa de la aproximación a la realidad sirvió para crear un clima de curiosidad en torno del Perú; permitió formar una corriente de preocupación histórica y renovó la Universidad colonial abriéndola a todas las inquietudes modernas aunque alejándola paulatinamente de la realidad nacional. Creó un espíritu muy claro en el naciente capitalismo nacional y dio a sus afanes hasta un contenido y misión histórica en el país. La presencia beligerante de sus abanderados, en la política nacional, permitió el esclarecimiento y facilitó la definición de las grandes tendencias nacionales. Y aún cuando no lograron una participación determinante en la política nacional, su espíritu alentó siempre la acción de los propios grupos dominantes.

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 separadas 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

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

Revista Peruana de Derecho Público