

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
DANTE PAIVA GOYBURU
SECRETARIO

AÑO 22, NÚMERO 42
ENERO-JUNIO DE 2021

42 / 2021

Revista Peruana de

Derecho Público

ESTUDIOS

Ciencia y doctrina jurídicas, naturaleza y cultura, música y amistad. Un boceto autobiográfico

PETER HÄBERLE

El “buen vivir” en la Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas

KAREN G. AÑAÑOS

El neoconstitucionalismo latinoamericano

JORGE ASBUN

NOTAS

La teoría falaz de la “constitución viviente”

ROBERT S. BARKER

¿Antejuicio político, juicio político?

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

CRÓNICA

XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Buenos Aires, 21-23 de mayo de 2019)

MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO

Crónica de las elecciones generales de 2021

NATALE AMPRIMO

NECROLÓGICA



Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 22, Número 42 • Enero-junio de 2021

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

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle, Dieter Nohlen
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Bolivia : José Antonio Rivera Santiváñez, William Herrera Áñez
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 Muñoz, Julio César Ortiz Gutiérrez
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, Óscar Alzaga
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
Uruguay : Rubén Correa Freitas
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge (†)

Alfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo (†)

Revista Peruana de Derecho Público

Número 42 • Enero-junio de 2021

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 San José 311 Of. 314, Cercado - Arequipa

en el mes de febrero del 2022

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 41. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico: asociacion.cmp@hotmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 41.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/.20.00 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

Ciencia y doctrina jurídicas, naturaleza y cultura, música y amistad. Un boceto autobiográfico.....	15
--	----

PETER HÄBERLE

El “buen vivir” en la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas.....	41
---	----

KAREN G. AÑAÑOS

Neoconstitucionalismo latinoamericano	55
---	----

JORGE ASBUN

NOTAS

La teoría falaz de la “constitución viviente”	85
---	----

ROBERT S. BARKER

¿Antejuicio político, juicio político?	95
--	----

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

CRÓNICA

Memoria del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Buenos Aires, 21-23 de mayo de 2019).....	99
---	----

MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO

Crónica sobre el proceso de las elecciones generales de 2021	109
--	-----

NATALE AMPRIMO PLÁ

NECROLÓGICA

Héctor Fix-Zamudio, una presencia luminosa.....	119
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ	
Sebastián R. Rodríguez Robles (1963-2020).....	121
JORGE GIANNAREAS	
Gustavo Bacacorzo (1928-2020).....	125
JUAN CARLOS MORÓN URBINA	
Contribuciones de Paulo Bonavides a favor de la ciencia política y del Derecho Constitucional Iberoamericano. (1925-2020)	129
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	

EDITORIAL

El año 2021 debía ser júbilo, de emociones y esperanza; sin embargo, la crisis que arrastramos desde hace años, sumado a los efectos de la pandemia, terminaron por desterrar cualquier ilusión para redimir al país ante su segundo jubileo. Y es más que improbable que algo pueda hacerse en los meses que nos quedan.

Luego de la vacancia de Martín Vizcarra, que fue ampliamente analizada en nuestro número especial anterior, se estableció una gestión de transición a cargo de Francisco Sagasti, quien centró su agenda en la adquisición y aplicación de vacunas contra la COVID-19, así como el proceso de elecciones generales 2021.

Si bien al inicio hubo cierta confusión y desconfianza, por la premura con la cual tuvo que conseguirse la vacuna, el proceso de aplicación se inició a nivel nacional partiendo con el personal de Salud. El poder proporcionar vacunas ha permitido que se pueda poner parcial freno a los contagios y elevado número de fallecimientos.

En el marco de lo programado, las elecciones generales para presidente de la República, Congreso y Parlamento Andino se llevaron a cabo. A pesar de la pandemia, los candidatos realizaron sus campañas, se organizaron los debates (de candidatos y equipos técnicos) y la participación de los electores fue similar a procesos anteriores (a pesar de que algunos pronósticos vaticinaban lo contrario).

Los resultados de la primera vuelta no dieron a un ganador absoluto, originando una segunda vuelta entre los dos primeros lugares, Pedro Castillo, de Perú Libre (18.92%) y Keiko Fujimori, de Fuerza Popular (10.90%). El domingo 6 de junio de 2021, si bien el balotaje enfrentaba solo a estos dos candidatos, el resultado, a diferencia de elecciones anteriores, no pudo definirse el mismo día, por lo ajustado del conteo y las impugnaciones de votos y actas.

Por su parte, el Congreso quedó conformado por 10 grupos parlamentarios (número demasiado amplio), siendo Perú Libre, Fuerza Popular y Acción Popular los que aglutinan a la mayor cantidad de congresistas. Mención para la infamia fue la elección de Martin Vizcarra como congresista por Lima (obstinado en seguir contando con poder), pero que, ante la inhabilitación con la que fue sancionado, se quedó sin la credencial respectiva.

En este sentido, la democracia peruana, que ya venía afrontando una serie de vicisitudes por el trajinado y conflictivo quinquenio 2016-2021, se sumía en otro problema a partir del proceso electoral. Un halo de desconfianza comenzó a cundir, y la opinión pública se polarizó de manera más marcada, siendo los organismos del sistema electoral los más cuestionados ante los acontecimientos que se presentaban.

Naturalmente que este clima de incertidumbre ha ocasionado una turbulencia peligrosa en el ámbito económico, con un dólar en ascenso, mellando más el clima para los negocios del país, que ante el desastroso manejo de la pandemia, exhibe un resultado electoral donde los antivotos son la esencia, más que por la apuesta confesa a un programa de gobierno, y un Congreso con una peligrosa presencia populista que no ha dudado en expresar desde el primer momento imponer un cambio al orden constitucional so pretexto de ser una “demanda del pueblo”.

Hasta el cierre de esta edición, no hay pronunciamiento oficial sobre el vencedor de la segunda vuelta. A las impugnaciones presentadas ante los jurados electorales a nivel nacional, tenemos al Jurado Nacional de Elecciones incompleto en su pleno, y con enfrentamientos entre sus integrantes, lo cual incide negativamente en su condición de ente de justicia electoral. Pero como están las cosas y los sondeos realizados, va de suyo que el ganador de la contienda electoral será Pedro Castillo, por márgenes

muy estrechos y además cuestionables. Y ante quien se abre un periodo muy complicado.

El Centenario de la Independencia en 1921 fue una auténtica fiesta y el epicentro para un cambio generacional, a pesar de la dictadura que se abría paso con sus persecuciones y prebendas. Dicho evento recordado con mucha nostalgia, continuará siendo un auténtico hito dentro de la historia nacional, toda vez que el Bicentenario no será ni la sombra de tal episodio.

Detallar responsabilidades sobre este caso resultaría agotador y estéril. Es la oportunidad más bien de llamar la atención de la efeméride pendiente: El Bicentenario de la Batalla de Ayacucho (2024), que quizá pueda ser el espacio para que el país tenga la conmemoración que se merece. Pero más allá del espectáculo y ornato, consideramos que queda un vacío peligroso para el contexto: La ausencia de pensamiento e identidad; no contamos con un grupo genuino que pueda centralizar los intereses sobre el país, y puedan dirigir el debate académico y la reflexión hacia los temas que deberían ser prioritarios para esta nueva etapa que le toca asumir al Perú.

El 27 de enero de 2021 dejó de existir nuestro querido maestro Héctor Fix-Zamudio, una institución del derecho constitucional iberoamericano con un vasto legado académico y profesional. Esta Revista tuvo el honor de contar con su presencia como integrante del Comité Asesor Internacional, privilegio que procuraremos honrar perseverando en nuestro objetivo de brindar un espacio plural para las rigurosas investigaciones en el ámbito del derecho público de Iberoamérica. ¡Descanse en paz!

La dirección

Lima, junio de 2021

ESTUDIOS

CIENCIA Y DOCTRINA JURÍDICAS, NATURALEZA Y CULTURA, MÚSICA Y AMISTAD. UN BOCETO AUTOBIOGRÁFICO^(*) ^(**)

Peter Häberle

1. Desde la fecha de mi nacimiento, el 13 de mayo de 1934 en Göppingen (Württemberg), casi al pie del Kaiserberg “Hohenstaufen”, crecí en una familia culta, de clase media, singularmente melómana. Mi padre, el doctor Hugo Häberle, fue un exitoso internista, mi madre Ursula, de soltera Riebensahm, de ascendencia hugonote por sus abuelos prusianos, cuidaba la casa, como era costumbre en ese momento, una casa grande abierta a muchos invitados, que no procedían solo de Suabia. Recuerdo la popular “pradera” ubicada frente a las puertas de la ciudad, que serviría de medio de vida, especialmente durante la guerra: una extensa finca plantada con numerosos árboles frutales y arbustos en los que se cuidaban muchos animales, a saber, cabras, conejos, gallinas y patos (desde las 6.30 de la mañana hasta las 7 de la tarde) ¡Yo quería ser granjero!

En 1940 murió mi madre al dar a luz a mi hermana Úrsula: una catástrofe para los cinco hijos y para mi padre. Todos los hermanos tocábamos instrumentos musicales, violín, flauta y piano, con frecuencia juntos. Afortunadamente, también para nosotros, en 1946 mi padre se casó con

(*) Traducción del alemán de Francisco Balaguer Callejón

(**) La preparación de este esbozo me fue sugerida por el profesor F. Balaguer, a quien le quedo muy agradecido (Peter Häberle, Bayreuth)

una “nueva madre” cariñosa y culta. Mientras tanto, en 1943, una segunda catástrofe había golpeado a nuestra familia: mi hermano mayor Rolf murió en Rusia a la edad de 20 años. Cuando llegó la noticia de su muerte, vi llorar a mi padre por primera vez. La segunda vez que no pudo contener las lágrimas fue cuando mi otro hermano Manfred regresó de la guerra, con el uniforme hecho jirones, pero sano (mayo de 1945). Se convertiría después en médico.

También experimenté la guerra en nuestro prado: los cazabombarderos estadounidenses dispararon contra los agricultores en los campos. Partes de la ciudad de Göppingen se redujeron a escombros después de dos oleadas de ataques, y entre las víctimas se encontraron profesores de la escuela muy apreciados. Los niños conocimos a las fuerzas de ocupación estadounidenses desde el lado amistoso: los soldados estadounidenses nos mimaron con dulces (la hambruna después de la guerra fue grande). La Casa de América de la ciudad funcionó muy bien.

Ya en 1948, mi nueva madre, Liesel, me llevó a mi profesora de piano, la Sra. Erika Alle, que era una pedagoga de talento. Ella me familiarizó tempranamente, paso a paso, con R. Schumann, W.A. Mozart, F. Schubert, J.S. Bach y posteriormente con F. Chopin y M. Ravel. Sentó así las bases para los conciertos que pude dar, mucho más tarde, en Marburg, Augsburg y Bayreuth, así como en el extranjero (por ejemplo, en Roma, Granada y Ciudad de México). Mi profesora añadió después a I. Stravinsky, D. Shostakovitch y S. Prokofiev como compositores. Desde entonces he admirado la cultura rusa, independientemente del régimen político de cada momento.

En el Instituto Hohenstaufen de Göppingen, tuve suerte: todavía recuerdo a los mejores profesores con gran gratitud. Alemán, historia, latín y química, así como música, fueron mis materias favoritas. Como punto culminante tuve la experiencia vital de un intercambio escolar con Francia. Un joven francés vino a la casa de mis padres en Göppingen en 1952 y, en la primavera de 1953, poco después de graduarme de la escuela secundaria (con el premio Scheffel), pude quedarme con una distinguida familia en París durante un mes y luego en Auvernia. De esa época procede mi apego a la cultura francesa, especialmente a su música (J.B. Lully, J.P. Rameau, H. Berlioz, C. Debussy) y a su lengua (solo el italiano es todavía más musical G. Gabrieli, A. Vivaldi y D. Scarlatti, así como V. Bellini, G. Verdi y G. Puccini sólo podían venir de Italia!).

2. El salto a la Universidad lo daría en Tübingen (en el semestre de verano de 1953), la ciudad de F. Hölderlin (y G.W.F. Hegel). Inmediatamente me concentré en los estudios jurídicos. En ese tiempo, sin embargo, no percibía a colegas que ya eran grandes, como tales, como O. Bachof y G. Dürig, pero sí a T. Eschenburg, en cuyo seminario de ciencia política me atreví a dar una conferencia sobre el sistema de gobierno en Francia. En 1954 me trasladé voluntariamente a Freiburg/Br. (mi hermano mayor vivía allí). La ciudad del sur de Baden, con su maravillosa catedral y sus viejas callejuelas, todavía me fascina hoy. La proximidad a la Selva Negra, la apertura a Suiza y los Vosgos fueron un privilegio para el joven estudiante. La Facultad de Derecho prosperó en esa época. Hay que mencionar en el derecho penal a H.H. Jescheck, en el derecho civil a F. v. Hippel, en la filosofía del derecho Erik Wolf. Asistí a casi todos los seminarios que se ofrecieron, incluido el seminario del politólogo A. Bergstraesser, uno de los grandes expertos en Goethe. Por supuesto, el punto culminante lo encontraría en el Seminario de K. Hesse. En 1956 impartió su célebre conferencia inaugural (“La fuerza normativa de la constitución”) y comenzó a construir lo que R. Herzog llamó más tarde la “Escuela de Freiburg”. Me impresionó lo estructurado de su pensamiento, especialmente sus sesiones de seminario. Sin una palabra de más, combinando la altura teórica y la cercanía al caso concreto. Sobre todo, me fascinaba la manera de pensar “constitucionalmente”. R. Smend y H. Heller eran los clásicos en el Seminario de Hesse. Los seminarios de fin de semana en la Selva Negra fueron muy inspiradores. Había en ellos estudiantes que luego se convirtieron en profesores, como A. Hollerbach⁽¹⁾. Un seminario posterior nos llevó al BVerfG en Karlsruhe, con la temática de la financiación estatal de los partidos (E 20, 56)⁽²⁾, allí escuchamos al entonces “jurista oficial” del SPD, A. Arndt, como abogado. Otro viaje nos llevó a Berna al seminario del entonces célebre profesor de derecho constitucional suizo H. Huber, con las jóvenes estrellas R. Bäumlín y J.P. Müller, que posteriormente se convertirían en colegas.

(1) En su obra reciente, quisiera mencionar: A. Hollerbach, *Öffentliches Recht an der Universität Freiburg in der frühen Nachkriegszeit, Aus Anlaß des 100. Geburtstags von Konrad Hesse am 29. Januar 2019*.

(2) Cfr. Mi trabajo: „Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung unter dem GG“, *JuS* 1967, pp. 64 y ss.

Pasé un solo semestre de invierno (1955/56) en Bonn, por interés en la política. Allí estaban nada menos que los dos profesores de derecho constitucional U. Scheuner y E. Friesenhahn. A menudo fui como oyente al Bundestag. Posteriormente, estudié durante unos cinco meses en Montpellier (1956/1957) como becario del gobierno francés. El decano de la Facultad de Derecho, G. Péquignot, me familiarizó con el trabajo del gran jurista M. Hauriou (lo que tuvo después consecuencias positivas para mi Tesis Doctoral). En 1957 aprobé el primer examen estatal de derecho. Luego, con el apoyo de la *Studienstiftung des Deutschen Volkes*, comencé a trabajar en el tema que elegí para realizar mi tesis doctoral con K. Hesse, que sería más tarde magistrado del Tribunal Constitucional Federal⁽³⁾: La garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental. Se completó en 1961 y luego apareció en tres ediciones (1962, 1972, 1983). Las traducciones en el extranjero siguieron décadas más tarde en Italia, España y el Perú (1993/1997/2003).

3. Completé mis prácticas jurídicas en la zona de Freiburg. Gracias a la buena nota del examen, pude elegir las “estaciones”: el mejor notario de la Selva Negra, la oficina de distrito bien dirigida en Emmendingen (las tareas fueron, por ejemplo, la redacción de un estatuto del cementerio y el diseño de las alocuciones) y sobre todo el excelente Juez de primera instancia en Waldkirch, Dr. G. Mall, así como la Sala Civil del Tribunal Regional Superior de Karlsruhe, en Freiburg. Al mismo tiempo, en noviembre de 1961, acepté el puesto de ayudante de investigación de H. Ehmke, que acababa de ser nombrado Catedrático en la universidad (literalmente me había “recuperado” de Hamburgo, donde yo era abogado en prácticas en la fiscalía de menores). El seminario de Ehmke era también atractivo (cfr. mi recordatorio de H. Ehmke en JöR 66, 2018, pp. 487-493). Viajamos a Israel (1962) junto con el Seminario de E. Friesenhahn en Bonn, entonces magistrado constitucional. Probablemente fue el primer viaje de juristas desde Alemania. Nos recibieron con una gran hospitalidad. En la lejana tierra de Israel hubo momentos conmovedores, por ejemplo en el lago Tiberíades y en el Mar Rojo (Jerusalén aún no era accesible en ese momento).

(3) Sobre él, cfr. P. Häberle/M. Kilian/H.A. Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2. Aufl. 2018, pp. 1039 y ss.

El servicio de prácticas jurídicas, que aprecié como un ensayo de la praxis en toda su diversidad, duraba tres años y medio en esa época. En 1964 aprobé en Stuttgart el temido segundo examen estatal, que en Alemania habilitaba para ser juez (el Ministerio del Interior de Baden-Württemberg me ofreció un puesto funcional inmediateamente después del examen oral). Antes de eso (1962) había pasado un semestre estimulante en el Instituto de Ciencias Administrativas de Speyer. Allí conocí al gran sociólogo A. Gehlen en una conferencia y también asistí a un seminario suyo. Me impresionó mucho su erudición y su perspicacia.

Ya en 1965, el camino hacia el trabajo de habilitación comenzó en Freiburg. Elegí el tema "El interés público como problema jurídico". H. Ehmke, quien junto con K. Hesse me animó y me orientó bien, me dio suficiente tiempo. Desafortunadamente, Ehmke entró en la política de Bonn ya en 1967, donde tendría éxito después como ministro federal con W. Brandt. La aprobación del trabajo de habilitación y su exposición en la Facultad de Freiburg el 1 de febrero de 1969 fueron un éxito. El texto apareció en 1970, en su primera edición, publicándose la segunda edición en 2006, que se agotó en poco tiempo, hasta hoy en que está disponible como libro electrónico (muchos años después, volví científicamente a la problemática del bien común, especialmente a la "jurisprudencia del bien común"). Inmediateamente después de la exposición del trabajo en la Facultad de Derecho de Freiburg, tuve el honor de recibir una invitación de la universidad de Tübingen para sustituir al gran profesor de derecho constitucional G. Dürig⁽⁴⁾ durante dos semestres. Su *Comentario de la Ley Fundamental*, especialmente sobre el artículo 1 LF, sigue siendo un texto clásico hasta el día de hoy, también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

4. La suerte del acceso a la primera Cátedra me llegó pocos meses después. A principios del verano de 1969, las llamadas de Marburg y Mannheim se produjeron casi simultáneamente. Me decidí, un poco desprevenido e ingenuo, por Marburg. La maravillosa ciudad, el famoso castillo, las riberas del Lahn y los hermosos alrededores me atrajeron con su magia. Por supuesto, no sabía que la generación del 68 había causado muchas disputas y disturbios en Marburg.

(4) Cfr. sobre él, mi „Juristische Vignette zum 100. Geburtstag von Günter Dürig“ en: *Zeitschrift für Lebensrecht*, 29, 2020, pp. 145 y ss.

Algunas clases se vieron gravemente perturbadas, otras se mantuvieron, como anteriormente me había ocurrido en el breve semestre de verano de 1969 como sustituto de G. Dürig en Tubinga (donde se originó mi amistad con el gran profesor de derecho civil J. Esser y con G. Dürig). Yo mismo tuve más tarde discusiones difíciles con estudiantes en Marburg (también como decano, desde 1974 a 1976). Sin embargo, mi seminario se mantuvo tranquilo.

También hay cosas positivas que mencionar: algunos de los estudiantes muy agresivos leyeron y estudiaron mucho, no solo a Karl Marx, Lenin y Mao; estaban muy motivados y animaron las clases. Por supuesto, a menudo había un conflicto de lealtad entre la vinculación con mis colegas por un lado y mi interés pedagógico en los estudiantes por el otro. Los agradables seminarios de fin de semana con acompañamiento musical, por ejemplo en Dörnberg (norte de Hesse), se mantuvieron apacibles. Muy pronto se me acercaron estudiantes con talento que ahora son profesores establecidos e incluso eméritos, y que tienen también discípulos exitosos: H. Schulze-Fielitz, M. Morlok e I. Pernice. La casa de los padres de Pernice en Marburg, vecina a mi vivienda, en la parte alta de la ciudad, estaba amistosamente vinculada conmigo. Tuvimos muchos conciertos de música en casa.

Los años en Marburg fueron científicamente productivos incluso en retrospectiva. Pude concebir la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” (1975), un atrevimiento hasta el día de hoy; luego trasladé esta idea a la “sociedad abierta de constituyentes” en el ámbito global (2014). Previamente, muy al principio de mi carrera, pude impartir una ponencia en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Regensburg: los temas clave eran: “los derechos fundamentales en el Estado prestacional” “derecho prestacional” y “protección de los derechos fundamentales a través del proceso” (*status activus processualis*). Traducciones de la ponencia de Regensburg se han publicado casi 50 años después en el Perú y en Brasil.

A pesar de la confusión derivada de 1968, pude reanudar en Marburg la tradición de los conciertos en casa, para deleite general de mis colegas y estudiantes. Un punto culminante del Seminario fue la conferencia nada menos que del afamado G. Burdeau de Francia, con su posterior contribución en *JöR* 32 (1983), p. 1 y siguientes: “*Alternance et continuité*”. K. Hesse y su esposa también aceptaron mi invitación a Marburg y fueron

festejados con un concierto en casa (1975). Con el civilista de allí, H.G. Leser y su familia, mantuve una gran amistad hasta su muerte. Trabajó de forma especialmente intensa en el derecho comparado con especial atención a Estados Unidos y Japón. Era un erudito de la vieja escuela.

En 1972 recibí una llamada para Bochum. La Facultad de Derecho tenía muchos talentos en ese momento, como E. Schmidt-Aßmann y H.U. Erichsen. Pero finalmente rechacé la llamada. El norte de Alemania era demasiado extraño para mí, por muy atrayente que hubiera sido la proximidad a los Países Bajos y a Gran Bretaña. La muerte de mi padre ese mismo año nos afectó profundamente a mis hermanos y a mí. Afortunadamente, la amistad que comenzó en Bochum con el matrimonio Schmidt-Aßmann (más tarde en Heidelberg) continúa hasta el día de hoy.

5. El período posterior en Augsburg duró de 1976 a 1981. Decir adiós a Marburg fue más difícil de lo que pensaba. Inicialmente me atrajo la famosa *Freie Reichsstadt* Augsburg y su hermoso casco antiguo y, por supuesto, el espíritu de la familia de Mozart. Tomé un apartamento en el centro de la ciudad, así que comencé a extrañar la naturaleza que tanto me gusta. Desafortunadamente, la universidad estaba en las afueras de la ciudad. Pero la Facultad de Derecho era joven y dinámica. Pude dar mis apreciadas conferencias para principiantes y establecer un Seminario. También di conferencias en el Instituto de Política de Munich (1978/80). Sin embargo, el clima en la Facultad de Derecho de Augsburg se empañó porque dos colegas compitieron entre sí en la elección del Rector de la universidad. En otro orden de cosas, fue un honor para mí ser el nuevo coeditor del AöR. Durante décadas fui responsable informalmente de la sección “noticias de libros”. Especialmente destacable en ese período fue la visita de amigos y colegas suizos de Berna: P. Saladin y J.P. Müller (1979). En un seminario conjunto abordamos la lucha por una nueva constitución federal para Suiza (palabra clave: “revisión total”, sobre la cual, versaría más adelante mi trabajo en FS Maurer, 2001). Mi expresión “Werkstatt Schweiz” (1990), Suiza como laboratorio o como taller, lo dice todo.

Científicamente, descubrí el tema de la “cultura” ya durante mi estancia en Augsburg. Me sirvió de inspiración la preparación un discurso para el tradicional “Festival de la Paz de Augsburg”: *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag* (política cultural en la ciudad - un mandato

constitucional, publicado como libro en 1979) - así como *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat* (el derecho constitucional cultural en el Estado federal, 1980) redactado originalmente para una conferencia universitaria en Innsbruck. Otro tema fue la *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung* (Jurisprudencia constitucional anotada, 1979), una colección de mis reseñas de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, que he mantenido durante muchos años. También estaba en preparación la antología *Verfassung als öffentlicher Prozess* (la constitución como proceso público, 1978; 2ª edición 1996; 3ª edición, 1998). Mi tratado *Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft* (el derecho eclesiástico del Estado como derecho religioso de la sociedad constituida, 1976) suscitó mucha polémica. Hoy veo algunas cosas con más claridad: el muy alemán “derecho eclesiástico del Estado” sigue teniendo sentido, pero el marco general debe ser el “derecho constitucional religioso” que incluye, por ejemplo, los tratados del Estado con la comunidad judía o musulmana así como la legislación pertinente de la UE. Mientras tanto, el término “derecho constitucional religioso” se ha asentado en la literatura y se ha independizado del autor (“Tulit alter honores”). Mi concepto de “reserva de Parlamento” (1972) también se ha vuelto común.

Debo también el concepto de “Möglichkeitsdenkens” (pensamiento de las posibilidades, 1977) a mi tiempo en Augsburg. Finalmente, senté las bases para el volumen paralelo a la *Kommentierten Verfassungsrechtsprechung* (Jurisprudencia constitucional comentada) a saber, la antología *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft* (ciencia del derecho constitucional recensio-nada, 1982), que apareció ya en el período de Bayreuth. En la actualidad, la cultura de la recensión jurídica en Alemania está, lamentablemente, en declive (¿cuáles son las razones? ¿falta de perseverancia para una lectura concienzuda?). La idea de un “estado constitucional cooperativo” nació ya en 1978 (*FS Schelsky*), considerada previamente como una contribución al debate en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* en Basel (1977). El volumen *Die Verfassung des Pluralismus* (la constitución del pluralismo, 1980) se publicó un poco más tarde y ya se han realizado varias ediciones en el extranjero.

6. El camino a Bayreuth se abrió con una convocatoria a la universidad recién fundada allí (1981), que fue construida de manera ejemplar, sobre todo por el colega y amigo, desde la época de Marburg, W. Schmitt Glaeser. Casi al mismo tiempo recibí una llamada a St.

Gallen, que causó un gran revuelo entonces: ¡un profesor de derecho constitucional alemán, suabo, en Suiza! La decisión fue difícil para mí. St. Gallen era y es atractivo, estaría más cerca de amigos suizos como P. Saladin y J.P. Müller y posteriormente D. Thüerer, E. Kramer y J.N. Druey; pero: habría tenido que quedarme en Suiza de forma permanente e incluso adquirir la nacionalidad. Así que rechacé St. Gallen, con dolor, pero luego pude convertir la convocatoria de la Cátedra de Derecho Público allí en un puesto de profesor visitante permanente de filosofía jurídica⁽⁵⁾ (posteriormente me nombraron “senador honorario” de la Universidad). Hoy sigo siendo miembro de la muy activa asociación suiza de profesores de derecho constitucional.

Desde Bayreuth viajé a St. Gallen cada dos semanas durante tres días en el semestre de verano (1981-1999). Desde entonces permanece el puente con Suiza (también gracias a una fundación en St. Gallen, presidida por B. Ehrenzeller). Admiro la humildad y diversidad de un país aparentemente pequeño, así como la naturaleza “pragmática” del derecho constitucional suizo, a la que se alude a menudo. Observé el arte del poder constituyente en muchas constituciones cantonales nuevas, incluido el proyecto privado Kölz/Müller (1984), y finalmente en la Constitución federal de 1999. Como editor del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, pude documentar reiteradamente el “Werkstatt Schweiz”⁽⁶⁾, pero también en la propia Suiza, por ejemplo en el *Neue Züricher Zeitung* y en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (hasta en 2017). Igualmente en el *JöR* documenté los *Textstufen in österreichischen Landesverfassungen* (niveles textuales en las constituciones de los Länder austriacos, *JöR* 54, 2006). Pronto apareció mi *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* (El derecho comparado en el campo de fuerza del Estado constitucional, 1992).

Pero me estoy adelantando. Antes que nada, era importante adaptarse bien al pequeño Bayreuth. Esto resultó (a pesar de Richard Wagner, “el eterno Bach” y “el divino Mozart” siguen siendo la medida de la música). Mi casa estaba y está en el campo, a poca distancia andando de la universidad. La Facultad de “Derecho y Economía” era joven y dinámica, y en ese

(5) Sobre mi “Rechtsphilosophischen Nebenstunden” en St. Gallen: cfr. *Kleine Schriften*, 2002, pp. 328 y ss.

(6) “Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene”, *JöR* 34 (1985), p. 303 y ss.

entonces todavía era todavía manejable. El profesor Schmitt Glaeser logró atraer a varios profesores establecidos a Bayreuth, como el conocido laboralista W. Gitter. Mi conferencia inaugural versó sobre el tema: "Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen" (Los preámbulos en el texto y el contexto de las constituciones", *FS Broermann*, 1982). Las conferencias inaugurales son un género específico de la literatura académica. Pueden esbozar programáticamente planes de investigación futuros: para los preámbulos constitucionales, por ejemplo, la idea de que son culturalmente análogos a los prólogos, preludios y oberturas, lingüísticamente cercanos al ciudadano, y suenan festivos, procesando o formulando el pasado, el presente y el futuro. De los problemas del lenguaje (especialmente en las constituciones) me he ocupado reiteradamente (por ejemplo, en 1989 y 1990, más recientemente en el primer Coloquio de la Fundación en la Universidad de St. Gallen, en 2005).

Mi actividad académica de Bayreuth incluyó la apreciada conferencia de principiantes para estudiantes de primer año (la comencé con las palabras: "Han elegido la carrera más hermosa del mundo, les felicito"). También pude continuar en Bayreuth mi Seminario, que ya se estaba desarrollando durante años. Impartí clases sobre "Derechos Fundamentales", ocasionalmente sobre "Derecho Administrativo General", "Derecho Local" "Filosofía del Derecho", filosofía jurídica y, ocasionalmente, "Derecho eclesiástico del Estado". El seminario fue y es una institución permanente a lo largo de todos los semestres, hasta hoy en 2020, abierto a estudiantes de todos los años, a estudiantes de doctorado y a postdoctorados. Entre los participantes de años anteriores se encuentran el último presidente del Tribunal Constitucional Federal, A. Voßkuhle, y el hoy juez federal, Dr. M. Herr, que fue estudiante de doctorado conmigo. Varios miembros posteriores del Bundestag y altos funcionarios públicos, así como abogados de éxito, fueron a menudo estudiantes durante muchos semestres en mi seminario (por ejemplo, C.CH. Dressel), que se enriqueció con viajes a "Karlsruhe" y al Tribunal de Justicia de Luxemburgo así como al Tribunal Constitucional de Baviera en Munich. El seminario ha sido y seguirá siendo una parte fundamental de mi actividad científica. En él se ponen a prueba mis nuevos planteamientos científicos contribuyendo a inspirar pedagógicamente a los jóvenes estudiantes. Por supuesto, esto solo funciona completamente como un evento presencial. Mi seminario ha existido como una institución permanente hasta el día de hoy (desde

hace ya 50 años), y ahora continúa junto con el profesor M. Kotzur, quien emprende para ello el largo viaje desde Hamburgo y su Europa-Kolleg hasta el pequeño Bayreuth.

Desde el pequeño Bayreuth intensifiqué mis contactos en el extranjero, en amplitud y apertura (para citar a F. Hölderlin), una dialéctica personal y gratificante. Puedo identificarme con este Bayreuth hasta el día de hoy⁽⁷⁾. La Orden del Mérito de Baviera (2007) pertenece a este contexto – en justo equilibrio con la Orden del Mérito de “Gran Oficial” de la República Italiana (1996) y la Condecoración de Honor de Austria para la Ciencia y el Arte de primera Clase (2010). Las incorporaciones a varias academias nacionales y extranjeras (Heidelberg, Munich, Salzburgo y Córdoba en Argentina) deben mencionarse como muestra de mi agradecimiento. Sobre todo, me enriquecieron las reuniones interdisciplinarias de la Academia de Ciencias de Baviera, en Munich.

7. En este pequeño Bayreuth, aparentemente remoto, pude experimentar la felicidad de la reunificación alemana (1989) de una manera especial. Lo que había sido la “zona fronteriza” durante décadas se encontró de repente en el corazón de Alemania gracias a la apertura de la frontera. Con mis alumnos del seminario, incluso participé en las famosas manifestaciones de los lunes en Leipzig (otoño de 1989). El entusiasmo de la gente era grande en todas partes, en las calles y a lo largo de todo el país, casi eufórico. Después de la caída del Muro de Berlín, el famoso violonchelista M. L. Rostropóvich interpretó en el *Checkpoint Charlie* la suite número 2 para violonchelo de Johann Sebastian Bach. Una obra clásica retransmitida por la televisión en Berlín. Un vecino del lugar regaló plátanos a los ciudadanos de Alemania del Este que llegaban en “Trabis”. El acceso finalmente libre a Weimar y Leipzig, por ejemplo, fue un acontecimiento cultural que nos hizo felices a todos. Los colegas y estudiantes del sur de Alemania probablemente no tuvieron oportunidad de disfrutar de estas cosas tan positivas.

(7) Cfr. “Die europäische Stadt – Das Beispiel Bayreuth”, en: *BayVBl*. 2005, pp. 161 y ss.

Yo mismo trabajé por la reunificación⁽⁸⁾ como miembro de un comité del Consejo de Ciencias que tenía que evaluar las universidades de Alemania del Este. En casos individuales, esta fue una tarea humanamente difícil (por ejemplo, para sorpresa de todos, un colega suizo reconoció a un colaborador de la Stasi en un profesor de Alemania Oriental que lo había espiado en Zurich). Más tarde di cursos de introducción al sistema jurídico de Alemania Occidental en el castillo de Thurnau. La tarea de evaluación de las universidades fue complicada, porque no se podía afirmar que todo lo que la gente había acumulado en sus biografías personales durante décadas era falso y sin valor. Se requería sentido del tacto y empatía. H. Kohl, el “Canciller de la Unidad”, que después sería ridiculizado de forma injusta, predijo acertadamente “paisajes florecientes”. De hecho, existen hoy, incluso si muchas de las dificultades de entonces parecen estar ahora en primer plano y se critica con razón el trabajo de la “Treuhand” en materia económica (palabra clave: “liquidación”). En el *JöR* pude documentar y comentar las constituciones de los nuevos Länder (cfr. *JöR* 41,1993; 42,1994; 43,1995). Al mismo tiempo, publiqué acerca de los procesos de desarrollo de los antiguos estados socialistas⁽⁹⁾. La documentación precisa de los textos constitucionales es indispensable para la teoría del desarrollo gradual de los textos.

8. Mirando hacia atrás, trabajé científicamente en tres líneas fundamentales sin poder proporcionar, en lo que sigue, una “biografía” detallada de los trabajos (los comienzos, en la forma de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales desde 1962 – nueva fue en ese momento la teoría del “doble carácter” de los derechos fundamentales y la necesidad de configuración de todos los derechos fundamentales, así como mi ponencia en la reunión de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Regensburg “los derechos fundamentales en el Estado prestacional”, el status

(8) También científicamente, en la forma de mi trabajo „Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands – Ein wissenschaftlicher Diskussionsbeitrag im Vormärz 1990“ *JZ* 1990, pp. 358 y ss. Con el proyecto de constitución de la „mesa redonda“ de la RDA se puede encontrar documentación en *JöR* 39, 1990, pp. 319 y ss.

(9) Documentación de proyectos constitucionales y constituciones de los antiguos países socialistas europeos y asiáticos se puede encontrar en: *JöR* 43, 1995, pp. 105 y ss.; 44, 1996, pp. 321 y ss.; 45, 1997, pp. 177 y ss.; 46, 1998, pp. 123 y ss.

activus processualis y el intento de estructurar la dimensión de participación se mencionan al menos entre paréntesis):

A Europa, en forma de teoría constitucional europea como primera línea fundamental: *Europäischen Verfassungslehre*. La primera edición se publicó casi puntualmente en el momento de mi jubilación (2001/2002, 7ª edición 2011, 8ª edición junto con M. Kotzur, 2016). Fue precedido por el “Derecho constitucional común europeo” (1991) - el posterior “ius commune americanum” (2003, Ciudad de México) es una formulación paralela - y el volumen *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1999). Quería preservar el título de “teoría constitucional europea”. Trabajos más pequeños, por ejemplo, sobre “Europäische Öffentlichkeit” (el espacio público europeo, 2000), “Europäische Gemeinwohl” (el bien común europeo, 2002) ya se expusieron como conferencias en Berlín y Liechtenstein y luego se publicaron. El modelo del jurista europeo como “servidor del derecho” forma parte de esto. Thomas Mann ya habló de Europa como “comunidad cultural” y de la “Alemania europea”. Una teoría propia es la referida a la UE como “comunidad constitucional” (2001). En esa comunidad, la Ley Fundamental alemana es solo una constitución parcial (2001). Más recientemente, caractericé a la ciencia jurídica europea como ciencia cultural (2017). Mi libro sobre la *Europäische Rechtskultur* (cultura jurídica europea, 1994) es un lugar común en la actualidad. Se dedicó un trato especial (2003) a los diversos proyectos de constitución de la UE, al igual que anteriormente al “nationalen Europaverfassungsrecht” (derecho constitucional europeo nacional, 1995), es decir, las cláusulas europeas en las constituciones nacionales o en los estatutos regionales.

El planteamiento de los estudios científico-culturales es la segunda línea fundamental, basado en la *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (la teoría constitucional como ciencia cultural, 1ª edición, 1982, 2ª edición, 1998). La cultura se ha convertido en el tema de mi vida. El racionalismo crítico de Popper puede abordarse así en términos de contenido. Actualmente todo esto no es tan nuevo como lo era hace casi 40 años. Muchos otros autores hablan ahora también de “cultura constitucional”, de “constitución como cultura” o de “cultura de la constitución”. Incluso hay fundaciones dedicadas a la cultura jurídica⁽¹⁰⁾. Para mí, la naturaleza

(10) La antología *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, marca la larga historia de desarrollo del tema en su reflejo en muchos autores.

y la cultura (esta como una “segunda creación”) están relacionadas entre sí, pero también el derecho y la cultura. (Los derechos específicos de la naturaleza, como en Ecuador, ya no son una utopía hoy). No existe la “libertad natural”, sino solo la libertad *cultural*. La cita “Natura artis magistra” es pertinente. También recordamos el dicho de Goethe: “la naturaleza y el arte parecen huir el uno del otro y haberse encontrado antes de que sea perceptible” - Goethe se convirtió en un “Hausgott” (“dios doméstico”) a una edad temprana. También intenté entender el federalismo y el regionalismo desde la perspectiva de la ciencia cultural (1996/97): como un ejemplo de pluralismo cultural, la separación vertical de poderes es solo un aspecto parcial.

Suiza en particular vive las tres manifestaciones de la cultura en el derecho: la cultura popular, las culturas alternativas y la alta cultura (de lo verdadero, lo bueno y lo bello), que ya está expresada en la constitución bávara de 1946 (Art. 131, párrafo 2). Aquí la alta cultura se muestra junto al “sentido de responsabilidad por la naturaleza y el medio ambiente”, en una modificación constitucional, como base de la vida en el contexto de los fines educativos⁽¹¹⁾. Se puede hablar de “medios de vida culturales”, de cuya importancia hay más conciencia pública que nunca en esta época de la pandemia mundial del coronavirus. Las experiencias comunitarias específicas solo son posibles en la cultura vivida (servicios religiosos, veladas de teatro, conciertos, cine, festivales).

Los seminarios conjuntos en Liechtenstein con G. Batliner, su exjefe de gobierno, me enseñaron a valorar lo “pequeño” en Vaduz (mediados de la década de 1980). De ahí surge una teoría constitucional sobre los estados pequeños (1997) y el “territorio estatal” (en 1993). Me atreví a hacer una incursión directa en las “bellas letras” con el librito: *Das Grundgesetz der Literaten* (la Ley Fundamental de los escritores, 1983). Alcanzan una perspectiva filosófica el ensayo *Zeit und Verfassung* (Tiempo y Constitución, 1974, Lima 2017), así como la formulación de la conexión interna entre la dignidad humana y la democracia pluralista (1987). Por último, realicé algunas incursiones en el tema “referencias a Dios” (1987), así como en las utopías (1987), “Musik und Recht” (música y derecho, JöR 60 (2014) y en el tema *Poesie und Verfassung* (poesía y Constitución, JöR 65, 2017).

(11) Cfr. *Erziehungszielen und Orientierungswerten im Verfassungsstaat*, una temprana monografía de 1981.

La tercera línea fundamental ha sido y es la comparación constitucional cultural (1982), que a veces alcanza una dimensión global. Intenté esto finalmente en los “estudios preliminares” de una teoría constitucional universal de 2013: *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur* (el Estado constitucional cooperativo - desde la cultura y como cultura), en el libro *Die Kultur des Friedens* (la cultura de paz, 2017) y en la *Afrikanischen Verfassungs- und Lesebuch* (constitución y libro de lecturas africanas, 2019). También cabe mencionar la pequeña monografía *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat* (la cultura de la memoria en el Estado constitucional, 2011). El libro *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, supuso una novedosa perspectiva para entender el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto (1976/2014) fue una nueva perspectiva, al igual que la idea de calificar al Tribunal Constitucional Federal de Alemania como un “tribunal ciudadano” (1997). Los *Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (métodos y principios de interpretación constitucional, 2000) han sido una cuestión recurrente.

Las tres líneas o áreas temáticas que he señalado se superponen de muchas maneras y solo fueron posibles después de haber explorado otros temas parciales. Podemos mencionar la tesis sobre el contexto (1979), el derecho comparado como “quinto” método de interpretación (1989, un artículo citado con mucha frecuencia) y el paradigma del desarrollo de los niveles textuales (1989)⁽¹²⁾, con la diferenciación de los niveles textuales en los países en vías de desarrollo (1990). Una palabra sobre la tesis del contexto (1979), desarrollada de manera reiterada⁽¹³⁾ y entendida hoy a, través de la siguiente precisión, como: “interpretación a través del pensamiento reflexivo”, iluminando las conexiones, con el enriquecimiento recíproco de texto y contextos y la comparación constitucional como ciencia del contexto (2007). Sobre los *Klassikertexte im Verfassungsleben* (los textos clásicos en la vida constitucional, 1981, Brasilia, 2016) se puede decir que los textos clásicos son textos constitucionales en sentido amplio y su análisis desde esa perspectiva es muy productivo. También cabe mencionar el pequeño texto *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (la imagen del hombre en el Estado constitucional), que alcanzó cuatro ediciones en 20 años (1988/2008).

(12) “Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates”, *FS Partsch*, 1989, pp. 555 y ss.

(13) Por ejemplo: “Die Verfassung im Kontext”, en: D. Thürer y otros. (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001, pp. 17 y ss.

Finalmente, debe señalarse el intento de interpretar el contrato intergeneracional como un contrato social concebido *en el tiempo* (1998) y de ver el envejecimiento y la edad de las personas como un problema del Estado constitucional (1993) y clasificar la economía social de mercado como un “tercera vía” (1993).

Estos planteamientos se desarrollaron en una serie de monografías que fueron elaboradas de manera paulatina: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (las garantías de las fiestas oficiales como elementos de identidad cultural del Estado constitucional, 1987), *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (el domingo como principio constitucional, 1988/2006), *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (los himnos nacionales como elementos de identidad cultural del Estado constitucional, 2007/2013), *Nationalflaggen, bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole* (las banderas nacionales, elementos de identidad ciudadana democrática y símbolos de reconocimiento internacional, 2008). También traté de utilizar este enfoque cultural del derecho comparado en relación con países individuales como Croacia (1991), Ucrania (1996), Kenia (2010), Georgia (*JöR* 58, 2010), Argentina (*JöR* 60, 2012) y Túnez (2014). Lo mismo se aplica a Suiza (por ejemplo, *JöR*, 40, 1997) y a los Estados pequeños (1993). También en relación con la “Primavera Árabe” y la “Carta China 08” (ambas en *JöR* 60, 2012)), quizás con demasiado optimismo, pero ahora forman parte de mi precomprensión científica y sigue siendo indispensable en la actualidad.

En todo esto, me ayudó el hecho de que, como sucesor de G. Leibholz, me convertí en el editor del *Jahrbuchs des öffentlichen Rechts* desde 1983. Pude encargar artículos específicos, publicar buenos manuscritos que me enviaron y promocionar a jóvenes talentos. En el *JöR* fundé dos nuevas secciones (después de una larga lucha con la editorial Tübingen): “La doctrina del derecho constitucional en autorretratos” (con contribuciones, por ejemplo, de W. von Simson, uno de mis mentores de Freiburg: “El Estado como experiencia”, *JöR* 32, 1983, pp. 31 y ss., posteriormente por T. Oppermann y W. Schmitt Glaeser) así como “Perfiles de jueces” (por ejemplo, T. Ritterspach: “H. Höpker Aschoff, el primer presidente del BVerfG”, *JöR* 32, 1983, pp. 55 y ss.). Dejé de editar el *JöR*, de manera voluntaria afortunadamente, con motivo de mi 80 cumpleaños en 2014, después de 30 años. Me sucedieron cinco colegas como coeditores. Por otro lado, el Premio de Investigación Max Planck que me fue otorgado en

1998 hizo posible, con la ayuda de la Universidad de Bayreuth, fundar el *Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht* (centro de investigación de derecho constitucional europeo) y continuarlo hasta el día de hoy.

9. A través de viajes y cooperación académica, por ejemplo como profesor visitante, me fui abriendo progresivamente a los siguientes países: Italia de 1983 a 2002 (casi todos los años en marzo, como invitado del Instituto Goethe en Roma y como profesor invitado en una de los tres universidades; más recientemente me convertí en miembro de la asociación italiana de constitucionalistas). España desde mediados de los 80 hasta la actualidad, especialmente en Granada. El anfitrión ideal allí sigue siendo F. Balaguer con su “nueva escuela de derecho constitucional” en Granada (con muy buenos discípulos como, por ejemplo, M. Azpitarte, J.M. Porrás, Augusto Aguilar y E. Guillén y colegas como G. Cámara Villar), así como su propia revista; también cabe destacar la creación de la Fundación P. Häberle en Granada, en 2011; igualmente, el Doctorado Honoris Causa por Granada que recibí en el año 2000). En Roma he desarrollado amistades muy cercanas y firmes con A.A. Cervati, A. D’Atena, P. Ridola, F. Lanchester y A. Schillaci, hasta el día de hoy. Se han celebrado diversos coloquios y congresos en mi honor que agradezco mucho. En Turín, tuve la oportunidad de conocer y apreciar a Jörg Luther, como “italiano alemán”. Su repentina muerte, en marzo de 2020, sumió a todo nuestro círculo internacional de amigos en un profundo dolor. J. Luther procedía de Marburg y llegó a ser catedrático de derecho constitucional en Italia. Hicimos algunos viajes académicos muy gratos, por ejemplo, a Marburg, Speyer y Brasil. Por último, pero no menos importante, estábamos unidos por la música: J. Luther era un violonchelista de primera clase. Dimos pequeños conciertos juntos en Granada, Catania y Turín.

Debo mi relación con Grecia, además de al conocimiento de P. Dagtoglou, a la amistad con D.T. Tsatsos en Atenas, el “griego alemán”, que vinculó de manera ideal a Alemania con Grecia en su persona (de manera similar a W. Skouris). Recibí mi primer Doctorado Honoris Causa en Tesalónica (1994). Previamente, había impartido conferencias en Atenas y Tesalónica en la década de 1980. D.T. Tsatsos era un “genio de la amistad” que incluso vino a Bayreuth para mi conferencia de despedida en 2002 (el tema fue: “la ciencia jurídica como forma de vida”) al igual que K. Hesse

con su esposa e invitados destacados de Ucrania, Italia, España y otros países. El reencuentro con Montpellier gracias a una congreso celebrado allí en mi honor en 2014 fue conmovedor (A. Viala/S. Pinon). El puente con Portugal gracias a los colegas J. Miranda, J.J.G. Canotilho y V. Pereira también demostró ser científica y humanamente muy firme.

Finalmente se produjo el “salto” a Latinoamérica. La chispa inicial fue la traducción de mi trabajo: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, 1975) por G. Mendes (1997) que se convertiría más tarde en prominente Magistrado y Presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Este enfoque, por ejemplo, brindó apoyo teórico al instituto brasileño del “amicus curiae”. Más tarde pude desarrollar una amistad científica con I. Sarlet (Porto Alegre) y M.A. Maliska (Curitiba). Desde entonces, muchos de mis libros y artículos se han traducido y publicado, especialmente en Brasil, pero también en el Perú y en Colombia (por ejemplo, la constitución como cultura, en Bogotá, 2002). La concesión de la orden “Cruzeiro do Sul” (2011) en su más alto grado en Brasil fue una alegría especial. También hay que mencionar la monografía sobre mí de R. C. Amaral (*Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional*, 2004), así como el libro publicado en mi honor (2019) que coeditó con C. P. Biagi y A. P. Gontijo. Recientemente he desarrollado una relación amistosa con la profesora M. R. Santiago en São Paulo. Ella hace mucho por la recepción de mis teorías en Brasil. ¿Cuál es el motivo de este amistoso eco? ¿Quizás mi planteamiento científico-cultural?

No menos relevante ha sido y es mi conexión personal y académica con el ilustre y noble profesor de derecho constitucional D. Valadés en la Ciudad de México. Gracias a él, se publicó en México una colección de entrevistas científicas (de Croacia a México pasando por Rumania, el Perú, Argentina y España)⁽¹⁴⁾. El Premio Internacional Fix-Zamudio de la Universidad Nacional Autónoma de México (2014) supuso un inesperado reconocimiento y una ayuda para el centro de investigación de Bayreuth.

La entrevista científica es un género particularmente útil de la literatura científica. Se ha desarrollado principalmente en el extranjero y permite una

(14) *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, Comp. D. Valadés, Mexico, 2006; versión portuguesa, Brasília, 2008; 2º edición, 2017, Mexico. Algunas entrevistas se pueden encontrar también en: *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*, 2016, p. 263 y ss., así como en *Kleinen Schriften*, 2002, p. 375 y ss. (editado por W. Graf Vitzthum).

conversación más libre con acentos muy personales e ideas espontáneas (“ensayo y error”). Siempre estuve muy feliz de poder expresarme de esta forma. Desde mi punto de vista, la monografía sigue siendo el género literario científico más importante. Desafortunadamente, es cada vez más infrecuente para muchos profesores de derecho constitucional alemanes en sus últimos años (falta el “tercer libro”). El “publicar o perecer” conduce a una abundancia de pequeños ensayos y aportaciones a coloquios. Mi deseo: “La universidad alemana no debe morir” (2007) sigue vigente.

Las relaciones con Argentina no son menos estrechas. Están centradas en profesores de Buenos Aires: R.G. Ferreyra y E.R. Zaffaroni. El primero también ha fundado un seminario permanente muy exitoso que se rige por sus propios estatutos. Al margen de este “círculo sagrado” también me concedieron un Doctorado Honoris Causa de la Universidad estatal de Buenos Aires (2009). Se acaba de publicar una edición latinoamericana de mi libro *Die Kultur des Friedens* (la cultura de la paz). Entre mis trabajos más pequeños algunos se han dedicado a la libertad de las artes y las ciencias (1985) e incluso al “deporte” (1993).

Tengo una larga amistad con el Perú gracias a D. G. Belaunde y su discípulo C. Landa en Lima (les debo un Doctorado Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima, 2002). El Prof. Landa pasó casi un año como “humboldtiano” en mi Cátedra en Bayreuth. Más recientemente conocí a un doctorando muy exitoso: Jorge Luis León Vásquez. Representa a la próxima generación de latinoamericanos, por así decirlo, y ahora enseña como profesor en Lima. Su Tesis Doctoral es digna de mención: “Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo. Una contribución a la teoría de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional como *función social* y el derecho procesal constitucional como *derecho del pluralismo y la participación*”, 2016. Fue dirigida por el Prof. M. Kotzur en Hamburgo.

Pude visitar otros dos continentes en una ocasión: África y Japón. En Sudáfrica también di conferencias como invitado en universidades para personas de color durante el tiempo de la segregación racial (1981). En Japón fui profesor invitado en Tokio (1999) y de una colección de ensayos míos se hicieron dos ediciones (2000/2006); ya existe una buena “literatura derivada”, incluso en Corea del Sur. Antes de eso, dos jóvenes profesores de Japón realizaron una estancia de investigación en Bayreuth como invitados: T. Hatajiri y N. Inoue (ya conocía al famoso profesor de

derecho constitucional H. Kuriki de Freiburg). Hoy estoy conectado con Sudáfrica a través del intercambio científico con H. Botha (Universidad de Stellenbosch), que estuvo durante mi último semestre de verano en Bayreuth (2002).

Afortunadamente, no descuidé completamente a Europa del Este⁽¹⁵⁾. En Estonia colaboré en su proceso constituyente⁽¹⁶⁾, así como en Polonia (en Varsovia y Poznan⁽¹⁷⁾). Años después del “annus mirabilis 1989” un viaje a Ucrania me llevó a Kiev y después a Georgia. En Tiflis recibí mi último Doctorado Honoris Causa (2009). Todavía tengo buenos contactos con el entonces rector de la universidad G. Khubua en Tiflis, como también, posteriormente, con B. Cantaria, igualmente de Georgia. Lo mismo se cabe decir del profesor Z. Posavec en Zagreb (Croacia). En una ocasión invitó a todos los miembros de mi Cátedra y estudiantes de mi Seminario a Dubrovnik (incluido el Prof. Kotzur). Las visitas anuales a mi maestro K. Hesse⁽¹⁸⁾ en Freiburg y los viajes con el matrimonio K. e I. Hesse a Suiza y Francia (Borgoña y París) eran siempre lo más destacado del año (de 1969 a 2005).

10. En todo esto, no me he olvidado de dos tareas: por un lado, la formación de estudiantes de doctorado y posdoctorado. A estos últimos se unió A. Blankenagel de Munich. En Bayreuth, los hoy catedráticos L. Michael (Düsseldorf) y M. Kotzur (Hamburgo) maduraron en el seminario y más recientemente el actual profesor J.J. Vassel (Düsseldorf). Todos mis discípulos me han superado en sus campos respectivos. La responsabilidad de formar a investigadores jóvenes (incluso en “clases de prueba”) es tan hermosa como grande para un profesor alemán (cfr. mis “Cartas pedagógicas” de

(15) Cfr. mi trabajo: „Verfassungsentwicklungen in Osteuropa“, AöR 117, 1992, p. 169 ss.

(16) Cfr. algunos planteamientos provisionales y puntuales sobre el proyecto de constitución de Estonia, en: *JöR* 43, 1995, p. 170 ss. (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, pp. 693 y ss.).

(17) Cfr. Algunos principios de política constitucional para configurar la „capacidad europea” de Polonia, en: *Die Verwaltung*, 28, 1995, pp. 249 y ss. (también en: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, p. 738 y ss.; así como en: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 305 y ss.).

(18) Cfr. los *Ausgewählten Schriften* de K. Hesse (1984), editados por A. Hollerbach y por mí.

2011). Hay que hacerles justicia en todos los aspectos, pero también transmitir tu propia ciencia como modelo a seguir, especialmente el arte de trabajar en la investigación básica. Además, es importante darles oportunidades de publicar antes de preparar su trabajo de habilitación. Como maestro, tienes la responsabilidad al menos hasta que el candidato sea nombrado catedrático por primera vez en otra universidad. Por supuesto, este nombramiento a menudo tiene que trabajarse duro: a través de un alto nivel de compromiso y tomando en serio las relaciones personales.

Por otro lado, es importante cultivar la pertenencia a la prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, que es una especie de “hogar” para alguien como yo. Cuando entré allí en 1969 (primera conferencia en Berna), llegué a conocer a los grandes de la época con el debido respeto, como U. Scheuner y P. Lerche, también H.H. Rupp (con quien más tarde formé parte de la junta directiva)⁽¹⁹⁾. El entonces todavía pequeño círculo de colegas tenía algo de familiar; aunque también hubo discusiones agudas a veces. Colegas de renombre como U. Scheuner solían abrir la discusión; su ordenación adecuada por parte del respectivo presidente era y es un arte en sí mismo. En mis escritos he tenido en cuenta muy pronto y con mucho gusto discursos destacados de otros. En la década de 1970, la disputa entre escuelas (C. Schmitt/R. Smend/H. Heller/H. Kelsen) todavía estaba latente, y también se percibían algunos antagonismos partidistas. Ambos se han desvanecido un poco hoy y han pasado a un segundo plano. En relación con esta temática, H. Schulze-Fielitz escribió el importante libro “*Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*” (2013). Por último: como científico tienes que reconocer tus propios límites (estamos “sobre los hombros de gigantes” y, por tanto, vemos un poco más allá). Por lo que se refiere al género de los comentarios, solo contribuí a un comentario una vez, concretamente en Suiza (comentario sobre el Art. 6 de la Constitución federal Suiza)⁽²⁰⁾.

11. No sin orgullo debo mencionar los numerosos Seminarios y Coloquios honoríficos que se me han dedicado en el curso de mi vida académica. El primero fue en Suiza: en Disentis (Graubünden) con motivo de

(19) Cfr. sobre la *Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung* mi contribución en *FS H. Maier*, 1990, pp. 327 y ss. y *FS Tsatsos*, 2003, pp. 164 y ss.

(20) *Die Schweizerische Bundesverfassung*, edición de B. Ehrenzeller y otros., 2002, 3ª edición de 2014, pp. 155 y ss.

mi 60 cumpleaños (1994) bajo la dirección de T. Fleiner con muchos romanos como invitados (como A.A. Cervati, A. D'Atena, P. Ridola y el presidente de la Corte en Roma A. Baldassarre). También estuvieron presentes P. Saladin, J.P. Müller y K. Hesse. Las Actas del Congreso se publicaron en T. Fleiner-Gerster (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft* (la sociedad multicultural y multiétnica, 1995). El 65º cumpleaños siguió con un coloquio en Baden-Baden, organizado por la editorial Nomos que dio lugar al libro: M. Morlok (ed.) *Die Welt des Verfassungsstaates* (2001). El 70 cumpleaños lo marcaron la publicación conmemorativa española *Derecho constitucional y cultura* (coord. F. Balaguer, 2004) y la publicación conmemorativa alemana *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (2004) presentada en el *Wissenschaftskolleg zu Berlin*, en el que tuve una estancia durante 1992/1993 (un año muy estimulante al que le debo la monografía *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, que ha sido traducida a cinco idiomas). El 75 cumpleaños me regaló el volumen *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht, Späte Schriften* (la comparación constitucional en perspectiva europea y cosmopolita, últimos escritos, 2009) editado por M. Kotzur y L. Michael. Finalmente, en mi 80 cumpleaños, recibí otra publicación conmemorativa (editada por A. Blankenagel: *Den Verfassungsstaat nachdenken. Eine Geburtstagsgabe* (2014) así como un libro electrónico sobre el congreso celebrado en Lisboa (*O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*, editado por V. Pereira y F. Balaguer, 2015; en 2007 había recibido un Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Lisboa). El "álbum" editado por F. Balaguer (*Peter Häberle. Ein Portrait*, 2014) fue algo muy especial. Ahora están a punto de aparecer las Actas del coloquio en Hamburgo (2019), organizado de manera ejemplar por M. Kotzur y F. Balaguer. Los libros conmemorativos, a los que les dediqué un artículo específico ("*Festschriften im Kraftfeld ihrer Adressaten*" *AöR*, 1980) eran y seguirán siendo un tema científico por derecho propio y no deben dejarse morir.

Las amistades científicas (por ejemplo, con H. Maier y M. Stolleis, P. Cruz Villalón, A. López Pina, E. Mikunda y H. Maurer, así como W. Graf Vitzthum y los ya mencionados anteriormente) son la mayor felicidad para un investigador. Combinan la dimensión personal con la objetiva de

una manera única: la tarea de una “búsqueda eterna de la verdad”. Si hay elementos artísticos, ya sea en el estilo lingüístico o en la interpretación conjunta de piezas musicales (por ejemplo con L. Michael como violinista y con J. Luther en Turín como violonchelista, también con H. Hofmann como violonchelista en el Congreso de Konstanz en 1982), la felicidad es completa. ¡Cuántas veces he podido experimentar todo esto! No puedo expresar mi gratitud con palabras. A mi edad, cada día de logros es un regalo (esto también vale para las traducciones de mis textos a más de 15 idiomas, las más recientes al árabe y al inglés: M. Kotzur, ed., *Peter Häberle on Constitutional Theory*, 2018). La recepción de escritos constitucionales en otros sistemas constitucionales (“migraciones”) requiere de una formulación teórica específica, por ejemplo de la designación de “mediadores de recepción” como son los tribunales y los colegas académicos, así como de la elaboración de los diferentes contextos. ¡Ningún texto sin contexto! Me ocupé de esta temática de los elementos de un “modelo de recepción jurídica” en un artículo publicado en *Juristenzeitung* en 1992.

12. Los “días de logros” son necesarios para un proyecto final: estructuras de una teoría constitucional universal. Gracias a la jurisprudencia universal, tal como está surgiendo en todo el mundo, por ejemplo, en los tribunales internacionales y en el canon de los métodos jurídicos. También en la incorporación de los principios generales del derecho al derecho internacional, entendido este último como “derecho constitucional de la humanidad” con sus constituciones parciales, y el gran potencial del modelo de estado constitucional cooperativo para aunar la perspectiva científico-cultural. El valor constitucional básico “humanidad” es un fundamento “final” de validez del derecho internacional. Metodológicamente, se requiere un optimismo moderado, el “principio esperanza” aquí también, como precomprensión cultural optimista. En alusión a Hegel, las constituciones parciales deben entenderse como “su tiempo aprehendido en el pensamiento”. Se trata de los siguientes ámbitos:
 - Culturas del preámbulo (derecho nacional, regional, internacional) - su lenguaje específico y su poder normativo.
 - Espacio público (nacional, regional, internacional) desde el estado de naturaleza “salvaje” actual de las redes sociales hasta el estado cultural regulado.

- El canon de las fuentes del Derecho (palabras clave: pluralismo de fuentes legales, su numerus apertus, 1997).
- Principios generales del derecho (nacional e internacional).
- Los derechos humanos como derechos de la humanidad en todas sus numerosas dimensiones conocidas, incluido el *status corporativus* (1989), es decir, el lado colectivo de los derechos fundamentales. Cfr. el artículo 19.3 de la Ley Fundamental, el artículo 2 de la Constitución Italiana (“formaciones sociales”) y el Art. 9.2 de la Constitución Española (“grupos”).
- El derecho constitucional de la paz, en su vertiente internacional, europea y nacional - la cultura de la paz.
- El derecho constitucional cultural (nacional y mundial), por ejemplo, la protección nacional y universal de los bienes culturales y de símbolos como banderas e himnos, como también de la diversidad lingüística.
- Los fines educativos (universales y nacionales), por ejemplo, en materia de paz, democracia y medio ambiente. Palabras clave: principios constitucionales “como” objetivos educativos.
- Una doctrina constitucional del trabajo humano como cultura.
- La economía, entendida instrumentalmente como al servicio de las personas y su dignidad, elementos de la economía social de mercado.
- La salud como bien público y privado.
- El cambio climático como tema de las constituciones nacionales y del derecho internacional.
- Las jurisdicciones independientes como elementos de la separación de poderes (nacional, regional y universal).
- La responsabilidad de todos respecto de “un mundo” especialmente en tiempos de la pandemia del coronavirus.

El “derecho constitucional nacional mundial” ya existe de forma selectiva (análogo al derecho constitucional nacional europeo, art. 23 LF): por ejemplo, en el Preámbulo, en el artículo 1.2 y en los artículos 24 a 26 de la LF, en los artículos 10 y 11 de la constitución de Italia, en el art. 7 de la constitución de Portugal, en el preámbulo constitucional

de España y en el preámbulo de la Constitución federal de Suiza (1999): “fortalecer la independencia y la paz con solidaridad y apertura al mundo”. Es una parte de la visión del mundo del Estado constitucional. Las percepciones nacionales sobre la constitución, como orden jurídico fundamental, como “estímulo y límite” o la constitución como cultura, deben ser proyectarse también sobre el mundo y la humanidad. Ya existe hoy una interrelación universal entre todas las constituciones parciales de nuestro mundo. Está por descubrir. El constitucionalismo universal basado en las constituciones parciales nacionales e internacionales (*JöR* 62, 2014) será posible y “necesario”.

Bayreuth, septiembre de 2020

EL “BUEN VIVIR” EN LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Karen Añaños^(*)

Resumen:

En la presente comunicación, se pretende analizar la implicación del término Buen Vivir, en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se traduce en el derecho de los pueblos indígenas al desarrollo y a la paz. Así, por un lado, se plantean las novedades de la Declaración; y, por otro, se estudia el derecho al desarrollo y a la paz, como elementos constitutivos, de la Declaración. Este estudio nos permitir esbozar algunas reflexiones, que puedan servir de pautas para la discusión y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la región iberoamericana.

1. A modo de introducción

En el continente americano, la aportación del sistema interamericano de derechos humanos ha sido y es fundamental, en cuanto a la defensa de los pueblos indígenas, mediante sus dos órganos principales, a saber:

(*) Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (España). Profesora del Departamento de Derecho Constitucional e Investigadora del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada. Dirección postal: Plaza de la Universidad 1, s/n. CP. 18001, Granada. E-Mail: karengananos@ugr.es

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El antecedente de la Comisión Interamericana, se remonta a la década de los setenta, reflejado en el *caso del Pueblo Aché contra Paraguay*⁽¹⁾. Por su parte, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana tiene lugar a principios de la década de 2000, con el *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*⁽²⁾. Asimismo, en esta última década, la Comisión Interamericana crea la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, a fin de reforzar su labor.

En 1989, mediante un mandato de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), se solicita a la Comisión Interamericana la preparación de un instrumento jurídico, con relación a los pueblos indígenas (AG/RES.1022-XIX-O/89).

Ulteriormente, en 1997, la Comisión Interamericana presenta, ante el Consejo Permanente de la OEA, el documento denominado “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”⁽³⁾. Así, en 1999, se inicia el seguimiento del “Proyecto de Declaración”, en el seno de un Grupo de Trabajo, por medio de mandatos de la Asamblea General, que fueron renovados, anualmente.

En este marco a favor de la protección de los pueblos indígenas, en 2009, en la OEA, el Departamento de Derecho Internacional, a través del “Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas en las Américas”, ha contribuido notablemente en la promoción y participación de los pueblos indígenas en los diferentes procesos nacionales e internacionales.

En mayo de 2016, durante la Decimoctava Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de consensos realizada en Washington, D.C., el Grupo de Trabajo terminó la elaboración del documento, que se eleva a la Asamblea General por el Consejo Permanente de la OEA.

Finalmente, tras veintisiete años de trabajo conjunto de la OEA, la Asamblea General reunida en Santo Domingo, República Dominicana, el 14 y 15 de junio de 2016, en su XLVI Periodo Ordinario de Sesiones, adopta

(1) CIDH. *Caso del Pueblo Aché contra Paraguay*, 1977.

(2) Corte IDH. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* 2001.

(3) OEA/Ser.G.CP/doc.2878/97, del 21 de marzo de 1997; Cfr. OEA, 2001.

la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración Americana de la OEA), con la participación de diversas ONG, la sociedad civil y representantes de la población indígena. De esta manera, se considera finalizado un proceso, que se gestó, en Washington DC, en 1989⁽⁴⁾.

2. Una aproximación a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La naturaleza jurídica de la Declaración Americana de la OEA, se circunscribe dentro de los actos declaratorios. Así, el Comité Jurídico Interamericano (CJI), en su informe sobre el Proyecto de Declaración Americana, adoptado en 1998, recoge que:

“Si bien en estricto derecho las declaraciones, como resoluciones que son, no tienen efecto obligatorio respecto de los Estados miembros, pueden generar efectos jurídicos obligatorios por dos vías diferentes: en primer lugar, por cuanto constituyen un reconocimiento de derechos o hechos preexistentes, pueden ser utilizadas por el juez internacional para la constatación de esos derechos o situaciones o para la interpretación de tratados u otros actos jurídicos que obligan a los Estados. En segundo lugar, en la medida en que la conducta de los Estados se ajuste a las normas proclamadas en la declaración, éstas pueden transformarse en costumbre internacional. En este caso, la declaración misma puede servir de prueba de la opinio juris, es decir, de que los Estados actúan en el convencimiento de que actúan en cumplimiento de una norma jurídica obligatoria.”

En primer lugar, en cuanto a la estructura de la Declaración Americana de la OEA, cuenta con un Preámbulo y cuarenta y uno (41) artículos, establecidos en seis secciones. El Preámbulo reconoce, entre otros, la importancia de la presencia de los pueblos indígenas y su gran contribución al desarrollo, la pluralidad y la diversidad cultural de las sociedades del continente americano.

En ese sentido, los pueblos indígenas poseen derechos propios, por lo que surge la necesidad de protegerlos y respetar su identidad cultural, frente a las injusticias históricas que han sufrido, que les han impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad

(4) Cfr. Toro, 2013: 27-43; Toro, 2008: 351-374; OEA, 2009.

con sus propias necesidades e intereses. En consecuencia, la Declaración Americana de la OEA reconoce la urgente necesidad de respetar y promover los derechos a sus tierras, territorios y recursos, así como el respeto de los “conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas, contribuyendo al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”.

También, el Preámbulo aboga por los avances conseguidos, en el ámbito internacional, en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, destacando el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales⁽⁵⁾; y la Declaración de la Naciones Unidas del 2007, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De este modo, se pretende eliminar todas las formas de discriminación que puedan afectar a los pueblos indígenas, de las cuales son responsables los Estados. Discriminación y marginación, que vienen sufriendo los pueblos indígenas, desde la época colonial, hasta nuestros días (Preámbulo de la Declaración Americana de la OEA).

Según el Banco de Datos de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, en América Latina y el Caribe, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL de Naciones Unidas, estima que, en el último censo de 2010, vivían en la región alrededor de cuarenta y cinco millones de indígenas. Y, en 2018, existían alrededor de 522 pueblos indígenas, que se localizan, desde una óptica geográfica, desde la Patagonia (Argentina), hasta México, es decir, ocupan la parte sur, centro y norte de América.

En segundo lugar, en relación a la parte sustantiva de la Declaración Americana de la OEA, se contemplan seis secciones. La primera sección está referida al ámbito de aplicación y los alcances. Así, los Estados deben “reconocer y respetar el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades”. También, se les reconoce el derecho a la libre determinación (Artículos I - IV)⁽⁶⁾.

La segunda sección recoge los derechos humanos y derechos colectivos que les corresponden, por su propia naturaleza. Derechos colectivos que son “indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos” (Artículo VI). Asimismo, se incorporan derechos como la

(5) Cfr. OIT, 2003; OIT, 2009.

(6) Leger, 2002.

igualdad de género, derecho a pertenecer a uno a varios pueblos indígenas, a su personalidad jurídica, el rechazo a la asimilación, la protección contra el genocidio y las garantías contra el racismo, la discriminación, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia (Artículos V - XII).

La tercera sección aborda la identidad e integridad cultural, su patrimonio cultural, el derecho que tienen a “preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares”. También, se incorporan disposiciones sobre la educación, espiritualidad indígena, familia, salud y protección del medio ambiente sano. Entendido como ese derecho a vivir en “armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo” (Artículos XIII - XIX).

La sección cuarta versa sobre los derechos organizativos y políticos de los pueblos indígenas, como son los derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento, y a ejercerlos, sin interferencias, de acuerdo a su cosmovisión. Se reconoce el derecho a su autonomía y promueve la participación en la vida nacional, en los asuntos que afecten sus derechos, además de promover y desarrollar sus instituciones, en función de sus prácticas (Artículos XX - XXIV).

La sección quinta desarrolla los derechos sociales, económicos y de propiedad, respecto al derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos. Se destaca del derecho de los Pueblos indígenas a permanecer en aislamiento voluntario o en contacto inicial, según sus culturas. Asimismo, se contemplan sus derechos laborales, la protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual, derecho al desarrollo, derecho a la paz, a la seguridad y a la protección (Artículos XXV - XXX).

Por su parte, la sección sexta, relativa a las provisiones generales, abarca el pleno goce de los derechos y libertades civiles, políticas, económicas, sociales y culturales. También, incorpora el acceso a los recursos efectivos e idóneos como los judiciales, en caso de violación de los mismos, a los mecanismos y procedimientos de solución de controversias y la interpretación de la Declaración Americana de la OEA (Artículos XXXI - XLI).

Una de las características que debemos resaltar de la Declaración Americana de la OEA, es que toma como punto de referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto queda reflejado en la similitud que hay en sus diferentes disposiciones.

2.1. Las provisiones particulares de la Declaración Americana de la OEA

Las provisiones particulares de la Declaración Americana de la OEA están vinculadas a los temas de libre determinación, consulta y consentimiento⁽⁷⁾, los derechos colectivos y los recursos naturales, tierras y territorios. En este sentido, diferentes delegaciones, como es el caso de Estados Unidos, Canadá, Brasil y Colombia, presentaron algunas declaraciones y notas al final del texto⁽⁸⁾, que deberán ser tomadas en cuenta en dichos países, al momento de implementar la Declaración.

En particular, primero, Estados Unidos declaró que este documento no tiene carácter vinculante en sí, y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados miembros de la OEA, en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario. También, reitera su compromiso para atender los problemas que conciernen a los pueblos indígenas en el Hemisferio, como el “combate a la discriminación social de que son objeto, el incremento de su participación en los procesos políticos nacionales, la falta de infraestructura y las malas condiciones de vida imperantes en sus comunidades, el combate a la violencia contra las mujeres y niñas indígenas; además, aquel país aborda la promoción de la repatriación de restos ancestrales y objetos ceremoniales, así como la colaboración en áreas relativas a los derechos territoriales y gobierno autónomo, entre otros”. Adicionalmente, Estados Unidos, insta a la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el compromiso adquirido en la Conferencia Mundial, sobre los Pueblos Indígenas, de 2014.

Segundo, Canadá, país que no ha adoptado ninguna posición sobre la Declaración Americana de la OEA, señala la necesidad de realizar consultas a sus pueblos indígenas, señalando que: “algunas organizaciones indígenas

(7) Cfr. Anaya, 2004; ONU, 2008; CIDH, 2009.

(8) Declaraciones presentadas por las delegaciones durante la Décimo novena Reunión de Negociaciones (16 al 19 de mayo de 2016).

canadienses han expresado su preocupación, por el papel de los pueblos indígenas en el proceso de negociación para la Declaración Americana”.

Tercero, Colombia aduce que la Declaración no es una norma jurídicamente vinculante, ni tampoco constituye prueba alguna de la conformación de disposiciones de naturaleza convencional o consuetudinaria vinculantes para Colombia. En esa línea, este país encuentra que algunos aspectos de la Declaración contradicen el orden jurídico colombiano vigente. Por ende, Colombia se aparta del consenso, en cuanto a los artículos XXII.2 (derecho y jurisdicción indígena), XXIX.5 (derecho al desarrollo) y XXX.5 (Derecho a la paz, la seguridad y la protección), que reiteran su posición, en contra de los artículos 19, 30 y 32a de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Y, cuarto, Brasil, se suma al consenso de la aprobación de la Declaración Americana de la OEA, sin embargo, se reserva el derecho de hacer una revisión integral de la Declaración.

3. Elementos constitutivos del Buen vivir en la Declaración Americana de la OEA

Partimos de la premisa que el Buen Vivir tiene diferentes denominaciones, dependiendo del idioma de los países de la región iberoamericana. En Ecuador, se traduce, en idioma “Kichwa”, o quechua, como “Sumak Kawsay”. Asimismo, se le denomina como “Suma Qamaña”, en aymara, y “Ñandareko”, en guaraní, expresiones contempladas en algunas de las principales lenguas del Estado plurinacional de Bolivia.

Desde una visión indigenista, para Macas, el “Sumak Kawsay”, persigue establecer una interacción armónica, equilibrada e interna y externamente, entre la existencia humana y lo natural de todos los procesos vitales⁽⁹⁾. Por lo tanto, el “Sumak Kawsay” es entendido como la vida en plenitud (se hace alusión a vivir en conformidad, vivir mejor, o prosperidad económica), que se concibe dentro del sistema comunitario, como es el pueblo indígena⁽¹⁰⁾.

En este apartado, nos vamos a centrar en el estudio del Buen Vivir, desde la óptica de la Declaración Americana de la OEA. Específicamente,

(9) Macas, 2010.

(10) *Ibid.*

nos referimos al derecho al desarrollo y a la paz, que constituyen el eje que engloba el concepto de Buen Vivir.

3.1. Derecho al desarrollo

El Derecho al desarrollo se encuentra plasmado en el artículo XXIX de la Declaración Americana de la OEA, que destaca el derecho al libre desarrollo político, económico, social y cultural de los pueblos indígenas⁽¹¹⁾. Asimismo, asegura el disfrute de sus medios de subsistencia, según su cosmovisión e instituciones. En consecuencia, garantiza el derecho a determinar de manera libre su desarrollo, con la implementación libre de sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. También, promueve la participación de los pueblos indígenas en la elaboración y determinación de políticas o programas, a favor de su propio desarrollo, debiendo administrar estas políticas, a través de sus instituciones.

En el apartado cuarto de este artículo, se establece el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas⁽¹²⁾, cuando se vean implicados o afectados, a causa de medidas relacionadas con sus tierras, territorios y recursos (utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo)⁽¹³⁾.

Por último, frente a los impactos contraproducentes ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales, originados por causa de la ejecución de un proyecto, planes o programa de desarrollo del Estado, de organismos financieros o de empresas privadas, los pueblos indígenas tienen el derecho de recurrir a la ayuda estatal, a fin de aminorar sus consecuencias negativas. Asimismo, tienen derecho a la compensación, por cualquier daño o perjuicio que se les causare, como es la restitución, y de no darse el caso, a una indemnización justa y equitativa. Artículo XXIX de la Declaración de la OEA que tiene como similitudes, con la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, los artículos 20, 23, 32 y 39.

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respecto a la temática, queremos destacar la labor trascendental, en cuanto al reconocimiento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre

(11) Cfr. Leger, 2002.

(12) Cfr. ONU, 2011:26; UNPFII, 2005.

(13) Cfr. Aylwin, 2002.

los recursos naturales descubiertos en sus territorios. Esto se ve reflejado en los casos concretos *Del Pueblo Saramaka vs. Surinam*⁽¹⁴⁾, y el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*⁽¹⁵⁾.

Asimismo, la Corte Interamericana ha sido pionera, en lo que se refiere a la relación muy estrecha de los pueblos indígenas con la tierra. En primer lugar, el reconocimiento del derecho al goce de la tierra, sin necesidad de un título formal de propiedad; y en segundo lugar, la adopción de medidas especiales para que se garantice el ejercicio del derecho de protección, con el propósito de garantizar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas como tribales. Sobre este punto, destacamos los casos: *De la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*⁽¹⁶⁾ y, el caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*⁽¹⁷⁾. En esta misma línea, la Corte Interamericana, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*, señaló el “profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio”⁽¹⁸⁾.

Por lo tanto, para la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas, el control y posesión de la tierra, los territorios y los recursos se configuran como elementos primordiales. Así, en el informe de la Relatora Especial Erica-Irene Daes, señala: “ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas”⁽¹⁹⁾.

3.2. Derecho a la paz

La Declaración Americana de la OEA contempla el Derecho a la paz en el artículo XXX, bajo el título “Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección”. Este artículo consagra que, todos los pueblos indígenas,

(14) Corte IDH. *Caso Del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 2007:141

(15) Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005:167

(16) Corte IDH. *Caso De la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua*, 2001:149 y 151.

(17) Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 2007:72 y 85.

(18) Corte IDH. *Caso Sarayaku vs. Ecuador* 2012:148 y 149). Véase: Aylwin, 2002.

(19) ONU, 2001.

tienen el derecho a la paz y a la seguridad, cuyo sujeto de protección de derecho son los pueblos indígenas⁽²⁰⁾.

En este contexto, los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad, tanto en situaciones de conflicto armado interno o nacional (por ejemplo, el caso de las FARC en Colombia), como a nivel internacional. Este ámbito es regulado por el derecho internacional humanitario, que vela por la protección de los derechos de las personas en tiempos de guerra. Para ello, la Declaración Americana de la OEA incluye referencias a convenciones de derecho internacional humanitario, adoptada en el seno de la ONU, tales como el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados, sin carácter internacional.

Ahora bien, en caso de conflictos armados, los Estados deben tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades. Los Estados son los principales responsables de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por lo que deben cumplir las obligaciones que asumen en los acuerdos, que hayan firmado y ratificado. En ese sentido, los Estados deben cumplir y garantizar la protección a los miembros más vulnerables del grupo, como son los menores y las mujeres. En consecuencia, no se deben reclutar a los niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas de un país, bajo ninguna circunstancia. También, los Estados tienen la obligación de tomar, por un lado, medidas de reparación efectiva y proporcionar los recursos necesarios, de manera conjunta con los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado.

Y, por otro, deben adoptar medidas especiales y efectivas, con el objeto de garantizar que las mujeres, niños y niñas indígenas vivan libres de toda forma de violencia, especialmente sexual, y garantizar el derecho de acceso a la justicia, la protección y reparación efectiva de los daños causados a las víctimas. Asimismo, este artículo de la Declaración, se opone a las actividades militares en tierras y territorios de los pueblos

(20) A diferencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de pueblos indígenas (2007) que contempla que el sujeto de protección son las personas indígenas.

indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente⁽²¹⁾. Finalmente, cabe indicar que el artículo XXX de la Declaración de la OEA, tiene como similitudes, con la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, su Preámbulo, y los artículos 7 y 30.

4. Reflexiones finales

Primero: la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas constituye el primer instrumento del sistema interamericano de derechos humanos, que se manifiesta sobre estos pueblos, de manera específica, y que prevé una serie de disposiciones para la promoción y protección de los derechos de las personas, que se consideren indígenas, y que sean identificadas como tales, entre sus partes.

Este hecho supone un gran avance en el desarrollo de la temática de los pueblos indígenas, así como la jurisprudencial interamericana, en este ámbito, configurándose como una contribución pionera e invaluable para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales de los Estados miembros de la OEA.

Segundo: El Buen Vivir, entendido a la luz de la Declaración de los Derechos de los Pueblos indígenas, se concreta, en el derecho al desarrollo y a la paz de los pueblos indígenas, como elementos imprescindibles de la Declaración Americana. Este desarrollo está relacionado con el desarrollo político, económico, social, cultural, tradicional de los pueblos indígenas, con el propósito de asegurar el disfrute de sus medios de subsistencia, de acuerdo a su cosmovisión e instituciones propias.

La relación de los pueblos indígenas con los elementos de la tierra, territorio y recursos son inseparables, conformando la base de su desarrollo. De ahí que el derecho conseguido al consentimiento libre, previo e informado (derecho a la consulta), representa un mecanismo de defensa en contra de los impactos adversos, ya sean ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales, a causa de la ejecución de un proyecto estatal.

Finalmente, hay que subrayar la gran importancia de alcanzar la Paz, que es inseparable al concepto de equilibrio, armonía, convivencia

(21) En la Declaración de la ONU (2007) se impone “consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados (...) antes de utilizar sus tierras y territorios para actividades militares”.

pacífica y segura de los pueblos indígenas, pero también de respeto de sus derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), por parte de los Estados.

Con este objetivo encomiable, se ha implementado una serie de instrumentos jurídicos internacionales, de cara a que cualquier vulneración de la Paz de estos pueblos, por parte del Estado, se traducirá en una adecuada compensación, como una restitución y/o indemnización. Además, y de manera prioritaria, merecen una especial atención la defensa de las mujeres, niños y niñas indígenas de cualquier agresión de las fuerzas militares, a fin de garantizar, en general, una vida libre de toda forma de violencia.

5. Referencias bibliográficas

Anaya, J. (2004) *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2ª Edición, New York, Oxford U. Press.

Aylwin, J. (2002) *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, Washington D.C., Organización de Estados Americanos, OEA.

CIDH (2009) *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, [Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009]. En: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

CJI (1998) *Comité Jurídico Interamericano, Observaciones y recomendaciones a la Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*[(CP/doc.2878/97 corr.1)], documento RECIDIN/INF.1/99 del 4 de mayo de 1998.

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

- Macas, L. (2010) Sumak Kawsay. La vida en plenitud. *América Latina en Movimiento*, n° 452, pp. 14-16.
- Leger, M. (2002) El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, ¿Amenaza o ventaja?, *Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*.
- OEA (2009) Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas, Departamento de Asuntos Internacionales, Secretaría de Relaciones Externas, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C.
- OEA (1997) Informe de la Sesión Especial del Grupo de Trabajo [OEA/Ser.K/XVI,GT/DADIN/doc.23/01 rev.1].
- OIT (2009) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Programa para Promover el Convenio NÚM. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- OIT (2003) Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169).A manual. Geneva, International Labour Office, p. 44. En: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2003/103B09_345_engl.pdf
- ONU (2011) Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisión*, [Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2].
- ONU (2008) UNDG. Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, New York. En: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf
- ONU (2001) Economic and Social Council, Report on the working paper prepared by Mrs. Erica-Irene Daes, Special Rapporteur, [E/CN.4/Sub.2/2001/21].
- Toro, L. (2013) La Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA. En OEA, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos*, Washington, D.C., Departamento de Derecho Internacional de la OEA.

Toro, L. (2008) El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación. En XXXIV Curso de Derecho Internacional, Vol. 27, Washington D.C., Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA.

UNPFII. (2005) Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Consejo Económico y Social, [Doc. ONU E/C.19/2005/3].

Resolución y Jurisprudencia Interamericana:

CIDH. *Caso del Pueblo Aché* (Paraguay), Resolución del 27 de mayo de 1977. En: <http://www.cidh.org/annualrep/74sp/Paraguay.htm>

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Jorge Asbun

A) Elementos básicos

Desde hace un tiempo atrás, en América Latina, se ha venido afianzando en los debates jurídicos y políticos, el denominado Nuevo constitucionalismo latinoamericano o también llamado Neo constitucionalismo latinoamericano.⁽¹⁾

El Neo constitucionalismo latinoamericano comprende un conjunto de ideas, cuyo núcleo esencial radica en que las constituciones deben responder a la pregunta “... cómo se soluciona la desigualdad social”.⁽²⁾

(1) A pesar que algunos miembros de esta corriente explican ciertas diferencias entre ambas denominaciones, es frecuente el uso indistinto de ellas, véanse los trabajos de Jorge Benavides Ordoñez, “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, en *Ius Humani*, Revista de Derecho, Quito: 2016 y Nuria Belloso Martín, “El neoconstitucionalismo y el ‘nuevo’ constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universitat de València, 2015, N° p. 32. En el presente estudio, se ha preferido la denominación *Neo constitucionalismo latinoamericano*, en razón de que se entiende que esa denominación expresa mejor la pretensión rupturista que cree tener esta corriente.

(2) Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador: Corte Constitucional, 2010, y Gerardo Pisarello, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999. Balance de una década*, en: <https://rebellion.org/docs/96201.pdf>

Y en ese orden, deben contribuir a “... avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos”. Calificando por ello a la Constitución como *invasora*. Así lo afirman expresamente los autores más conocidos de esta corriente: Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmau, Gerardo Pisarello y Alejandro Medici, entre otros.

A pesar de que algunos de estos autores, señalan que se trata de una corriente doctrinal en construcción, sin embargo, también afirman que la misma no sólo busca constituirse en una teoría constitucional, sino además en una teoría del derecho –y particularmente– un modelo constitucional, porque sugiere los contenidos que entiende determinantes de los textos que se adscriban a la misma.

El presente ensayo sólo analizará esta última vertiente, esto es, el modelo constitucional; y en relación a éste, los elementos que la mayoría de los autores referidos consideran imprescindibles para una Constitución *invasora* son: 1) Un robusto catálogo de derechos; 2) Altos niveles de normas materiales o sustantivas en los campos económicos, sociales y otros; 3) Constitución como norma directamente aplicable; 4) Rigidez constitucional; y 5) Activismo judicial⁽³⁾. Otras dimensiones como la legitimidad democrática, desarrollada por Viciano y Martínez,⁽⁴⁾ o el denominado giro descolonial, al que alude Alejandro Medici⁽⁵⁾, puede decirse que han sido explicados por éstos, pero no han sido asumidos por la mayoría de los autores.

Al momento de citar ejemplos concretos de textos que incorporaron los contenidos del Neo constitucionalismo latinoamericano, recurrentemente suelen citar las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de

(3) Véase: Viciano y Martínez, “*El nuevo...*” *op. cit.*, Gerardo Pisarello, en *El nuevo... y Raúl Castell “El Neoconstitucionalismo en América Latina”*. La gaceta jurídica, Diario *La Razón*, La Paz, Raúl Castell, 21 de octubre de 2014. http://www.la-razon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2147185385.html consultado el 04 de enero del 2017

(4) Viciano y Martínez, *op. cit.*

(5) Alejandro Medici, “Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2010, N° 3, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Universidad Nacional de La Plata, p. 5.

2008 y Bolivia de 2009, que según ellos constituyen ejemplos a seguir.⁽⁶⁾ En menor medida también suelen referirse a la Constitución de Colombia de 1991 y de Brasil de 1998.

Corresponde entonces desarrollar los elementos que el Neo constitucionalismo latinoamericano considera esenciales, para luego proceder a su análisis:

1. Un robusto catálogo de derechos

El Neo constitucionalismo latinoamericano, afirma que la existencia de una profusa carta de derechos fundamentales en los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia, tanto de naturaleza civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, medio ambiente, reconocimiento de los valores culturales e instituciones de las comunidades o pueblos indígenas allí donde los haya, marcan una diferencia esencial frente al constitucionalismo clásico, que “[...] se limitaba a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupaba por la individualización y colectivización de acuerdo con cada caso de los mismos”. Raul Castell expresó al respecto, la “búsqueda por transformar realidades injustas e inequitativa han colocado a los derechos fundamentales en el centro de un nuevo paradigma constitucional democrático”.

2. Altos niveles de normas materiales o sustantivas en los campos económicos, sociales y otros

El Neo constitucionalismo latinoamericano afirma que la Constitución no puede agotarse en la organización del gobierno, el establecimiento de las competencias de los órganos públicos y sus relaciones, sino que fundamentalmente debe avanzar “... como fórmula democrática donde el poder constituyente –el pueblo soberano– expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado, pero también de la propia sociedad”.

Viciano y Dalmau, haciendo propias las palabras de Carbonell, señalan que las constituciones que se adscriben al Neo constitucionalismo latinoamericano “... no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales

(6) En Bolivia, Aquiles Ricardo Sotillo Antezana y Willian Herrera Añez, que se adscriben a esta corriente, también destacan esas constituciones en “Ideas introductorias sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Teoría jurídica contemporánea*.

o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.⁽⁷⁾

En el entendimiento de esta corriente, la Constitución debe “configurar la propia sociedad”, esto es, debe fijar los contenidos constitucionales sobre los ámbitos económicos, sociales y otros, a fin de lograr la transformación social; característica –alegan– que permite calificarla como invasora, ya que no solo debe alcanzar a todos los ámbitos de la vida, sino que su deber es incidir: “fuertemente en el diseño de las sociedades a las que pretenden regular”.⁽⁸⁾

Además, afirman que los principios contenidos en los textos constitucionales, no serían ya meras declaraciones políticas, sin incidencia en la realidad, sino que, al reconocérseles fuerza normativa y aplicación directa, esto es, al haberse *juridificado*, se han tornado realizables.

3. Constitución como norma directamente aplicable

Este suele ser uno de los campos en los que más insiste el Neo constitucionalismo latinoamericano, afirmando textualmente: “Las nuevas constituciones huyen del nominalismo anterior y proclaman el carácter normativo y superior de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico”.⁽⁹⁾ Esto es, con el fin de lograr la concreción efectiva de la fuerza jurídica directa de la Constitución, señalan que debe declararse su cualidad jurídica, su eficacia directa y además para concretarla, deben adoptarse el control concentrado de constitucionalidad –o cuando menos mixto– frente al débil e ineficaz control difuso que existía antes en la mayoría de los Estados, otros elementos relacionados, como la legitimidad democrática de jueces y un conjunto de instrumentos que permitan operativizarla, tales como el amparo constitucional, acción de protección, acción de cumplimiento y otros.

Así, Rubén Martínez, afirmaba que el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008 podía:

[...] jactarse de incorporar un catálogo de derechos extremadamente completos, que se inaugura con los derechos del buen vivir y, dentro

(7) *Ibid.*, p. 12.

(8) *Ibid.*, p. 9.

(9) *Ibid.*, p. 17.

de ellos, el derecho al agua y que incorpora un elenco de garantías para su cumplimiento destinadas a hacerlos efectivos, entre ellas una novedosa: la acción extraordinaria de protección. De la parte dogmática de la Constitución cabe destacar la minuciosa protección de los sectores más vulnerables, así como el hecho de que la naturaleza sea sujeto de derechos, y que éstos puedan ser accionados por cualquier persona.⁽¹⁰⁾

Por su lado, Carlos Manuel Villabella, resumía sobre este punto, la concepción del Neo constitucionalismo latinoamericano, señalando la:

[...] noción de Constitución material, implica asumir que esta –a pesar de que se conforma por normas de diferente calibre jurídico– tiene dimensión jurídica y eficacia vinculante. Esto implica aceptar que la diferente textura de la preceptiva constitucional no demerita su fuerza normativa sino, por el contrario, refuerza su rol como mandato de optimización hermenéutica.⁽¹¹⁾

4. Rigidez constitucional

El Neo constitucionalismo latinoamericano critica que la reforma constitucional se efectúe a través del Congreso o mediante constituyentes derivadas,⁽¹²⁾ ya que en cualquiera de esos casos, esos órganos están integrados básicamente por Legisladores u otro tipo de representantes y la ciudadanía no tiene ninguna participación y ahí radica la debilidad de aquellos, porque omiten la participación del titular de la soberanía.

Expresan que la rigidez de la Constitución, no trata sólo de la posición superior que esta ocupa en la estructura normativa y la perdurabilidad que le es inherente, sino que implica que no se puede realizar una reforma de la misma, sin la intervención de los ciudadanos, ya que éstos son los detentadores de la soberanía. En términos de Ruben Martínez, las constituciones son

(10) Rubén Martínez Dalmau, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008”, en *Alter Justitia, Estudio sobre teoría y Justicia Constitucional*, Ecuador: año 2, N° 1, 2008, p. 25.

(11) Carlos Manuel Villabella Armengol, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *ius*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla a.c., núm. 25, 2010, p. 52.

(12) A pesar del uso frecuente de la expresión “constituyente derivada” en la dogmática constitucional, la misma es expresión que resulta contradictoria, resulta más adecuado utilizar la expresión –órgano de reforma– dado que éste solo tendrá potestad para hacer ajustes y reformas sin modificar los elementos esenciales de la Constitución.

rígidas: “... no en el sentido clásico procedimental, sino porque no pueden modificarse sin el consentimiento directo del pueblo, y no (sólo) por medio de sus representantes”.⁽¹³⁾

Para el Neo constitucionalismo latinoamericano, tanto para activar la reforma de la Constitución como para su entrada en vigencia, es imprescindible la participación ciudadana.

5. Activismo judicial

El Neo constitucionalismo latinoamericano, señala que además de un órgano específico y por tanto de naturaleza concentrada, como un Tribunal Constitucional, señalan que el criterio de subsunción de los hechos a las normas, debe ser relegado por ser un criterio anquilosado y estático, afirmando que lo que debe primar es un “constitucionalismo de principios”, y la aplicación del “test de proporcionalidad” con sus componentes: ponderación, idoneidad y necesidad,⁽¹⁴⁾ de modo tal, que utilizando los principios y valores contemplados en la Constitución, no solo eliminen cualquier laguna o contradicción existente en ella, sino que la conviertan en un instrumento eficaz para concretar la transformación social.

Es decir, sugieren dejar de lado el viejo entendimiento del juez como mero aplicador de la ley, que trabaja básicamente a través de la subsunción y reconocer una función esencial a la justicia constitucional, de modo que el juez, no sólo sea el principal protector de los derechos, sino y fundamentalmente, creador cotidiano de Derecho.

Sobre este punto, Alejandro Medici afirmó que la Constitución, es imaginada como:

[...] el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar

(13) Martínez Dalmau, *op. cit.*, p. 23.

(14) Ariza Sastre utiliza las expresiones: “constitucionalismo avanzado” o “constitucionalismo de derechos”. Véase: “La ciencia jurídica ante el Nuevo Constitucionalismo”, en M. Carbonell (ed.), *Nuevo Constitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 239.

y aplicar el ordenamiento jurídico, o a la hora de decidir políticas del derecho.⁽¹⁵⁾

B) Análisis

Como se ha expuesto, el Neo constitucionalismo Latinoamericano afirma que los elementos antes señalados, concretarán una Constitución invasora y transformadora de la sociedad y que en definitiva, ésta será un instrumento para resolver las desigualdades y construir sociedades más justas y con una democracia más plena y alegan que los textos que mejor expresan esa corriente son los de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, por lo que se procederá al análisis y contraste de éstos con los textos constitucionales que los precedieron y verificar, si efectivamente la Constituciones anteriores en esos países, adolecían de los elementos que el Neoconstitucionalismo Latinoamericano considera imprescindibles o en su caso, aquellos se encontraban presentes. Este planteamiento busca finalmente contribuir a identificar si las crisis o deficiencias que existen en la realidad, son producto de una carencia normativa, esto es, de la ausencia de ciertos contenidos en la Constitución o en realidad a desestimar esa idea.

Efectivamente, si se considera que hasta la fecha, han pasado dos siglos desde que se constituyeron los Estados latinoamericanos y las sociedades aún están marcadas por desigualdades sociales, económicas y una democracia muy relativizada, nadie que se considere demócrata puede estar en desacuerdo con otorgar o con mayor precisión -reconocer- a la Constitución, un lugar privilegiado en la construcción de sociedades con mayor justicia, igualdad económica, democracia y pluralismo, porque en realidad esos son los fines de un orden constitucional democrático.

Sin embargo, es imprescindible efectuar el análisis distinguiendo aquellos problemas que surgen por ausencia de normas como plantea el Neo constitucionalismo Latinoamericano, de aquellos que tienen otras causas y por tanto requieren por ello, respuestas diferentes.

(15) Alejandro Medici, "Introducción al (Neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo", en: [www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/1.../derecho.../Neoconsti\[1\]...doc](http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/1.../derecho.../Neoconsti[1]...doc), 20 de junio del 2020.

1. Robusto catálogo de derechos

Los textos constitucionales actuales de Venezuela, Ecuador y Bolivia, formalmente tienen un amplio catálogo de derechos y ello, podría llevar a pensar que efectivamente éstos textos tienen un catálogo robusto, comparado con los textos constitucionales que les precedieron y que tenían un catálogo relativamente corto, al respecto, es preciso precisar que esta diferencia es solo formal.

La mayoría cuando no todos los órdenes constitucionales de los estados latinoamericanos, no solo fueron desarrollando progresivamente un catálogo más amplio de derechos, sino que la mayoría de ellos contaba desde antes de mediados del siglo XIX, con la cláusula de los derechos no enunciados o no enumerados, que regularmente señalaba: “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.⁽¹⁶⁾ Esta cláusula que tiene su origen en la Enmienda IX (1791) de la Constitución de los Estados Unidos, según Héctor Gros Espiell, es “poco común y muy difícil de encontrar” en las constituciones de otros continentes, y su importancia y trascendencia hizo que se incluyera en la Convención Americana de Derechos Humanos. En cuanto al significado jurídico de la misma, el referido autor señala:

En la mayoría del constitucionalismo americano la enunciación o enumeración de algunos derechos apareja la necesaria consecuencia –en virtud de que las Constituciones no atribuyen o crean derechos, sino que se limitan a proclamar algunos derechos preexistentes y a garantizar y proteger su existencia– que si esos derechos no están expresamente declarados, pero poseen las características que exigen los textos constitucionales, se consideran igualmente reconocidos y deben ser, por ende, protegidos y garantizados.⁽¹⁷⁾

(16) Esta cláusula también se halla presente en el artículo 13.ii. del texto constitucional vigente, que señala: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

(17) Héctor Gros Espiell, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 147.

Es decir, que además de los derechos descritos expresamente en los textos constitucionales, el constitucionalismo en América Latina en general, reconocía y reconoce otros derechos que surgen de la forma republicana de gobierno y que, en razón de ello, aunque no aparezcan formalmente en la Constitución, están “protegidos y garantizados”.

Materialmente, la cláusula de los derechos no enunciados, jurídicamente implicó la inclusión en la Constitución, de los derechos, libertades y garantías contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas, suscrito en 1989, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 2007.

Esa lectura, permite concluir entonces que, desde hace casi un siglo atrás, el catálogo de derechos fundamentales de la mayoría de las constitucionales latinoamericanas, era bastante robusto, dado que incluía derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, medio ambiente y reconocimiento y respeto de los valores culturales e instituciones de las comunidades o pueblos indígenas, entre otros. Es decir, contemplaba los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

No se pretende con ello decir que carece de significado la expresión formal de un robusto catálogo de derechos fundamentales, porque sería obviar que el que estén insertos en la Constitución podría tornarlos más accesibles para los ciudadanos –si vale el término–. Sin embargo, las dificultades que pueden presentarse para que la ciudadanía conozca esos derechos, a pesar de no estar incluidos en el texto constitucional, puede ser superada a través de las mismas campañas de información y educación que deben efectuarse regularmente para difundir los derechos. Adicionalmente, los derechos que se encuentran en una norma convencional, no solo constituyen parte del catálogo de derechos fundamentales de una Constitución y por tanto se puede pedir tutela a los órganos internos del Estado, sino que además pueden ser tutelados por los órganos supra estatales creados en dichos pactos, esto es, tienen una tutela reforzada.

Además de todo ello, es imperioso referir, que si se analizan comparativamente las constituciones de los países que hoy ocupan los más altos índices de "... prosperidad y desarrollo humano, ingresos per cápita, educación, salud, libertades civiles, gobernanza democrática, movilidad social más altos del mundo y entre otros aspectos los niveles de corrupción más bajos",⁽¹⁸⁾ como Australia, Austria, Alemania, Dinamarca, Islandia, Finlandia, Suecia, Suiza o Noruega o países con más énfasis en los indicadores económicos como Estados Unidos, entre otros; se puede observar que los textos constitucionales de Austria, Australia, Dinamarca, Estados Unidos y Noruega, poseen una declaración de derechos fundamentales cortos o en palabras de Valentina Faggiani, –sintético– en los que destacan fundamentalmente los derechos clásicos: civiles y políticos, con pocas referencias a los derechos de tercera y ninguna referencia a los de cuarta generación, mientras que los textos de Alemania, Suecia, Suiza y Noruega efectivamente poseen un catálogo un poco más amplio de derechos que de los otros países de Europa, están bastante lejos del robusto catálogo de derechos que poseen las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009.

Es posible concluir entonces, que no existe una relación directa entre una exposición robusta del catálogo de derechos y el desarrollo social y económico, la igualdad y bienestar de los ciudadanos.

En lo que concierne a la afirmación del Neo constitucionalismo latinoamericano, "en sentido de que los derechos fundamentales constituyen un nuevo paradigma", esta es una afirmación que omite que los derechos fundamentales son el paradigma del orden constitucional democrático, desde la fundación misma de los Estados. La revolución americana como la revolución francesa del siglo XVIII, tuvieron como base, los derechos fundamentales y éstos reciben en denominación porque constituían y, siguen constituyendo, el núcleo indiscutible del orden constitucional democrático. Este solo existe para protegerlos y garantizarlos y así esta expresado formalmente en diversos documentos de la fundación del constitucionalismo democrático, entre ellos:

(18) Valentina Faggiani, "Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7. N° 14. julio-diciembre/2010, pp. 225-262.

- La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, aprobada en 1776, que afirma: “Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados”.
- El preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada el 1787, se expresa: “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución...” y,
- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en 1789 señaló: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” Además, expresó: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Como se observa, estos documentos aprobados en el siglo XVIII y que constituyeron la base sobre la cual se formularon las constituciones del resto de los Estados democráticos, coinciden en sus ideas esenciales, en particular sobre la ruptura con los derechos estamentales y diferenciados que se encontraban vigentes en la Edad Media y que correspondían a las personas solo en cuanto y en tanto las mismas pertenecían a un determinado estamento social o económico: nobleza, clero o pueblo.

A partir de las revoluciones americanas y francesas, se estableció de forma expresa que el orden constitucional se fundamentaba en la dignidad del ser humano, que éstos son iguales por naturaleza, que tienen derechos inalienables, entre ellos: la vida, libertad, búsqueda de felicidad, bienestar general, seguridad, resistencia a la opresión y entre otros la propiedad privada. Que el gobierno sólo es legítimo en tanto nace y goza de la voluntad de los ciudadanos y que aquél ha sido constituido con la finalidad de

proteger y conservar los derechos fundamentales, por lo que es evidente que, desde el nacimiento de los Estados democráticos, “los derechos fundamentales –se constituyeron– en el centro o en el paradigma constitucional democrático”. En ese sentido, Manuel Aragón Reyes, precisó:

los derechos fundamentales, aparecen, así, desde el nacimiento del mismo Estado constitucional, como el núcleo del concepto de Constitución. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional, sin duda alguna, pero la más definitoria es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que sólo un pueblo libre (compuesto por ciudadanos libres) puede ser soberano, el único modo de “garantizar” dicha soberanía (hacia el interior, por supuesto, ya que hablamos de soberanía en el derecho constitucional, no en el derecho internacional) es “asegurando” los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador.⁽¹⁹⁾

2. Calidad jurídica superior y carácter directamente aplicable de la Constitución

El Neo constitucionalismo latinoamericano, señala que son elementos claves para lograr la plena vigencia de la Constitución: el carácter de norma superior y su calidad directamente aplicable. Sin embargo, estos caracteres están presentes desde los orígenes del Estado democrático, esto es, desde la revolución americana de 1787 y la revolución francesa de 1789.

Es preciso puntualizar que más allá de todo ello, ontológicamente si la Constitución es una norma jurídica o una ley fundamental, la consecuencia inmediata de ello, es su fuerza normativa directa y plena. Y ello es así, incluso cuando un texto constitucional no contenga una disposición que declare formalmente su calidad jurídica y efecto directo; esa es su naturaleza.

(19) Manuel Aragón Reyes, “Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘neoconstitucionalismo’, ‘garantismo’ y aplicación judicial de la Constitución”, en *Cuestiones Constitucionales*, México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, jul./dic. 2013, p. 9.

Efectivamente no se puede desconocer que la doctrina y la jurisprudencia, durante muchos años, afirmaban que la Constitución solo era una norma programática y tenía aplicación directa únicamente en lo concerniente a la organización del gobierno. Este entendimiento por cierto, era muy extendido en los Siglos XVIII y XIX y no solo en América Latina, sino también en otros continentes como Europa. García de Enterría, quien estudió ampliamente el tema, explicó:

(...) la falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litigios y menos aún como paradigma de validez de las leyes, y acantonó así su significado al plano en que la situó originalmente la post revolución francesa: titularidad de la soberanía y organización de los poderes.

Como se observa, durante casi un siglo, incluso en Europa no se reconocía la juridicidad de la Constitución y el ordenamiento estaba constituido por las leyes y los reglamentos, además estos al hallarse expresados a través de códigos, se consideraba por las autoridades y muchos juristas, que reflejaban el carácter sistémico del Derecho. El mismo García de Enterría, precisó:

En España, el Tribunal Supremo fue completamente explícito: la eventual infracción de la Constitución no era invocable como “motivo de casación” de las sentencias inferiores, de modo que estas sentencias eran perfectamente válidas si desconocían o infringían abiertamente cualquier contenido constitucional; la Constitución era una mera “norma programática”, fue la fórmula final a que llegó el Tribunal Supremo.

Es extremadamente paradójico, que la doctrina y la práctica dominante de la época, considerasen que la Constitución tenía plena validez jurídica en lo referente a la organización del gobierno, pero sobre los derechos fundamentales y sus garantías, solo era un documento programático, a pesar de que los derechos fundamentales, eran –y siguen siendo– el objeto de su existencia.

En América Latina, además de la manifiesta omisión de un contenido normativo que estaba establecido expresamente en las constituciones, así por ejemplo en Perú, la Constitución del 1823, en su artículo 194^o, señalaba: “Todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos

derechos (se refiere a los derechos fundamentales que eran descritos en el artículo 194°), y es un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar religiosamente por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas.”

Es evidente entonces que los derechos no solo fueron establecidos desde los orígenes mismos de la era republicana, sino además expresamente se les reconoció aplicabilidad directa, y lo mismo sucede sobre las garantías constitucionales, que el Neo constitucionalismo latinoamericano exige para concretar la Constitución, pero que por cuestiones de espacio no puede desarrollarse aquí.

3. Altos niveles de normas materiales o sustantivas en los campos económicos, sociales y otros

El Neo constitucionalismo latinoamericano, afirma que las constituciones que contengan normas materiales o sustantivas en los campos económicos, sociales y otros, pueden contribuir a transformar las sociedades; sin embargo al igual que en todos los temas antes analizados, ésa fue la concepción de la Constitución desde sus origen, y tuvo su mayor desarrollo en los inicios del siglo XX, esto es, hace casi un siglo atrás.

Así, a través de la reforma constitucional de 1917, se estableció en la Constitución Mexicana, contenidos sobre temas laborales, como la jornada de ocho horas, sindicalización, derecho al descanso pagado, educación gratuita, exigencia de que la propiedad privada cumpla función social y el bienestar general como límite de los derechos fundamentales y otros contenidos, y en razón de ello, también un cambio del rol que debía cumplir el Estado en la sociedad, tal como ha precisado Mario Bedera:

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales en el primer tercio del Siglo xx exigirá pues una intervención activa de los poderes públicos; ya no estaremos ante obligaciones negativas o de abstención como en el caso de los derechos de primera y segunda generación, ahora es necesario impulsar acciones positivas. De este modo, los derechos sociales se convierten en derechos de crédito frente a la sociedad y el Estado y reconocen a los sujetos la posibilidad de exigir determinadas protecciones sociales.⁽²⁰⁾

(20) Mario Bedera Bravo, “Los derechos sociales en la Constitución de Querétaro y en la española de la ii República”. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/>

Unas décadas después de aquella reforma constitucional, Jorge Carpizo sostenía:

La tesis y el aspecto más importante de nuestra Constitución es el de la justicia social. El constitucionalismo social actualmente sufre verdaderos embates en contra. En México también; por ello, es indispensable que nuestra Constitución continúe siendo la mejor fortaleza de la justicia social. Hay que luchar, y con todas las fuerzas, por la normatividad plena de esos artículos constitucionales.⁽²¹⁾

Hay que destacar en las citas precedentes, la similitud no solo de contenido sino incluso lenguaje con las expresiones de los Neo constitucionalistas latinoamericanos, en relación a la exigencia de que las constituciones contengan normas materiales en los campos sociales y económicos, la justicia social el interés públicos, derechos colectivos en fin todos esos elementos que hoy se insiste en presentar como novedosos, cuando aquellas afirmaciones se refieren a una reforma constitucional aprobada en 1917 y lo que echan de menos los autores citados, es que a pesar que existan normativamente, se incumplen manifiestamente en la realidad.

Néstor Pedro Sagüés, al identificar los temas comunes, del constitucionalismo del siglo XX, señalaba: el concepto positivo de libertad, el concepto sustancial de igualdad, la declaración del trabajo no solo como derecho, sino también como deber, la función social de la propiedad privada, la justicia social como objetivo concreto y el consiguiente intervencionismo del Estado, la justiciabilidad de los derechos sociales, entre otros.⁽²²⁾ Y en ese orden al efectuar una aproximación general, Rodolfo Arango, expresó:

En el Estado social de derecho la acción de las autoridades públicas no es exclusivamente proteger al individuo dentro del marco de la ley; también lo es satisfacer las necesidades básicas de la población,

bjv/ libros/11/5132/18.pdf, 19 de junio del 2020.

(21) Jorge Carpizo, "México: hacia una nueva Constitución", en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México: UNAN, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, t. ii, pp. 892 y 893.

(22) Néstor Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 124.

más aun cuando la dependencia económica y social impide al individuo hacerlo por sus propios medios.⁽²³⁾

Como se observa, el constitucionalismo latinoamericano en el Siglo XX, contemplaba contenidos referidos a la justicia social, los derechos colectivos, derechos de las comunidades indígenas, y en suma el necesario equilibrio entre las libertades y derechos individuales y colectivos.

4. Rigidez constitucional

La rigidez constitucional es un tema que está presente también desde que Bolivia se constituyera en Estado. Así en el texto de 1831, en el procedimiento para la reforma constitucional, se exigía que para plantear la misma debía transcurrir al menos diez años; luego, la aprobación de la ley de reforma requería el voto de dos tercios de ambas cámaras –tanto para admitir la discusión como para la aprobación final de la misma– que debía tramitarse en dos períodos de gobierno distintos.

Adicionalmente a esos elementos, a través de la reforma constitucional de 1839 se estableció la intangibilidad o los contenidos pétreos de la Constitución, entre ellos: la soberanía y la forma de gobierno. Ello significaba jurídicamente que esos contenidos estaban excluidos de la reforma constitucional. En la reforma de 1861 se adicionó que cuando se modifique “el período Constitucional del Presidente de la República, esta reforma será cumplida sólo en el siguiente período”. La fórmula descrita, con variaciones menores se mantuvo incluso en la reforma constitucional de 2005.

En lo que concierne al reclamo del Neo constitucionalismo latinoamericano sobre la participación del pueblo en la reforma constitucional, cabe observar que toda vez que el procedimiento de reforma requería de dos gobiernos distintos, para su aprobación, entre uno y otro, existía una elección popular.

Lo expuesto, permite acreditar que la rigidez constitucional, fue un elemento siempre presente en el constitucionalismo boliviano. A ello,

(23) Rodolfo Arango, “Constitucionalismo social latinoamericano”, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf>. 16 de junio del 2020. En el caso boliviano, el estudio más amplio de este tema, lo efectuó Alcides Alvarado, *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social*. Sucre: Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1994.

hay que añadir que en la práctica, ese procedimiento no fue utilizado en ninguna de las trece reformas que se dieron antes de 1994, casos en los que se prefirió convocar a una Asamblea Constituyente. El procedimiento de reforma constitucional sólo fue cumplido en las reformas de 1994 y 2005.

Aldunate efectuaba una valoración general de la rigidez constitucional en América Latina, afirmando:

Por lo pronto, la idea de constituciones rígidas, no disponibles para el legislador ordinario, está presente ya en el constitucionalismo decimonónico; del mismo modo, la idea de que estas constituciones, y los derechos que contienen, constituyen un límite sustancial (y no sólo procedimental) para las mayorías legislativas.⁽²⁴⁾

Sin embargo, como se recordará, el Neo constitucionalismo latinoamericano, aduce que el elemento esencial no está dado por la rigidez formal, sino por la necesaria intervención del pueblo en la reforma constitucional. Sin embargo, en la historia constitucional de América Latina, el requisito de la intervención del pueblo para legitimar la reforma constitucional, ha estado siempre presente, a través de diversas fórmulas, tales como por ejemplo, en el texto constitucional de Perú de 1839 exigía que la reforma constitucional sea aprobada no solo a través de un proceso en el que intervenían mayorías calificadas y distintos órganos, sino además en dos legislaturas de gobiernos diferentes, es decir, que entre la aprobación de la ley de necesidad de reforma y la aprobación de la misma, mediaba una elección popular que permitía a los ciudadanos manifestarse a favor o en contra de los candidatos que promovían o rechazaban la reforma y éste era un modelo que con ciertas variables menos estaba vigente en la mayoría de los estados latinoamericanos.

5. Activismo judicial

En lo que concierne a la función judicial, el Neo constitucionalismo latinoamericano, reclama un control concentrado de constitucionalidad, integrados por jueces con mayor legitimidad democrática y que sean capaces de desarrollar un activismo judicial.⁽²⁵⁾ “los jueces, utilizando los

(24) Eduardo Aldunate Lizana, “Aproximación conceptual y crítica al Nuevo constitucionalismo”, en *Revista de Derecho*. Valdivia: Vol. xxiii, N° 1, julio 2010, pp. 79-102.

(25) A fin de utilizar de modo lo más objetivo posible la expresión activismo judicial, se ha descrito lo que el Neo constitucionalismo latinoamericano entiende por dicha

principios y valores contemplados en la Constitución, no solo eliminen cualquier laguna o contradicción existente en ella, sino que la conviertan en un instrumento eficaz para concretar la transformación social”.

En ese orden, señalan que el criterio de subsunción, es anquilosado y estático y solo opera sobre las normas reglas y en razón de ello debe quedar relegado, debiendo primar el “constitucionalismo de principios”, y la aplicación del “test de proporcionalidad”, a través del cual se resuelven los conflictos entre principios, que son los contenidos más altos de la Constitución. Es decir, sugieren dejar de lado el viejo entendimiento del juez como mero conocedor y aplicador de la ley, que trabajaba básicamente a través de la subsunción y transformarlo, de modo que no solo sea un protector de los derechos, sino fundamentalmente creador cotidiano de Derecho.⁽²⁶⁾

En realidad, si se tiene en cuenta que por ejemplo en la disposición transitoria quinta de la Constitución de Venezuela de 1999, se estableció que “...la Asamblea Nacional dictará una reforma del Código Orgánico Tributario que establezca, entre otros aspectos: La interpretación estricta de las leyes y normas tributarias,” la Constitución de Ecuador de 2008, en su artículo 427 expresa: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional” y la Constitución de Bolivia del 2009 en el artículo 196.II, señala: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. Estas cláusulas con mayor o menor precisión, terminan por exigir que se aplique preferentemente “la

expresión y las referencias que efectúan los tribunales constitucionales. Y es que la noción activismo judicial, no tiene una definición aceptada, ni siquiera en el país de donde esta es originaria: Estados Unidos y en América Latina, dicha categoría tampoco no es nada pacífica, así queda demostrado en el interesante estudio de Carlos Mario Molina Betancur y Silva Arroyave, S. O., “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”, en Medellín: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 2020, 117-145. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>.

(26) Véase al respecto el interesantísimo artículo de Ricardo Guastini: “A propósito del Nuevo Constitucionalismo” en: <https://imge.slidesharehd.com/riccardoguastiniapropositodelneconstitucionismo>, 12 de junio de 2020.

voluntad del constituyente” y “el tenor literal del texto”, es decir, acuden a los dos métodos más tradicionales de interpretación y que estuvieron vigentes en el siglo XIX y si bien, efectivamente no son los únicos métodos aplicables por que los artículos en cuestión no cierran la posibilidad de utilizar otros métodos, no puede dejar de observarse que al disponerse que –como en el caso boliviano- el juez acuda a *los documentos, actas y resoluciones y estudie la composición gramatical de la norma*, muestra cierta desconfianza sobre la labor de los mismos. Y si ello se contrasta con el hecho de que el Neo constitucionalismo latinoamericano, aboga por la presencia de un activismo judicial, es evidente que en este punto lo escrito, contradice esa pretensión.

Solo a manera de ejemplo, en Bolivia, el código civil aprobado en 1975, al referirse a las reglas de interpretación, exige que las mismas estén orientadas a averiguar “cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras” y “debe apreciar el comportamiento total de los contratantes y las circunstancias del contrato”. Y entre otros aspectos añade: “Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del conjunto del acto”.

Como se observa, la legislación de hace medio siglo atrás, utiliza métodos que le exigen al interprete no “limitarse al sentido literal de las palabras” y a un entendimiento integral del acto o del contrato en análisis, de modo tal que el recurrir, aunque sea sólo con carácter preferente a los documentos y actas y composición gramatical de la norma, tienen su fundamento en la desconfianza de la labor jurisdiccional y, por tanto, es manifiestamente contrario a un activismo judicial.

Es más, la idea de establecer métodos preferenciales de interpretación del derecho a través de la norma, como señalara Gustavo Zagrebelsky, tiene un grave inconveniente:

Las normas sobre interpretación dictadas por el legislador en cualquier tiempo y ordenamiento, al no haber logrado nunca su objetivo, se señalan como ejemplo del fracaso de la pretensión de todo derecho “positivo” de establecer él mismo las condiciones de su alcance, es decir, de cerrarse sobre sí mismo.⁽²⁷⁾

(27) Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, p. 135, una de las obras más reconocidas del *Nuevo constitucionalismo*.

En ese orden, también hay que precisar que los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia, están redactados de manera tal que la mayoría de los artículos busca regular de forma detallada los temas que abordan y no solo sus aspectos esenciales. Se podría decir que, en términos generales, predomina una formulación que se corresponde más con la redacción de la ley e incluso en algunos artículos de un reglamento. En razón de ello, los ejemplos que citan los autores de esta corriente, no reflejan las características que ellos mencionan.

En lo esencial, creo imprescindible concluir este punto, señalando que la subsunción como hermenéutica utilizada en la interpretación jurisdiccional de modo casi generalizado en el pasado, allí donde se practicó o práctica, no fue impuesta por el orden constitucional, sino por sus intérpretes, la doctrina y los tribunales, y en ese orden la adopción hoy de uno u otro método seguirá correspondiendo a ellos. Además, habría que pensar también, si al pedir a los tribunales resolver el tema de la desigualdad o la pobreza, no se les está exigiendo una función que en esencia les corresponde a los órganos que manejan los recursos y definen la dirección de la economía, como son el Legislativo y el Ejecutivo, que tienen la función de gobernar.

III. Conclusiones

El Neo constitucionalismo latinoamericano alega que las situaciones de pobreza, desigualdad y fragmentación social, tienen su origen fundamentalmente en un aspecto normativo o más precisamente, en la ausencia de ciertos contenidos en las Constituciones y por ello ha propuesto la incorporación de ciertos elementos que considera deben contener imprescindiblemente los textos constitucionales a fin a transformar esa realidad.

Sin embargo y como se ha expuesto en el presente análisis, los elementos que el Neo constitucionalismo latinoamericano pretende que sean incluidos en las constituciones, sin embargo, por un lado los mismos forman parte intrínseca de las estas, ya que las constituciones latinoamericanas se fundamentaron en los derechos y libertades, democracia constitucional, división de competencias entre órganos, reconocieron su cualidad jurídica superior y la aplicación directa de la constitución o por otro lado, se trata de aspectos que se hallan contemplados literalmente en los textos constitucionales desde hace más de un siglo.

El propio Gerardo Pisarello, seguidor de aquella corriente, expresó: “Muchas de estas cláusulas, en verdad, permanecerían como letra muerta; otras, en cambio, darían paso, con el tiempo, a interpretaciones y desarrollos garantistas impensables en el momento de su aprobación”.⁽²⁸⁾ Como se observa, este autor, reconoce que ciertos elementos a los que alude esa corriente, se encontraban en las constituciones pero “permanecían como letra muerta” y otros contenidos, se tornaron eficaces luego de una adecuada interpretación y desarrollo. En ambos casos los contenidos se hallaban expresados en las constituciones y lo que faltaba era su aplicación o en el peor de los casos una interpretación que los materialice en armonía con los Derechos Fundamentales. Ello explica que Roberto Gargarella, al efectuar una evaluación general de esta corriente, haya concluido: “El “nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene poco de nuevo, sencillamente, porque el mismo no introduce novedades relevantes en relación con el ‘viejo constitucionalismo’”.⁽²⁹⁾

Es posible afirmar entonces que el Neo constitucionalismo latinoamericano se abstraigo del contenido expreso de las Constituciones y buscó –para decirlo de alguna manera– amplificar o reforzar contenidos que ya existían o en su caso propuso el cambio de matriz interpretativa; pero lo hizo presentándolo como si se tratase de cubrir vacíos o ausencias en los textos constitucionales y como si esas reformas tuvieran la virtud de transformar la realidad.

Ahora bien, expuestas así las cosas, podría pensarse que el Neo constitucionalismo latinoamericano solo estaría reafirmando lo existente y por tanto resultaría en el peor de los casos intrascendente, sin embargo no es así. El planteamiento de esta corriente –y así lo expresan textualmente

(28) Alejandro Pisarello, *El nuevo constitucionalismo... op. cit.* p. 7, y el mismo autor añadía: “Estas notas, ciertamente, no son del todo originales, puesto que recogen, en parte, el mejor legado del constitucionalismo social forjado en Europa y en la propia América Latina a lo largo del siglo xx. Sin embargo, reflejan también la voluntad de refundar ese legado en clave republicano-democrática con el objeto de dar respuesta a algunos de los principales retos que el siglo xxi plantea a la región”, p. 5.

(29) Roberto Gargarella, “Lo ‘viejo’ del ‘nuevo’ constitucionalismo” en: <http://palestraextramuros.blogspot.com/2018/02/lo-viejo-del-nuevo-constitucionalismo.html>, 28 de febrero del 2018. Este autor, sugiere que una reforma que pretenda verdaderamente abordar un punto nuevo en el constitucionalismo latinoamericano, tendría que realizarse sobre las “palancas del poder”, esto es, debieran estar dirigidas a favorecer el acceso ciudadano a la “sala de máquinas” del constitucionalismo.

sus seguidores– es que la ausencia de ciertos contenidos, las omisiones y vacíos que existían en el orden constitucional, fueron los que impidieron una buena y correcta gestión pública y en consecuencia, provocaron la situación de constante crisis y desigualdad en América Latina. Es decir, la culpable de todo, es la Constitución.

En esa línea, Sotillo y Herrera han afirmado: “Es en estos países donde la Constitución sólo se dedicó a promover el ejercicio de algunas libertades y espacios de participación dejando de lado el desarrollo y bienestar de grandes sectores de la sociedad”.⁽³⁰⁾ Es decir, de manera textual, están sosteniendo que las crisis, pobreza, y otras carencias, son el resultado de que la Constitución “sólo se dedicó a promover el ejercicio de ciertas libertades ciudadana”. Ello significaría que los gobernantes han realizado gestiones, transparentes y eficientes, y que ha sido la Constitución el obstáculo que les ha impedido transformar las sociedades y alcanzar mayor igualdad social y económica. Nada es menos cierto.

En realidad, el constitucionalismo de América Latina, se asentó desde su mismo origen, en la dignidad humana, igualdad, libertad, pluralismo, democracia y otros elementos que constituyen la base de un Estado Constitucional, incluso –como en el caso de México con la Constitución de 1917– aportaron contenidos universales para profundizar la dimensión social, al instituir que el régimen económico “debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano” que el Estado tiene por función “...defender el capital humano, protegiendo la salud de la población, asegurando la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas”, obligando además a establecer un régimen de seguridad social inspirado en los principios de “universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia” y como estos, se pueden aportar muchos ejemplos similares.

En ese contexto y utilizando la actualizada terminología de Daron Acemoglu y James A. Robinson,⁽³¹⁾ el orden constitucional de los Estados latinoamericanos desde sus orígenes estableció instituciones políticas y económicas inclusivas que buscaron hacer prevalecer la voluntad del

(30) Pisarello, *op. cit.*, p. 7.

(31) Daron Acemoglu y James A. Robinson, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires: Ariel, 2012.

pueblo y el bienestar general, pero en la realidad, ciertas autoridades y otros tantos ciudadanos incumplieron totalmente el mismo e instrumentalizaron el orden jurídico para favorecer a ciertos grupos, por lo que aquellas instituciones terminaron practicándose de forma extractiva.

Considerando lo expuesto, es muy difícil, atribuir a las constituciones, las desigualdades o la falta de bienestar de los ciudadanos. En realidad, fueron ciertos gobernantes y determinados ciudadanos quienes las incumplieron e impidieron concretar sus contenidos, justamente en esa perspectiva, Garzón Valdez expresó:

El examen más superficial de la teoría y realidad constitucional nos lleva a patentizar un notorio desequilibrio entre ambas. Es ostensible la distancia que media entre lo que dice la ley y lo que se hace en nombre de ella o se ejecuta sin invocarla.⁽³²⁾

En la búsqueda de explicación de ese divorcio entre Constitución y realidad, hace tiempo atrás, Octavio Paz sostuvo que en América Latina, la falta de correspondencia entre la Constitución y la realidad, respondía a que:

Las instituciones políticas y jurídicas eran modernas; la economía, las jerarquías sociales y la moral pública eran tradicionales y premodernas. Las leyes eran nuevas, viejas las sociedades. La contradicción entre los dos órdenes, el ideal y el real, el abstracto de las constituciones y el concreto e irregular de la historia, provocó una y otra vez conflictos...⁽³³⁾

En realidad a lo largo de la historia, se han sucedido muchas hipótesis para explicar por qué ciertos Estados, no logran desarrollarse y entre ellas, están las que consideran el rol que cumple la tradición jurídica, aquellos Estados que provienen del *common law* frente a los de tradición *civil law*, otros han identificado a la religión, distinguiendo entre los estados con población mayormente protestante frente a los de tradición católica o aquella que entiende que ciertas condiciones geográficas y recursos naturales son claves para concretar el desarrollo o la, referida a

(32) Ernesto Garzón Valdez, "Estado de derecho y democracia en América Latina", en *Isonomía* N° 14, México: abr. 2001.

(33) Octavio Paz, "Un largo combate intelectual". Madrid: *Diario 16*, Culturas, sábado 13 de octubre de 1990, p. vii.

la tardía inserción en el mercado mundial de ciertos países o entre otras, la teoría de dependencia, que Daron Acemoglu y James A. Robinson, ha analizado y criticado fundadamente. En realidad, todas esas explicaciones tienen alguna incidencia, pero no son concluyentes, pues de ser así, implicaría un determinismo historicista por el cual ciertos Estados se desarrollarían y otros no, independientemente de lo que hagan la clase política y sus ciudadanos, obviando que si hay algo común en las sociedades más desarrolladas y con mayor igualdad económica y social, independientemente de las condiciones geográficas, históricas o de su tradición jurídica, regularmente es que ellas se asientan en constituciones democráticas y en el pleno cumplimiento de las mismas.

En ese contexto, resulta de mucha utilidad recordar los resultados del estudio de Opinión sobre Cultura Ciudadana efectuado el 2014, por Captura Consulting/Revolución Jigote, en relación al cumplimiento de las normas de tránsito por los conductores, trabajo que arrojó los siguientes datos: entre el 91% y 94% de los encuestados sabía y estaba consciente de la importancia de las normas y de su cumplimiento, pero sólo entre el 34% y el 43% las cumplía, alegando el resto razones de urgencia o falta de tiempo para hacerlo. Es decir, esas reglas resultaban inconvenientes en ese momento.

Estos datos –con las reservas correspondientes– bien podrían reflejar lo que acontece con el orden constitucional: su vigencia es reclamada solo en los aspectos que la voluntad del gobernante o en su caso de los ciudadanos, consideran válido cumplir. En el ámbito político, quienes están en la oposición reclaman respeto a la libertad de información, pluralismo y demandan que la Constitución sea efectivamente cumplida, pero una vez esas mismas personas, llegan al gobierno, esas virtudes de la Constitución se convierten en un estorbo para el ejercicio omnímodo del poder y entonces alegan que como “ellos” no sólo son el gobierno del pueblo –sino el pueblo– no pueden verse “limitados” por las normas para cumplir aquella voluntad y, por el “bien del país” deben incumplir las normas. Las normas constitucionales son un excelente límite, siempre que se apliquen a los otros.

Si es posible intentar una conclusión, podría afirmarse que el incumplimiento de la Constitución, responde a una decisión de una mal entendida *conveniencia*; y es que no es posible olvidar que tanto las autoridades como los ciudadanos están debidamente informados –saben y conocen– que para

que los derechos fundamentales sean efectivamente respetados y se logre el desarrollo social y económico integral de un país, se requiere no sólo un marco normativo democrático, sino además su estricto cumplimiento, pero es justamente en este último aspecto en el que se falla.

Manuel Aragón Reyes apuntando ese mismo elemento, señaló:

...hay quienes entienden el "Nuevo constitucionalismo" como la "superación" de la vieja idea de Constitución para sustituirla por otra que hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, [...] Ni que decir tiene que ese "Nuevo constitucionalismo" no hace justicia al término, pues de "constitucionalismo" no tiene nada: más que "Nuevo constitucionalismo" debiera llamarse "anticonstitucionalismo".⁽³⁴⁾

Este elemento explica porque las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, cuando ya ha pasado casi una década desde que fueron aprobadas, no han logrado ningún cambio sustancial para las mayorías, por el contrario, han sido instrumentalizadas para intensificar el caudillismo, la desigualdad y fundamentalmente el continuo incumplimiento de la Constitución, en realidad es posible concluir que el Constitucionalismo popular, no es más que Constitucionalismo populista, que busca legitimar la acción política de ciertos grupos, fundamentalmente de aquellos que se consideran a sí mismos representantes "legítimos" del pueblo, pero solo en tanto y en cuanto la voluntad de los ciudadanos, coincide con la de ellos gobernantes y si no es así, no dudan en calificar a los ciudadanos de representantes del imperialismo, reaccionarios, neoliberales o cualquier otro adjetivo similar, para deslegitimarlos.

Es importante dejar establecido, que lo expuesto de ninguna manera implica dogmatizar el contenido de ningún texto constitucional, porque como toda obra humana, el mismo podrá ser mejorado o actualizado, lo que se sostiene, es que su reforma debe responder a problemas que tengan naturaleza normativa. Si desde sus orígenes, los Estados latinoamericanos, adoptaron constituciones que tuvieron como base fundamental los derechos fundamentales y el sistema democrático, que afirmaron su cualidad de normas superiores y directamente aplicables, significa que contaron con todos los elementos que el Neo constitucionalismo latinoamericano

(34) Aragón Reyes, "Dos problemas..." *op. cit.* p. 6.

propone incluir como medio para transformar la realidad. Entonces, resulta infundado atribuir a las constituciones, la falta de justicia, desarrollo y bienestar general, pues con ello no solo se las está cuestionando indebidamente, sino que se está demorando la posibilidad de transformación y lo que es más grave, se está absolviendo a los verdaderos culpables de esas situaciones, aquellas autoridades y ciudadanos, que tienen un entendimiento meramente utilitario de la Constitución.

IV. Bibliografía

Acemoglu, Daron y Robinson, James A., *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, Buenos Aires: Ariel, 2012.

Aldunate Lizana, Eduardo, "Aproximación conceptual y crítica al Nuevo constitucionalismo", en *Revista de Derecho*. Valdivia: Vol. xxiii, N° 1, julio 2010, pp. 79-102.

Alvarado, Alcides, *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social*. Sucre: Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1994.

Aragón Reyes, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: 'neoconstitucionalismo', 'garantismo' y aplicación judicial de la Constitución", en *Cuestiones Constitucionales*, México: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 29, jul./ dic. 2013.

Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano", en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf>. 16 de junio del 2020.

Bedera Bravo, Mario, "Los derechos sociales en la Constitución de Querétaro y en la española de la II República". En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5132/18.pdf>, 19 de junio del 2020.

Carpizo, Jorge, "México: hacia una nueva Constitución", en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México: UNAN, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, 2 tomos.

Castell, Raúl, "El Neoconstitucionalismo en América Latina". *La gaceta jurídica*, Diario La Razón, La Paz, Raúl Castell, 21 de octubre de 2014. http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latinagaceta_0_2147185385.html consultado el 04 de enero del 2017

- Faggiani, Valentina, "Los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7. N° 14. julio-diciembre/2010, pp. 225-262.
- Gargarella, Roberto, "Lo 'viejo' del 'nuevo' constitucionalismo" en: <http://palestraextramuros.blogspot.com/2018/02/lo-viejo-del-nuevo-constitucionalismo.html>, 28 de febrero del 2018.
- Garzón Valdez, Ernesto, "Estado de derecho y democracia en América Latina", en *Isonomía*, N° 14, México: abr. 2001.
- Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Guastini, Ricardo, "A propósito del Nuevo Constitucionalismo" en: <https://img.slidesharehd.com/riccardoguastiniapropositodelneoconstitucionalismo>, 12 de junio de 2020.
- Martínez Dalmau, Rubén, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008", en *Alter Justitia*, Estudio sobre teoría y Justicia Constitucional, Ecuador: año 2, N° 1, 2008.
- Medici, Alejandro, "Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador", en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2010, N° 3, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Universidad Nacional de La Plata.
- Medici, Alejandro, "Introducción al (Neo) constitucionalismo como paradigma del estado de derecho contemporáneo", en: [www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/1.../derecho.../Neoconsti\[1\]...doc](http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/1.../derecho.../Neoconsti[1]...doc), 20 de junio del 2020.
- Paz, Octavio, "Un largo combate intelectual". Madrid: Diario 16, Culturas, sábado 13 de octubre de 1990.
- Pisarello, Gerardo, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999. Balance de una década*, en: <https://rebellion.org/docs/96201.pdf>

Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador: Corte Constitucional, 2010.

Villabella Armengol, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Ius*. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla a.c., núm. 25, 2010.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 2003.

NOTAS

LA TEORÍA FALAZ DE “LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE”

Robert S. Barker

[Resumen: A través de doscientos cuarenta años, los Estados Unidos ha contribuido muchas cosas positivas al estudio y la práctica del constitucionalismo, pero la teoría de “la Constitución viviente” no es una de ellas. Aquella teoría, que sostiene que la Constitución cambia de generación en generación (o tal vez con aun más frecuencia), y que son los tribunales los que tienen el poder y deber de cambiar la Constitución para acomodar los cambios socio-políticos de cada generación, es antijurídica, anti-democrática, y muy peligrosa. El propósito de este artículo es el de identificar los errores inherentes y consecuencias negativas de esta teoría de interpretación de la Constitución, y la solución a este problema- el retorno al método tradicional de la interpretación de textos jurídicos, hoy llamado “originalismo.”]

En 1803, en *Marbury y Madison*,⁽¹⁾ el caso en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la Corte comenzó la parte esencial de su opinión diciendo:

(1) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

“Es enfáticamente el oficio y deber del departamento judicial decir que es la ley. Aquellos que aplican la regla a casos específicos necesariamente deben exponer e interpretar aquella regla ...”⁽²⁾

Con estas palabras, la Corte implícitamente reconoció la diferencia entre la función judicial (de interpretar y aplicar la ley) y, en cambio, las funciones constituyentes (de establecer la constitución) y legislativa (de adoptar las leyes). Por más de un siglo y medio los tribunales y los juristas-y en particular los constitucionalistas-respetaron esta distinción. En 1833, Joseph Story, magistrado de la Corte Suprema y profesor de derecho de Harvard University, en su libro *Commentaries on the Constitution of the United States* (el tratado constitucional más importante de esa época) escribió:

“El lector no debe esperar encontrar en estas páginas opiniones nuevas o interpretaciones novedosas de la Constitución. No tengo ambición de ser autor de ningún plan nuevo de interpretación de la teoría de la Constitución, ni de ampliar o estrechar su ámbito a través de sutilezas ingeniosas o dudas eruditas. Mi objetivo estará realizado si tengo éxito en exponer para el lector una visión verdadera de los poderes constitucionales diseñados por sus fundadores y amigos, y confirmados e ilustrados por la práctica del gobierno... Sobre temas de gobierno, siempre me ha parecido que las refinaciones metafísicas no tienen lugar. Una constitución de gobierno se dirige al sentido común del pueblo, y nunca fue diseñada para ejercicios de artificio de la lógica o especulación visionaria.”⁽³⁾

En 1868, Thomas M. Cooley, profesor de derecho de la Universidad de Michigan y presidente de la Corte Suprema del Estado de Michigan, en el tratado constitucional más influyente de la segunda parte del siglo XIX, escribió:

(2) 5 U.S. (1 Cranch), pág. 177

(3) Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1987), pág. vi.

“No podemos entender las disposiciones [constitucionales] a menos que entendamos su historia.”⁽⁴⁾

“Una constitución no se hace para significar una cosa en un momento, y una cosa diferente en una época subsecuente cuando las circunstancias tal vez hayan cambiado de modo que una regla diferente parezca deseable.”⁽⁵⁾

“El significado de la constitución es establecido cuando ella se promulga, y no es diferente en ninguna época subsecuente cuando un tribunal tenga la oportunidad de pronunciarse sobre eso.”⁽⁶⁾

“Una gran porción del beneficio esperado de una constitución escrita se perdería si sus reglas establecidas fueran tan flexibles que se encorven frente a las circunstancias o se modifiquen por la opinión pública.”⁽⁷⁾

“Lo que debe hacer una corte es declarar la ley como está escrita, dejando al pueblo hacer tantos cambios como las nuevas circunstancias requieran.”⁽⁸⁾

Este método de interpretación de la Constitución de los Estados Unidos perduró, como se dice arriba, por más de un siglo y medio; pero, en 1958, en el caso *Trop v. Dulles*,⁽⁹⁾ la pluralidad de la Corte Suprema (es decir, cuatro de los cinco magistrados que componían la mayoría) abandonó su propia tradición (y la tradición de siglos del derecho Anglo-Americano sobre la función judicial) y se arrogó el poder de cambiar la Constitución bajo el pretexto de interpretarla. En *Trop v. Dulles*, un soldado del ejército de los Estados Unidos abandonó su puesto militar durante la Segunda Guerra Mundial, y, como consecuencia,

(4) Thomas McIntyre Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (Boston: Little, Brown and Co., 1987), pág. 59.

(5) Id. pág. 54.

(6) Id. pág. 55.

(7) Id. pág. 54.

(8) Id. pág. 55.

(9) 356 U.S. 86 (1958).

fue condenado por deserción. La pena por deserción en tiempo de guerra incluía la pérdida de la ciudadanía. Trop planteó el argumento que esa pena era inconstitucional por ser una pena “cruel e inusual,” prohibida por la Enmienda VIII⁽¹⁰⁾ de la Constitución. La Corte aceptó el argumento y falló a favor de Trop. Sin embargo, la importancia del caso no se encuentra en el resultado, sino en la opinión de la pluralidad de la Corte.

Ellos no decidieron que la pena de pérdida de la ciudadanía era (o no era) “cruel e inusual” *en la época de la adopción de la Enmienda VIII* (es decir, en 1791), sino que decidieron que aquella pena era “cruel e inusual” en la opinión de los magistrados, en 1958. La pluralidad justificó su análisis con las siguientes palabras:

“La [Octava] Enmienda debe encontrar su significado en los estandartes fluidos de decencia que caracterizan el progreso de una sociedad que está madurando.”⁽¹¹⁾

Las consecuencias de esas pocas palabras han sido enormes. El entonces Magistrado William J. Brennan, Jr. (quien no fue miembro de la pluralidad en *Trop v. Dulles*, pero sí concurrió en una opinión separada), poco después se hizo el líder (dentro y fuera de la Corte Suprema) del desarrollo de la teoría enunciada en aquel caso, teoría que desde los años 1960 se llama la teoría de “la Constitución viviente;” es decir, la teoría de que el sentido de la Constitución cambia con el tiempo, y que son los jueces (y en última instancia, los magistrados de la Corte Suprema) los que tienen el poder de identificar los “estandartes fluidos de decencia que caracterizan el progreso de una sociedad que está madurando,” y de aplicarlos a toda la nación.⁽¹²⁾ El Magistrado

(10) Constitution of the United States (aquí en adelante “Constitución”), Amendment VIII: No se requerirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas ni castigos crueles e inusitados.”

(11) *Trop v. Dulles*, supra, nota 9, pág. 101.

(12) Véase, William J. Brennan, Jr., discurso pronunciado al Simposio “Text and Teaching,” Georgetown University,

12 de octubre, 1985, en *The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution* (Washington, D.C.: The Federalist Society, 1986). La influencia del Magistrado Brennan en organizar mayorías de la Corte en favor del aborto y otras causas nove-

Brennan explicó su teoría de “la Constitución viviente” en un discurso pronunciado en Georgetown University en 1985:

“Nosotros los Magistrados actuales de la Corte Suprema leemos la Constitución de la única manera que podemos: como norteamericanos del Siglo XX. Miramos la historia de la época de la formación y la historia de la interpretación. Pero la última cuestión tiene que ser, *que significan las palabras del texto en nuestro tiempo*. Porque el ingenio de la Constitución está basado no en un sentido que ella tal vez tenía en un mundo fallecido y pasado, sino en la adaptabilidad de sus principios para enfrentar con los problemas actuales y las necesidades actuales. Lo que los fundamentos constitucionales significaban según la sabiduría de otras épocas no puede ser su medida para la visión de nuestro tiempo. Asimismo, lo que los fundamentos significan para nosotros, nuestros descendientes aprenderán, no podrá ser la medida de la nación de su época.”⁽¹³⁾

Esta teoría de interpretación de la Constitución, anunciada en términos generales en *Trop v. Dulles*, y elaborada por su protagonista, el Magistrado Brennan, ha tenido gran influencia (muchas veces influencia dominante) dentro de la Corte Suprema, donde retiene mucha importancia. El punto central de la teoría de “la Constitución viviente,” es que los jueces- especialmente los magistrados de la Corte Suprema- pueden cambiar la Constitución periódicamente. La realidad es que esta teoría de interpretación de la Constitución no tiene ningún patrón de juicio excepto las preferencias socio-políticas de los magistrados. Así, desde el comienzo de la noción de “la Constitución viviente,” la Corte Suprema ha creado nuevos “derechos” constitucionales no mencionados en la Constitución y con pocas o ningunas raíces en la historia o jurisprudencia de aquel documento. Por ejemplo, en 1965, en el caso de *Griswold v. Connecticut*,⁽¹⁴⁾ la Corte anunció la existencia de un derecho general a la privacidad, derecho creado por “penumbras formadas por emanaciones” de algunas garantías específicas de la Constitución. En

dosas se describen en Bob Woodward y Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court* (New York: Avon Books, 1979), pág. 199-208, 217-223

(13) Brennan, *supra*, nota 12, pág. 17.

(14) 381 U.S. 479 (1965)

1973, en *Roe v. Wade*,⁽¹⁵⁾ la Corte localizó el derecho a la privacidad en las garantías constitucionales del debido proceso legal, así insertando una nueva garantía sustantiva dentro de una disposición textual claramente procesal. De aquí, la Corte, en el mismo caso, concluyó que una parte del derecho a la privacidad es un derecho al aborto. Diecinueve años después, afirmando el derecho al abierto, la Corte dijo:

“En el corazón de la libertad está el derecho a definir su propio concepto de la existencia, del significado, del universo, y del misterio de la vida humana.”⁽¹⁶⁾

Esta es la declaración más extrema del relativismo (y tal vez además del escepticismo y hasta anarquía): se puede crear, evaluar, adjudicar, proclamar e imponer lo que se quiera. Eso es la consecuencia natural de la mentalidad de “la constitución viviente.”

En 2003, en el caso *Lawrence v. Texas*,⁽¹⁷⁾ la Corte anuló las leyes de la mayoría de los Estados, establecido un derecho a cometer actos homosexuales, y en 2015, la Corte anuló las leyes de casi todos los Estados cuando declaró el derecho al matrimonio homosexual. Así, a través de las décadas, la Corte Suprema ha construido una estructura pseudo-constitucional con poca o ninguna conexión con el documento adoptado en 1789, ni en la Carta de Derechos (adoptada en

1791), ni tampoco en las enmiendas adoptadas poco después de la Guerra Civil. La base de aquellas innovaciones es nada más que el poder de la Corte de cambiar la Constitución del país según las preferencias de los magistrados.

Se puede criticar la teoría de la constitución viviente por su producto-una jurisprudencia constitucional que tiene poco o nada que ver con la Constitución; pero se le puede criticar aun más por sus errores inherentes: Primero, el propio termino “constitución viviente” es una contradicción. Una constitución, por su naturaleza debe ser una ley firme, estable (no pétrea, claro, pero de larga duración), para que pueda resistir los cambios transitórios de la opinión popular. Una constitución que se puede cambiar de generación en generación-o con aun

(15) 410 U.S. 113 (1973).

(16) *Casey v. Planned Parenthood*, 505 U.S. 833, 851 (1992)

(17) 539 U.S. 558 (2003).

más frecuencia—según las opiniones de los jueces, no merece el nombre de constitución. Segundo, la teoría asume que las sociedades siempre maduran (y nunca decaen). La historia del Siglo Veinte provee muchas pruebas que esta suposición es falsa. La idea de que una constitución cambia con los tiempos podría significar que esa constitución debe facilitar la decadencia de una sociedad, en vez de servir de defensa de los derechos. Tercero, la teoría de la Constitución viviente está basada en la denegación de la realidad del conocimiento histórico. Los diccionarios de los siglos XVIII, XIX, y XX, y los documentos de la época de la formación de la Constitución, como, por ejemplo, *El Federalista*,⁽¹⁸⁾ son ejemplos de la disponibilidad y confiabilidad de las fuentes históricas. De hecho, si el Magistrado Brennan hubiera tenido razón cuando denegó la realidad de conocimiento histórico, no solamente la Constitución, sino también muchas leyes y tratados carecerían de sentido permanente, y por ende podrían ser cambiados por los magistrados por causa de vejez.

Cuarto, la teoría de “la Constitución viviente” es claramente inconstitucional. La Constitución de la Estados Unidos no concede al poder judicial la facultad de cambiar o actualizar la Constitución. El artículo cinco de la Constitución establece los procesos para proponer y ratificar enmiendas; ni la Corte Suprema ni los tribunales inferiores pueden participar en el proceso.⁽¹⁹⁾ La Constitución emana de “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos ... ,”⁽²⁰⁾ quienes participaron en la forma-

(18) Véase, por ej., Alexander Hamilton, John Jay, y James Madison, *El Federalista* (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, quinta reimpresión, 1994)

(19) Constitución, Artículo V: El Congreso propondrá Enmiendas a esta Constitución, siempre que dos terceras partes de ambas Cámaras así lo estimen necesario; o bien, a petición de las Asambleas Legislativas de dos terceras partes de los Estados, convocará a una Convención para proponer Enmiendas, las cuales, en uno u otro Caso, serán válidas para todos los Fines y Propósitos como Parte de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las Asambleas Legislativas de tres cuartas partes de los Estados, o por Convenciones celebradas en tres cuartas partes de los mismos, de acuerdo con el Modo de Ratificación que haya propuesto el Congreso; siempre y cuando ninguna Enmienda hecha antes del Año mil ochocientos ocho pueda afectar en Modo alguno los Incisos primero y cuarto de la novena Sección del primer Artículo; y, sin su consentimiento, ningún Estado sea privado de la igualdad en materia de Sufragio en el Senado.”

(20) Constitución, Preámbulo.

ción y enmienda de la Constitución a través de sus representantes, y así debe ser en una república.⁽²¹⁾

La teoría de “la Constitución viviente” ha dominado la jurisprudencia de la Corte Suprema por más de medio siglo, desde los últimos años de la década de los 50 del siglo XX, y sigue teniendo influencia en la Corte.⁽²²⁾ La situación comenzó a cambiar en 1986 con el nombramiento de Antonin Scalia a la Corte Suprema. Desde su designación hasta su muerte en 2016, Scalia fue el defensor más elocuente e importante del método tradicional (y verdaderamente jurídico) de la interpretación de la Constitución y las leyes. En nuestro día este método ha adquirido el nombre “originalismo,” por su énfasis en discernir y aplicar aquellos instrumentos según su sentido original. En las palabras del propio Magistrado Scalia:

“Mi estilo de interpretación jurídica es la visión de que la Constitución, tanto como otros documentos jurídicos, deben ser interpretados justamente de acuerdo a su texto, a la luz de la historia de su adopción, y la tradición de su aplicación. Y si bien la Constitución tal vez tendría que ser aplicado a nuevos fenómenos, en su aplicación a fenómenos existentes cuando la Constitución fue adoptada, la Constitución *no se cambia*.”⁽²³⁾

Scalia describe la esencia de la función judicial legítima y necesaria en nuestro sistema constitucional de separación de poderes. Tal vez la mejor síntesis de los problemas de “la Constitución viviente” se encuentra en la opinión del Magistrado Byron R. White, de la Corte

(21) Con respecto a la formación de la Constitución, véase Clinton Rossiter, *1787: The Grand Convention* (New York, N.Y., W.W. Norton and Co., 1987). Con respecto a la ratificación de la Constitución, véase, Pauline Maier, *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788* (New York: Simon and Schuster, 2010).

(22) Véase, por ej., *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), y *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

(23) Antonin Scalia, discurso pronunciado en la celebración del centenario del edificio de la Corte Suprema del Estado de Illinois, Springfield, Illinois, May 20, 2008, en Christopher J. Scalia y Edward Whelan (eds.), *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Lije Well Lived* (New York, N.Y.: Crown Forum, 2017), pág. 368. (Énfasis en original.)

Suprema en 1986 en el caso *Bowers v. Hardwick*⁽²⁴⁾ En ese caso, el peticionario planteó el argumento que la Constitución debe proteger actos homosexuales a través de las garantías del debido proceso legal que se encuentra en la Enmienda V (que limita al gobierno nacional) y la Enmienda XIV (que limita a los Estados). La Corte Suprema rechazó este argumento por voto de cinco a cuatro. En la opinión de la mayoría, el Magistrado White escribió:

“La Corte Suprema es más vulnerable y se acerca más a la ilegitimidad cuando aplica un derecho constitucional hecho por los jueces, que carece o tiene pocas raíces en el texto o diseño de la Constitución ... Debe existir, entonces, gran resistencia a ampliar el ámbito sustantivo de [las Cláusulas del Debido Proceso Legal] ... particularmente si se requiere redefinir la categoría de derechos considerados fundamentales. De otro modo, el poder judicial se arroga más autoridad para gobernar el país sin autoridad constitucional expresa.”⁽²⁵⁾

(24) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186. (1986). Este fallo fue anulado en 2003 por la decisión de la Corte Suprema en *Lawrence v. Texas*, supra nota 15, una decisión muy del modo de la escuela de “la Constitución viviente.”

(25) *Bowers v. Hardwick*, supra, nota 24, pág. 194, 195.

¿ANTEJUICIO POLÍTICO, JUICIO POLÍTICO?

Domingo García Belaunde

Se ha aprobado una acusación constitucional contra el expresidente Vizcarra y algunos de sus ministros, en relación con el escándalo de las vacunas contra la Covid-19, en donde ha habido de todo. Y de eso se han encargado extensamente los medios, motivo por el cual aquí no voy a incidir en ello.

Ahora bien, según los trascendidos, a Vizcarra se la enrostran la comisión de delitos, por un lado, y de infracciones por otro. Los primeros serían propios del antejuicio político, y los segundos del juicio político. Me ha sorprendido esta calificación hecha en el Congreso, pues no habla bien del rigor con que se enfocan las cosas. Veamos.

En el siglo XIX se incorporó, con diversas modalidades, la acusación constitucional que venía de la constitución norteamericana vigente de 1787, dirigida contra el presidente de la República y otros altos funcionarios. El nombre en inglés era **impeachment** cuya traducción es algo imprecisa pues viene el inglés antiguo, pero que básicamente se refiere a una acusación al interior del Legislativo, que tiene determinados pasos y que conduce a la destitución, inhabilitación o pase al poder judicial, si se estima que al margen de inconductas (lo que llamaríamos en sentido amplio infracciones constitucionales) tiene un contenido delictivo. Es decir, es solo un proceso, o si se quiere un trámite que puede llevar a tres situaciones distintas, o a dos o a ninguna. El reciente **impeachment** contra Trump buscaba básicamente inhabilitarlo, ya que había terminado su período.

El **impeachment** se hizo muy conocido en la América Latina desde el siglo XIX, de manera especial por la traducción de diversos manuales norteamericanos sobre la constitución de ese país. Destacan sobre todo dos autores: Story y Cooley. Las traducciones se hicieron en México y en la Argentina y en ambos casos la palabra **impeachment** se tradujo como **juicio político**, y así lo considera la doctrina constitucional latinoamericana.

Es decir, el **juicio político** es una unidad conceptual que envuelve varios pasos y motivados básicamente por una denuncia. En el Perú y en otros países, la dogmática habla básicamente de acusación constitucional, y eso precisamente es lo que recoge nuestra Constitución (arts.99 y 100). Y la doctrina usa ambos: acusación constitucional y juicio político, pero como equivalentes.

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional que debería dedicarse a resolver conflictos y tener un rol previsor, muchas veces se siente tentado a crear categorías y elevarse a la altura de la más refinada doctrina y se lanza en esa pendiente, sin saber lo que hace y muchas veces despachándose en tonterías. Una de ellas es una sentencia del 2003 en donde basándose en un apresurado texto de Paniagua, distingue dos cosas: cuando hay delitos estamos ante un antejuicio político o antejuicio a secas. Y cuando se trata de infracciones, estaríamos en un juicio político. Esto es un disparate que lamentablemente muchos siguen a pie juntillas. Nadie piensa que la acusación constitucional (así lo llama la dogmática) o el juicio político son dos procesos distintos y dos sanciones distintas. La acusación es una sola, se tramita como una unidad y tiene dos resultados: uno en que todo se archiva y otra en la cual se acusa: sea para derivarlo al poder judicial, sea para tomar una decisión netamente política como la destitución o la inhabilitación. Y nada más que eso.

Siempre he pensado que los órganos jurisdiccionales existen para resolver conflictos y para hacer respetar la Constitución y las leyes. Nadie les ha pedido que además enseñen y enseñen mal, como lo hace con frecuencia el Tribunal Constitucional. Esta tarea corresponde a los centros de enseñanza.

Punto de Encuentro, Lima, 3 de marzo, 2021

CRÓNICA

**MEMORIA DEL XIV
CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(Buenos Aires, 21-23 de mayo de 2019)**

Miguel P. Vilcapoma Ignacio

Con la denominación “La Democracia Constitucional en América Latina: a 45 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, se ha llevado a cabo, del 21 al 23 de mayo de 2019, el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en la ciudad de Buenos Aires, teniendo como sede a la Universidad del mismo nombre.

El mencionado Congreso Iberoamericano fue presidido honoraria y vitaliciamente por Héctor Fix Zamudio; en la vicepresidencia honoraria y vitalicia el profesor español Pedro de Vega García. Presidió el Congreso el maestro mexicano Diego Valadés, acompañado por Domingo García Belaunde como Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano.

En esta breve reseña del Congreso Iberoamericano resaltamos los aspectos y acontecimientos más importantes del certamen internacional y, por razones obvias, hacemos referencia las exposiciones de los ponentes peruanos en las diversas comisiones temáticas que se desarrollaron en los días que duró el congreso.

Ceremonia de apertura del Congreso

Los protocolos de inscripciones y acreditaciones del congreso se iniciaron a las 9:00 de la mañana del día martes 21 de mayo. El acto de apertura se produjo a las 11:00 de la mañana, en dicha ceremonia, hizo el uso de la palabra Federico Pinedo, Presidente provisional del Senado de la Nación Argentina, a continuación tomó la palabra Carlos Rosenkrantz, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, quien auguró éxitos en el congreso para tratar temas de una realidad totalmente distinta con la finalidad de que la justicia sea una realidad concreta en Iberoamérica. A continuación hizo uso de la palabra el Decano de la Facultad de la Universidad de Buenos Aires, Alberto J. Bueres.

El acto de bienvenida a las delegaciones de los diferentes países participantes y delegaciones nacionales en el Congreso Iberoamericano, estuvo a cargo de Diego Valadés, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de igual forma, expresó sus congratulaciones a todos los participantes el señor Daniel Sabsay, presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Primera sesión plenaria

Después del receso de medio día, se inició la primera sesión plenaria, a las 14.00 horas. Los ponentes participantes en esta primera sesión denominada **DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN CRISIS**, estuvo presidida por Alejandro Pérez Hualde de Argentina, en la vicepresidente Domingo García Belaunde de Perú y actuó como secretario Gonzalo Salerno de Argentina. La exposición del tema estuvo a cargo de Pedro Salazar Ugarte de México, y actuaron como panelistas Carlos Ayala Corao de Venezuela, Julio César Ortiz Gutiérrez de Colombia, Efrén Rivera de Puerto Rico, Sebastián Rodríguez Robles de Panamá y Carlos Salvadores de Arzuaga de Argentina. En la relatoría se desempeñó Jorge Orgaz de Argentina.

Todos coincidieron en señalar que la democracia representativa atravesaba una crisis por una incidencia de la corrupción en la política.

A las 16:30 hubo un receso, después de esto, se pasó al trabajo de las comisiones temáticas. En esta tarde se desarrollaron las siguientes sesiones temáticas:

1. Comisión temática: **democracia representativa en crisis**. La sesión estuvo presidida por José Palomino Manchego de Perú, en la vicepresidencia José Gilberto Garza Grimaldo de México y de secretario Daniel Baraglia de Argentina.
2. Comisión temática: **crisis de la democracia y partidos políticos**. Esta comisión estuvo presidida por Ángel Sánchez de España, en la vicepresidencia William Herrera Añez de Bolivia y en la secretaría Marcial Rodríguez Saldaña de México.
3. Comisión temática: **crisis de la representación y partidos políticos en la actualidad**. Esta sesión estuvo presidida por Víctor Ibáñez Rozas de Argentina, en la vicepresidencia Felice Giuffer de Italia y en la secretaría María del pilar Hernández de México.
4. Comisión temática: **partidos políticos**. Comisión presidida por Emilio Pajares Montolío de España, en la vicepresidencia María Alejandra Perícola de Argentina y en la secretaría Mariela Rubano Lapasta de Chile.
5. Comisión temática: **vacancia presidencial. Juicio político**. Comisión presidida por César Landa del Perú, en la vicepresidencia Raúl Iván Lozano Peralta del Perú; y en la secretaría Fabián Riquert de Argentina.
6. Comisión temática: **derecho parlamentario**. La comisión fue presidida por Alfonso Fernández Miranda de España, en la vicepresidencia Alexis Lecatelier de Francia y en la secretaría Martin Viola de Argentina. Asimismo, en esta comisión expuso Rafael Rodríguez Campos de Perú el tema: ¿aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la república?
7. Comisión temática: **Parlamentos. Prerrogativas parlamentarias. Inmunidades**. Presidió la comisión Mario Midón de Argentina, se desempeñó en la vicepresidencia Giampiero Di Plinio de Italia y en la secretaría Rubén Correa Freitas de Uruguay. En esta comisión Gustavo Gutiérrez-Ticse del Perú desarrolló su ponencia titulada: la inmunidad parlamentaria: un último bastión del poder popular.
8. Comisión temática: **nuevas tecnologías y nuevas formas de representación política**. Comisión presidida por Pierluigi Petrillo de Italia, en la vicepresidencia se desempeñó Francisco Miró Quesada Rada

del Perú y en la secretaría Vania Siciliano Aieta de Brasil. En esta comisión desarrolló su ponencia Luis Ángel Zavala Espino del Perú el tema: la revocatoria de autoridades en el Perú y su implicancia en el derecho de participación política.

Segunda sesión plenaria

El miércoles 22 de mayo a partir de las 9 horas de la mañana se desarrolló la segunda sesión **EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL**. La presidencia estuvo a cargo del profesor español Miguel Revenga Sánchez, la vicepresidencia a cargo del doctor guatemalteco Jorge García Laguardia y en la secretaría Martha Altabe de Argentina.

La exposición estuvo a cargo del profesor alemán Armin Von Bogdandy, conformaron el panel de la exposición Alberto Dalla Vía de Argentina, Eduardo G. Esteva Gallicchio de Uruguay, Andry Matilla Correa de Cuba, Hernán Salgado Pesante de Ecuador y Francisco Zuñiga de Chile. Como relator actuó Fabián Riquert de Argentina.

A partir de las 12:00 horas, se desarrollaron las siguientes comisiones temáticas:

1. Comisión temática: **diálogo interjurisdiccional**. En la presidencia estuvo Eduardo Jiménez de Argentina, en la vicepresidencia Gerardo Eto Cruz de Perú y en la secretaría Juan Manuel Belisle de Argentina.
2. Comisión temática: **margen de apreciación nacional**. Comisión presidida por Anna Mastromarino de Italia, en la vicepresidencia Adelina Loianno de Argentina y en la secretaría Ana Santano de Brasil. Enrique Pestana de Perú, expuso su ponencia: los límites a la declaración de los estados de excepción y el margen de apreciación nacional: control judicial de constitucionalidad y convencionalidad; igualmente, Helder Domínguez Aro de Perú, expuso el tema: democracia constitucional y judicatura desde un enfoque multicultural e intercultural.
3. Comisión temática: **ius commune latinoamericano**. Presidida por Mariela Morales de Venezuela, en la vicepresidencia Juan C. Herrera de Colombia y en la secretaría Esteban Nader de Argentina.
4. Comisión temática: **identidad constitucional. Teoría de los contra-límites**. En la presidencia se desempeñó Jorge Alejandro Amaya de

Argentina, en la vicepresidencia Giuseppe F. Ferrari de Italia y en la secretaría Emilio Rosatti de Argentina.

5. Comisión temática: **control de convencionalidad**. En la presidencia María Gabriela Ávalos de Argentina, en la vicepresidencia Adriano Sant'Ana Pedra de Brasil y en la secretaría Adriana R. Marecos G. de Paraguay. Aníbal Quiroga León de Perú, desarrolló su ponencia: el control de convencionalidad y el indulto presidencial.
6. Comisión temática: **articulación, sistemas nacional e internacional**. Comisión presidida por Alfonso Santiago de Argentina, en la vicepresidencia Carmen Montesinos Padilla de España y en la secretaría José Alejandro Ayuso de República Dominicana.
7. Comisión temática: **protección internacional de los derechos humanos**. En la presidencia Julio Cabrera Dircio de México, en la vicepresidencia Iván S. Tapia Pinto de Bolivia y en la secretaría Sergio Fuenzalida Bascuñán de Chile. Manuel Bermúdez Tapia de Perú desarrolló su ponencia titulada el derecho convencional y la progresividad de los derechos humanos vinculados al contexto del derecho de familia.
8. Comisión temática: **derecho de indígenas**. Estuvo de presidente Raúl Ávila Ortiz de México, como vicepresidenta Iride Isabel María Grillo de Argentina y como secretario Caio Henrique Faustino Da Silva de Brasil.

Tercera sesión plenaria

La tercera sesión se desarrolló el mismo día 22 de mayo, a las 15:00 horas, el tema expuesto fue **MIGRACIONES, REFUGIADOS Y DESPLAZADOS**. La mesa fue presidida por Mario Midón de Argentina, en la vicepresidenta Claudia Sbdar de Argentina y se desarrolló en la secretaría Gabriela Ábalos de Argentina.

La exposición del tema estuvo a cargo de Markus Gonzáles Beilfuss de España, el panel de la tercera sesión estuvo compuesto por Luiz Arcaro Conci de Brasil, Renaud Bourget de Francia, Sergio Díaz Ricci de Argentina, Francisco Eguiguren de Perú y Jorge Madrazo de Estados Unidos, la relatoría estuvo a cargo de Diego Frossasco de Argentina.

Luego se desarrollaron las siguientes comisiones temáticas a partir de las 18.00 horas:

1. Comisión temática: **la migración como derecho**. En la presidencia estuvo Eloy Espinosa-Saldaña Barrera de Perú; en la vicepresidencia Ginevra Cerrina Feroni de Italia y en la secretaría Andrea Mensa G. de Argentina.
2. Comisión temática: **problemática de refugiados y migrantes por países**. En la presidencia estuvo José Ma. Porrás de España, en la vicepresidencia Eugenio Palazzo de Argentina y como secretario Jorge Olvera García de México.

Cuarta sesión plenaria

La cuarta sesión se desarrolló el día jueves 23 de mayo a las 9.00 y trató el tema **CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA**. La presidió Marie - Christine Fuchs de Alemania, en la vicepresidencia Jorge Seall-Sasiain de Paraguay y en la secretaría Sofía Sagüés de Argentina.

Expuso el tema Allan Brewer Carías de Venezuela. El panel estuvo conformado por Marcelo Figueiredo de Brasil; Antonio Ma. Hernández de Argentina, Luca Mezzetti de Italia, José Antonio Rivera Santibáñez de Bolivia, José María Serna de la Garza de México. La relatoría estuvo a cargo de Guadalupe Valcarce Ojeda de Argentina.

A partir de las 12.00 horas, se desarrollaron las siguientes comisiones temáticas:

1. Comisión temática: **sistema anticorrupción**. Presidida por Ida Nicotra de Italia, en la vicepresidencia Luis Andrés Roel Alva de Perú y en la secretaría Jesús Homero Flores Mier de España.
2. Comisión temática: **órganos de control**. Presidente Marie-Christine Fushs de Alemania, en la vicepresidencia Mirian Ivanega de Argentina y en la secretaría Manlio Fabio Casarín León de México.
3. Comisión temática: **ética pública**. En la presidencia Miguel P. Vilcapoma Ignacio de Perú, en la vicepresidencia Alfredo L. Durante de Argentina y como secretaria Claudia Márchese de Italia.
4. Comisión temática: **acceso a la información pública**. Presidió la comisión Ricardo Gómez Díez de Argentina, en la vicepresidencia

Jorge Astudillo Muñoz de Chile y en la secretara Pablo Toledo de Argentina.

5. Comisión temática: **transparencia**. Presidida por Enrique Uribe Arzate de México, en la vicepresidencia Ángela Moreno Bobadilla de Chile y en la secretaría, José Manuel Jiménez y Meléndez de México.

Quinta sesión plenaria

La plenaria se desarrolló el mismo día jueves 23 de mayo, siendo las 14.45 horas; la sesión trató el tema: **PODER JUDICIAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**. Estuvo presidida por Ana María García Barzelatto de Chile, en la vicepresidencia Ricardo Haro de Argentina y en la secretaría Martin Acevedo Niño de Argentina. La exposición magistral estuvo a cargo de Don Néstor Pedro Sagüés de Argentina.

Estuvieron en el panel Hermógenes Acosta de los Santos de la Republica Dominicana; Marcela Basterra de Argentina, Ernesto Blume Fortini de Perú, Iván Escobar Fornos de Nicaragua; Rubén Hernández Valle de Costa Rica; y actuó en la relatoría Ignacio Colombo de Argentina.

El trabajo se las comisiones temáticas se iniciaron a las 17:30 horas y ellas fueron:

1. Comisión temática: **Jurisdicción constitucional como agente de cambio social**. Presidida por Maximiliano Toricelli de Argentina, en la vicepresidencia Daniela Méndez Royo de Chile y en la secretaría Gabriela García Minella de Argentina.
2. Comisión temática: **justiciabilidad sobre derechos económicos, sociales y culturales (desc) y litigio estructural**. Presidida por María Sofía Sagüés de Argentina, en la vicepresidencia José Ma. Soberanes Diez de México y en la secretaría Jhoel Escudero Soliz de Ecuador.
3. Comisión temática: **tribunales constitucionales**. En la presidencia José Antonio Ramírez de Chile, en la vicepresidencia Oscar G. Barrientos Jiménez de Bolivia y en la secretaría Giuseppe Laneve de Italia.
4. Comisión temática: **Poder Judicial**. Presidida por Andrea Morrone de Italia, en la vicepresidencia Alberto Bianchi y Estela de Sacristán de Argentina y en la secretaría María Rosa Fernández Riveira de España. Bruno Novoa Campos de Perú, expuso su ponencia titulada: la Junta Nacional de Justicia en el Perú: un primer paso.

5. Comisión temática: **justicia constitucional**. Se desempeñó en la presidencia Juan V. Sola de Argentina, en la vicepresidencia Gonzalo Armienta Hernández de México y en la secretaría Esteban Carbonell O'Brien de Perú.
6. Comisión temática: **procesos constitucionales**. Como presidente estuvo Humberto Nogueira Alcalá de Chile, como vicepresidente Jorge A. Estrada Cuevas de México y en la secretaría Susana Maldonado de Argentina.
7. Comisión temática: **justicia y derechos humanos**. Presidida por María Pía Silva Gallinato de Chile, como vicepresidente María Rosa De La Torre Torres de México, en la secretaría Jhonny Tupayachi Sotomayor del Perú. En esta comisión expusieron su ponencia Omar Toledo Toribio del Perú, titulado: el tribunal constitucional peruano y la deconstrucción del derecho a la estabilidad en el trabajo. También expuso, el peruano, Mario Gonzalo Chávez Rabanal el tema: eficacia de los derechos fundamentales y órganos competentes en el Perú. Y, por último, Oscar Díaz Muñoz, también del Perú, el tema: el derecho de libertad religiosa ante la jurisdicción constitucional en el Perú.
8. Comisión temática: **género y derecho**. Presidió Mónica de Melo de Brasil, en la vicepresidencia Rafael Rodríguez Campos del Perú, y en la secretaria, Ximena Gauche Marchetti de Perú.
9. Comisión temática: **justicia y control del poder**. En la presidencia Raúl Gustavo Ferreira de Argentina, en la vicepresidencia Sandra Lindemberg de Perú y en la secretaría José María Cabrera Dalence de Bolivia. Miguel Ángel Rodríguez Vásquez de Perú expuso su ponencia: diálogo interorgánico: alternativa entre la pugna de los órganos de poder en México.
10. Comisión temática: **medio ambiente**. Presidente José Alberto Esain de Argentina, en la vicepresidencia Gonzalo Aguilar Cavallo de Chile, en la secretaría, Carlos Juárez Centeno Et Al. de Argentina.

Comisiones de jóvenes

Con la denominación de comisiones de jóvenes, en su mayoría estudiantes de Derecho de la Universidad anfitriona y de otras instituciones

similares, han desarrollado sus ponencias dentro de los cinco ejes temáticos establecidos en el proceso de organización del Congreso, habiéndose registrado buena concurrencia de estudiantes y desarrollado excelentes ponencias en los diferentes horarios establecidos las correspondientes mesas de trabajo.

Distinción por visitantes ilustres

El día miércoles 22 de mayo a las 17:00 horas la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, homenajeó a Diego Valadés y a Domingo García Belaunde en su condición de Presidente y Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, respectivamente, y a Adrienne Sarah Arckary Stone de Australia en su condición de Presidenta de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. La Honorable Legislatura le entregó, a cada uno de ellos, el título de visitante ilustre.

El certamen mencionado como de costumbre, ha sido un escenario de reencuentros de estudiosos del Derecho Constitucional procedentes de varias universidades de Argentina y de otros países de América y Europa.

El jueves 23 de mayo, siendo las 19:00 horas se clausuró el Congreso Iberoamericano con una conferencia dictada por Eduardo Ferrer Mac Gregor. A continuación se entregó el Premio "Profesor Dr. Héctor Fix Zamudio" al Dr. Jorge R. Vanossi, quien agradeció por el premio otorgado. Las palabras finales y de cierre las brindó Domingo García Belaunde.

CRÓNICA SOBRE EL PROCESO DE LAS ELECCIONES GENERALES DEL 2021

Natale Amprimo Plá

Previo a la crónica que sobre el proceso electoral último se desarrolla más adelante, considero importante realizar unas reflexiones iniciales sobre lo ocurrido en el último quinquenio que, sin lugar a dudas, repercutió en los resultados electorales.

El proceso de crispación política vivido en el período 2016 – 2021 y las llamadas “reformas” que se introdujeron en nuestro esquema constitucional debilitaron, qué duda cabe, nuestra precaria institucionalidad, profundizando las grietas del sistema político peruano e incrementando sus carencias.

Es bueno recordar que recibimos el bicentenario con la siguiente herencia que el pasado lustro nos dejó:

- a) Cuatro Presidentes de la República:
 - Pedro Pablo Kuczynski Godard, del 28 de julio de 2016 al 23 de marzo de 2018, quien dejó el cargo por renuncia luego de habersele iniciado dos procesos de vacancia presidencial por incapacidad moral (uno en diciembre de 2017 y otro en marzo de 2018, previo a su renuncia);
 - Martín Vizcarra Cornejo, quien como Primer Vicepresidente de la República asumió la presidencia del 23 de marzo de 2018 al 09 de noviembre de 2020, y fue vacado por el Congreso de la República al haber declarado su permanente incapacidad moral;

- Manuel Merino de Lama, quien como Presidente del Congreso asumió la Presidencia de la República, renunciando el 15 de noviembre de 2020; y,
 - Francisco Sagasti Hochhausler, quien fue elegido Presidente del Congreso luego de la renuncia de la Mesa Directiva anterior y asumió la Presidencia de la República del 17 de noviembre de 2021 hasta el 28 de julio de 2021.
- b) Dos Congresos de la República:
- El elegido en las elecciones del 2016⁽¹⁾ y disuelto por Martín Vizcarra Cornejo el 30 de setiembre de 2019; y,
 - El Congreso elegido para completar el período constitucional⁽²⁾, que se instaló el 28 de febrero de 2020 y culminó sus funciones el 26 de julio de 2021.
- c) Un proceso de reforma constitucional, con referéndum, que nos dejó la prohibición de la reelección inmediata de parlamentarios.
- d) Crisis política permanente con, entre otros, los siguientes hechos relevantes:
- Cinco cuestiones de confianza voluntarias, formuladas al amparo de los artículos 132° y 133° de la Constitución, de las cuales una fue planteada por el Ministro de Economía y Finanzas (Alfredo Thorne, el 16 de junio de 2017) y las otras lo fueron por los Presidentes del Consejo de Ministros de turno (Fernando Zavala Lombardi, el 14 de setiembre de 2017; César Villanueva, el 19 de setiembre de 2018; y, Salvador del Solar Labarthe, el 4 de junio y el 30 de setiembre de 2019).
 - Indulto al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el que luego fue anulado por el Poder Judicial.

(1) La composición del Congreso elegido en el 2016 tuvo la siguiente composición: 73 Congresistas de Fuerza Popular; 20 de Frente Amplio; 18 de Peruanos por el Cambio (PPK); 09 de Alianza para el Progreso; 05 del Partido Aprista Peruano; y, 05 de Acción Popular.

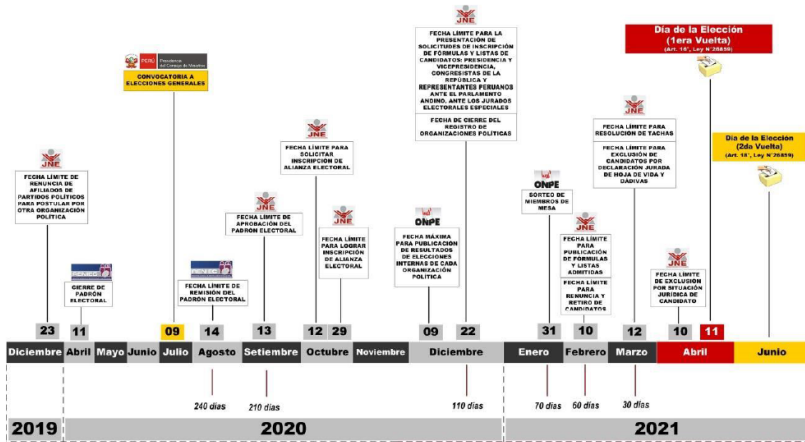
(2) La composición de este Congreso fue la siguiente: 25 Congresistas de Acción Popular; 22 de Alianza para el Progreso; 15 del FREPAP; 15 de Fuerza Popular; 13 de Unión por el Perú; 11 de Podemos Perú; 11 de Somos Perú; 09 de Partido Morado y 09 de Frente Amplio.

- Propuesta de adelanto de elecciones presidenciales y parlamentarias, planteada por Martín Vizcarra Cornejo el 28 de julio de 2019, en su mensaje al Congreso de la República.
- Renuncia de la Segunda Vicepresidenta de la República, Mercedes Araoz Fernández, presentada en octubre del 2020 y aceptada por el Congreso de la República siete meses después.
- Entrampamientos, con incluso medidas judiciales de por medio, que impidieron renovar al Tribunal Constitucional (en el que seis de sus siete integrantes tienen mandato vencido) y la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, así como elegir al representante de dicho colegio profesional ante el Jurado Nacional de Elecciones, lo que condujo a que este último organismo electoral funcione de manera incompleta, con sólo cuatro de sus miembros y con el voto dirimente de su presidente.
- Impulso por parte del Ministerio Público de medidas de prisión preventiva contra diversos líderes políticos.
- Separación del cargo del Fiscal de la Nación Pedro Chávarry Vallejos.

El proceso electoral para el periodo 2021 – 2026 como se ve, se desarrolló en un clima de crispación política, desconfianza por los actores electorales, con reglas electorales aprobadas a último momento; y todo ello, en medio de la pandemia del Covid – 19, bajo cuyo manto se impusieron medidas inexplicables, como fue, por ejemplo, el llamado “voto escalonado” que puso en riesgo a los más vulnerables (adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad y de riesgo).

La convocatoria a elecciones generales para la elección del Presidente de la República, Vicepresidentes, Congresistas y Representantes peruanos ante el Parlamento Andino fue realizada por Decreto Supremo N° 122-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio de 2020, para que las elecciones se realicen el domingo 11 de abril de 2021. Dicha convocatoria, con motivo de la vacancia por incapacidad moral de Martín Vizcarra Cornejo, fue ratificada por Decreto Supremo N° 179-2020-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 2020, ya con Manuel Merino de Lama como presidente.

Conforme a las Resoluciones Nros. 0329 y 0334-2020-JNE⁽³⁾, del 28 y 29 de setiembre de 2020, respectivamente, el cronograma electoral del proceso de Elecciones Generales 2021 fue el siguiente:



Como se observa del cuadro, el cronograma electoral contempló, en aplicación de la legislación electoral de reciente aprobación, una serie de etapas que complejizaron el proceso, lo que generó que algunos partidos políticos tuvieran dificultades en su cumplimiento e, incluso, finalmente, no pudieran participar. Debe indicarse que, a efectos de poder modificar la legislación electoral sin respetar los plazos que la normativa contempla de manera ordinaria (artículo 4 de la Ley Orgánica de Elecciones⁽⁴⁾), se introdujo por Ley N° 31030, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2020, una Tercera Disposición Transitoria, según la cual:

(3) La Resolución N° 0334-2020-JNE, fechada el 29 de setiembre de 2020, se tuvo que emitir para integrar al cronograma el hito relativo a la fecha límite para la renuncia y retiro de candidatos, lo que había sido olvidado en la Resolución N° 0329-2020-JNE, emitida el día anterior.

(4) Según el cual: *“Todas las normas con rango de ley, relacionadas con procesos electorales o de consulta popular que se publican desde un (1) año antes del día de la elección o de la consulta popular, tienen vigencia el día siguiente de la publicación de la resolución que declara la culminación del proceso correspondiente.*

Todas las normas reglamentarias relacionadas con procesos electorales o de consulta popular que se publican desde su convocatoria, tienen vigencia el día siguiente de la publicación de la resolución que declara la culminación del proceso correspondiente”

“Para el período referido a las elecciones 2021-2026 no será de aplicación lo contenido en el segundo y tercer párrafo del artículo 4 de la presente ley. En ese sentido, las normas con rango de ley y normas reglamentarias, relacionadas con procesos electorales o de consulta popular, aprobadas por el Congreso complementario 2020- 2021, serán de aplicación al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. El plazo para aprobar dichas reformas será de seis (6) meses a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la presente norma en el diario oficial El Peruano”.

Fueron veintitrés formulas presidenciales las que solicitaron su inscripción, dentro de la fecha límite fijada para ello, que fue el 22 de diciembre de 2020. Sólo lograron su inscripción dieciocho, que a continuación se mencionan, siguiendo el orden en el quedaron en las elecciones: Perú Libre (Pedro Castillo); Fuerza Popular (Keiko Fujimori); Renovación Popular (Rafael López Aliaga); Avanza País (Hernando de Soto); Acción Popular (Yonhy Lescano); Juntos por el Perú (Verónica Mendoza); Alianza para el Progreso (César Acuña); Victoria Nacional (George Forsyth); Podemos Perú (Daniel Urresti); Partido Morado (Julio Guzmán); Partido Popular Cristiano (Alberto Beingolea); Somos Perú (Daniel Salaverry); Partido Nacionalista Peruano (Ollanta Humala); Unión por el Perú (José Vega); Renacimiento Unido Nacional (Ciro Gálvez); Frente Amplio (Marco Arana); Perú Patria Segura (Rafael Santos); y, Democracia Directa (Andrés Alcántara).

Fueron excluidas, declaradas improcedentes o retiradas, las fórmulas presidenciales de Contigo (Pedro Angulo Arana), Perú Nación (Francisco Diez Canseco Távora), Frente de la Esperanza 2021 (Fernando Olivera Vega), Todos por el Perú (Fernando Cilloniz) y Partido Aprista Peruano (Nidia Vílchez).

De las dieciocho que quedaron inscritas, en dos de ellas se declaró improcedente la candidatura a la Segunda Vicepresidencia, por lo que corrieron sólo con candidatos a la Presidencia y Primera Vicepresidencia. Ese fue el caso del Partido Morado, debido a que Francisco Sagasti Hochhausler asumió la Presidencia de la República; y, Perú Libre, pues Vladimir Cerrón Rojas contaba con una sentencia vigente por el delito de negociación incompatible.

Realizadas las elecciones, pasaron a la segunda vuelta electoral las fórmulas presidenciales de Perú Libre y Fuerza Popular, al no haber ninguna candidatura obtenido más de la mitad de los votos válidos.

En cuanto a la elección congresal, alcanzaron representación: Perú Libre, 37 escaños; Fuerza Popular, 24; Renovación Popular, 13; Acción Popular, 16; Alianza para el Progreso, 15; Avanza País, 7; Juntos por el Perú, 5; Somos Perú, 5; Podemos Perú, 5; y, Partido Morado, 3.

Respecto a la elección de los cinco representantes ante el Parlamento Andino, obtuvieron un escaño: Perú Libre, Fuerza Popular, Renovación Popular, Acción Popular y Avanza País.

La segunda vuelta se realizó el 06 de junio de 2021, y la contabilización de las actas concluyó el 15 de junio; sin embargo, los resultados oficiales recién fueron proclamados el 19 de julio, mediante Resolución N° 0750-2021-JNE, luego de resolverse las observaciones a las actas electorales, las impugnaciones de voto y las solicitudes de nulidad, con el siguiente resultado:

- Perú Libre: 8 836 380 de votos, obteniendo el 50.126% de los votos válidos.
- Fuerza Popular: 8 792 117 de votos, obteniendo el 49.874% de los votos válidos.
- Votos en blanco: 121 489 (0.644% de los votos emitidos)
- Votos nulos: 1 106 816 (5.870% de los votos emitidos)
- Total de electores hábiles: 25 287 954
- Total de ciudadanos que votaron: 18 856 802 (74.568%)
- Ausentismo: 6 431 152 (25.432%)

Perdieron su inscripción como agrupaciones políticas, al no haber obtenido 5 representantes al Congreso en más de una circunscripción ni el 5% de los votos válidos: Democracia Directa, Frente Amplio, FREPAP, Partido Nacionalista Peruano, Contigo, Partido Popular Cristiano, Perú Patria Segura, Renacimiento Unido Nacional, Unión por el Perú, Victoria Nacional.

A su turno, también perdieron su inscripción como agrupaciones políticas, como consecuencia de haber retirado sus candidaturas y no

haber participado en la elección nacional: Partido Aprista Peruano, Perú Nación, Todos por el Perú y Vamos Perú⁽⁵⁾.

Es importante destacar que, como novedad, para las elecciones del 2021 se introdujeron diversas modificaciones en la legislación electoral tales como las establecidas por la Ley N° 31030, Ley por la que se modifican normas de la legislación electoral para garantizar paridad y alternancia de género en las listas de candidatos, y la Ley N° 31032, Ley que modifica el artículo 21 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, para la creación de la circunscripción de electores peruanos residentes en el extranjero, ambas publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2020.

-
- (5) A saber, el artículo 13° de la Ley de Organizaciones Políticas, Ley N° 28094, establece las siguientes causales de cancelación de la inscripción de un partido político:
- a) Si, al concluirse el último proceso de elección general, no se hubiera alcanzado al menos cinco (5) representantes al Congreso en más de una circunscripción y, al menos, cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional en la elección del Congreso.
 - b) En caso de haber participado en alianza, si esta no hubiese alcanzado al menos seis por ciento (6%) de los votos válidos. Dicho porcentaje se eleva en uno por ciento (1%) por cada partido político adicional.
 - c) A solicitud del órgano autorizado por su estatuto, previo acuerdo de disolución. Para tal efecto, se acompañan los documentos respectivos legalizados.
 - d) Por su fusión con otra organización política, según decisión interna adoptada conforme a ley y a su estatuto. Para tal efecto, se acompañan los documentos legalizados donde conste el acuerdo.
 - e) Cuando no participe en elecciones de alcance nacional o retire todas sus listas de candidatos del proceso electoral correspondiente.
 - f) Cuando el partido político no participe en las elecciones regionales en, por lo menos, tres quintos (3/5) de las regiones; y en las elecciones municipales, en por lo menos la mitad (1/2) de las provincias y un tercio (1/3) de los distritos a nivel nacional.
 - g) Si se participa en alianza, por no haber conseguido cuando menos un representante al Congreso.

NECROLÓGICA

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, UNA PRESENCIA LUMINOSA

Sergio García Ramírez

Hay presencias luminosas en el paisaje sombrío. Mencionaré una: Héctor Fix-Zamudio, el jurista mexicano más notable del último medio siglo. Falleció hace unos días, serenamente, el 27 de enero de 2021 (había nacido en 1924). Y llevó consigo el afecto, el respeto y la gratitud de una legión de alumnos, colegas, seguidores, admiradores de su obra. Me refiero a él más allá de una amistad de toda la vida; lo menciono en mérito de quien ha honrado a México dentro y fuera de nuestras fronteras.

Con Fix-Zamudio se abrió una etapa fecunda en el estudio del derecho constitucional y su herramienta más notable: el juicio de amparo. Antes hubo eminentes juristas que labraron el progreso de estas disciplinas. Pero Fix-Zamudio les dio un aire de modernidad que merece reconocimiento. Con él se forjó una escuela de juristas en la que figuran muchos de los investigadores y catedráticos más notables de nuestra hora. Lo hizo aquí y en otros países, donde se le conoce y respeta.

Permítame el lector una licencia movida por la nostalgia. Conocí a don Héctor hace más de sesenta años, a la vera de un maestro común, migrante generoso, Niceto-Alcalá Zamora y Castillo. Héctor descolló al lado del maestro. Andando el tiempo, Fix-Zamudio tendría millares de discípulos. Uno de ellos fue su hijo Héctor Fix-Fierro, que también figura en el panteón de los juristas mexicanos.

Fix-Zamudio conocía la justicia federal, a la que sirvió con integridad y talento. Luego se entregó a la docencia y la investigación. Declinó invitaciones para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia. Me consta, porque fui conducto para una de ellas. Su vocación académica era inquebrantable, para bien de la ciencia jurídica y de nuestra casa común, la Universidad Nacional Autónoma de México.

Fix-Zamudio fue director-renovador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Como integrante de la Subcomisión de Naciones Unidas de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, se distinguió en la tutela de los derechos humanos. Tiempo después sería juez de la Corte Interamericana, a lo largo de doce años. La presidió con inmenso acierto y prestigio. Recuerdo el homenaje que se le hizo en la sala magna de la Organización de los Estados Americanos. Un homenaje entre decenas que le rindieron universidades, tribunales, sociedades de abogados, organismos de la sociedad civil. Recibió la medalla Belisario Domínguez, fue miembro de El Colegio Nacional y contó con numerosos doctorados honoris causa. Y mucho más.

En medio de tantos lauros, hay algo que quiero destacar en mi ilustre amigo. Fue un protagonista en la historia reciente del Derecho en México. Inspiró normas renovadoras. Alentó el desarrollo de instituciones fundamentales para la libertad, la justicia y la democracia. Ilustró en la cátedra a millares de alumnos ávidos de recibir su enseñanza. Provisto de tantos méritos, jamás incurrió en vanagloria o altisonancia. Fue afable y generoso en el trato a sus colegas y discípulos. No incurrió en el impulso protagónico de quien busca el abrigo de las candilejas. Ni lo procuró ni lo necesitó. En cambio, ejerció la bonhomía, la sencillez, la discreción genuina. ¿Son signos de la auténtica grandeza?

El legado de su magisterio, un patrimonio intelectual y moral formado con desvelo, es lo que don Héctor ha dejado a los juristas de México. Hoy que padecemos tantas dolencias materiales y morales, y observamos ejemplos deplorables de frivolidad y bajeza, también hay espacio y voluntad para exaltar a personajes de gran prestancia como Héctor Fix-Zamudio. En verdad contamos con presencias luminosas en el paisaje sombrío.

SEBASTIÁN R. RODRÍGUEZ ROBLES

(1965-2020)

Jorge Giannareas

El pasado jueves 16 de julio, un dolor muy amargo invadió a cultores del derecho constitucional en Panamá y América Latina. Sebastián Ricaurte Rodríguez Robles había fallecido en la madrugada, para sorpresa suya, de sus seres queridos y amigos y colegas en el hemisferio.

El lunes había intervenido como expositor en un evento con juristas rioplatenses, el miércoles tuvo como anfitrión a la Universidad Externado de Bogotá, donde participó en un conversatorio con constitucionalistas de una media docena de países del área. Su día empezó bien, como siempre, pero luego la noche lo envolvió sin previo aviso. Su sistema cardiovascular se lo llevó a lo infinito.

Todos los que conocieron a Sebastián saben que era una persona poco común. Quizás porque su integridad moral e intelectual eran simplemente el resultado de no ser capaz de actuar diferente, Sebastián ejerció la abogacía de modo ejemplar durante casi dos décadas, luego de ocupar por unos pocos años la magistratura del Tercer Tribunal Superior, desde el que impartió una justicia sin mancha.

En medio de esta urbe globalizada, de prosperidad cuestionada o sospechosa, con sus torres de cristal que se yerguen junto a bolsones de pobreza, donde la sombra de la corrupción solo se alarga mientras el sol de la justicia declina, Sebastián se levantó cada mañana a cumplir con su rol de auxiliar de la justicia con una dignidad inquebrantable.

Nacido un 29 de diciembre de 1965, hijo de Francisco Rodríguez y Vera Robles (Q.E.P.D.), creció en Aguadulce, Provincia de Coclé. Terminados sus estudios secundarios se trasladó a la capital para matricularse en la Facultad de Derecho en 1986. ¿Qué podría significar estudiar derecho entre 1986 y 1991 para un joven estudioso y bonachón que podía palpar cada día cómo las instituciones de la democracia y la justicia habían alcanzado su máxima degradación?

Los estertores finales de la dictadura militar sepultaron la independencia judicial y la separación de poderes, premisas sin las cuales la justicia no es más que una broma de mal gusto. Dos caminos probables se abrieron a las mentes fértiles que compartieron el ambiente de reconstrucción de los años noventa: la lucha por la democracia y la lucha por la justicia. Dos caminos que corren separados, pero que en algún momento se encuentran.

Sebastián tomó el segundo camino. En la Facultad de Derecho lo impresionó la estatura intelectual de César Quintero, la erudición de Jorge Fábrega, la mente científica de Aura Emérita Guerra de Villalaz y el talento inigualable de Pedro Barsallo. Leyó las obras clásicas de los maestros sudamericanos que brillaban en el cielo del jurista culto y confirmó su vocación de la lectura de Eduardo J. Couture y los procesalistas italianos.

Mientras se desempeñaba como asistente del magistrado Fabián Echevers, Sebastián sustentó su tesis de licenciatura. Mostró allí su vocación por el debate judicial y se fue convirtiendo en un especialista de una disciplina tan exótica como necesaria en nuestro medio: ¿cómo hacer justicia? Es decir, un fallo lo puede hacer cualquiera, pero redactar toda la cadena de argumentos de forma lógica y con fidelidad al expediente y con la pretensión adicional de hacer Justicia: bueno, eso requiere de unas habilidades de lenguaje escrito y pensamiento abstracto que en todas partes son consideradas excepcionales.

Para profundizar sus conocimientos, este noble hijo de Aguadulce viajó a la Universidad de Buenos Aires, a estudiar bajo la guía de Néstor Pedro Sagüés, uno de los grandes maestros latinoamericanos del derecho constitucional y procesal constitucional. Allí trabó amistad con quienes hoy son renombradas figuras del constitucionalismo argentino y sudamericano. Sebastián fue el primer panameño en formar parte del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (fundado

en 1974). En el 2015 fue elegido Presidente de la Sección de Panamá, cargo que ejercía en la actualidad.

Pese a que Sebastián nunca fue profesor universitario a tiempo completo, se tomaba muy en serio la docencia en el Derecho y la ejercía como lo que debe ser: la fe en que un mundo más justo es posible solo si los hombres y las mujeres aprenden a ser justos. Con frecuencia, universidades públicas y privadas, lo invitaban a dar cursos y conferencias en áreas de su especialidad.

Pero Sebastián no era un pensador utópico. Apasionado lector del Quijote, Sebastián vivió con un profundo sentido de realismo, quizás condensado en aquella frase: “No puede impedirse el viento, pero hay que saber hacer molinos”. Su contribución al proyecto de Código Procesal Constitucional es evidencia de que el futuro del Estado de Derecho se adornará con las luces que nos dejó Sebastián.

GUSTAVO BACACORZO (1928-2020)

Juan Carlos Morón Urbina

En medio de la crisis sanitaria más grave que tenga registro la historia contemporánea mundial, nos dejó el maestro sanmarquino Gustavo Bacacorzo, claramente identificado con el derecho administrativo peruano y durante dos décadas (años setenta y ochenta) referente obligado de la disciplina. Con él, virtualmente se cierra la generación conformada por profesores como Pedro Patrón Faura, Alberto Ruiz Eldredge, Miguel de Althaus y Renato Lertora, que pasando por la función pública se proyectaron luego a la cátedra y a los escritos teniendo estudios sobre variados temas administrativos, principalmente vinculados a gestión pública, régimen de funcionarios públicos, sus imbricaciones y al procedimiento administrativo.

Fue abogado e historiador, actividad última en la que obtuvo el Premio Nacional de Historia en el año de 1976 y desempeñó el cargo de presidente de la Sociedad Bolivariana.

Nació en Arequipa el 17 de diciembre de 1928 y falleció en Lima el 13 de noviembre último. Hijo de Santos Baca Ordinola y Carmen Corzo Arredondo, habiendo fusionado los apellidos como es evidente.

Habiendo radicado en Lima, siguió estudios en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos donde obtuvo los grados de Bachiller en Humanidades (1964) y Doctor en Historia (1976), así como el título de abogado y de Doctor en Derecho (1976), Desarrolló su trayectoria profesional

coetáneamente en el ámbito de la historia y del derecho administrativo, realizando actividades como docente universitario y en la función pública.

Como docente enseñó la disciplina en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (facultades de Letras y Ciencias Administrativas y Derecho y Ciencias Políticas), así como en la Universidad San Martín de Porres, Garcilaso de la Vega y Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Facultades de Derecho). Ocupando el cargo de Decano de la Facultad de Ciencias Administrativas de San Marcos y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.

En la parte práctica, conoció la administración pública por dentro como funcionario del Ministerio de Fomento y Obras Públicas (1951-1968) y en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (1969-71), el Consejo Nacional de Justicia (1972-1974) y Corte Suprema de Justicia (1980). Así mismo en otros ámbitos, fue magistrado del Jurado Nacional de Elecciones (1986-1987), del Tribunal Andino de Justicia (1984-1990), así como miembro de las Comisiones Nacionales del Sesquicentenario de la Independencia (1971).

Entre sus numerosas publicaciones destacan en materia histórica: "Flora Tristán, personalidad contestataria universal (estudio biográfico e histórico Crítico de Flora Tristán" (2000), "El poeta Mártir Mariano Melgar en Lima", "Reflexiones sobre la resistencia de la Breña. Significado y proyección histórica" (en coautoría), "Los hermanos Vizcardo y Guzmán: pensamiento y acción americanistas"; "La Perricholi: Da. Micaela Villegas: nulidad y reposición históricas", "La Colonia. Institución político-jurídica en la historia de America" (1976)

En materia de derecho administrativo escribió "Derecho de pensiones del Perú" (1969), "Derecho de remuneraciones del Perú" (1976), "La jurisdicción contenciosa-administrativa del Perú" (1970), compendios y sistematizaciones normativas como "Legislación universitaria del Perú (1971), "El procedimiento de ejecución coactiva. Análisis sistemático de la Ley 26979", "Empresas estatales (régimen jurídico", el "Diccionario de la Administración Pública" en 2 volúmenes (1997), y la que fuera su obra más doctrinaria el agotado "Tratado de Derecho Administrativo" en varias ediciones (1997-1998). No podemos dejar de mencionar su obra con más ediciones agotadas, el "Reglamento de Procedimientos

Administrativos” (1974-1989), a la que sucedió su “Ley de Procedimientos Administrativos” (1995-1998).

He querido dejar para el final comentar la obra en la que el profesor Bacacorzo fusiona sus dos disciplinas: “El derecho administrativo en el Perú. Las cátedras universitarias (siglos XIX-XX)” (1998). En esta obra, que es un trabajo precursor sobre los estudios de la evolución del derecho administrativo nacional (sobre la cual en algún momento será necesario escribir), nos muestra la secuencia de profesores y contenidos que fueron impartidos en el curso de derecho administrativo de su Alma Mater, en Arequipa, Cusco, Trujillo y otras zonas del país, así como pasa revista a los principales tratadistas nacionales durante ambos siglos.

CONTRIBUCIONES DE PAULO BONAVIDES (1925-2020) A FAVOR DE LA CIENCIA POLÍTICA Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO^(*)

José F. Palomino Manchego^(*)

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: JUSTIFICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRESENTE HOMENAJE

Aún está en todo su frescor la importante visita que realizó al Perú el catedrático emérito de la Universidad Federal de Ceará (UFC), Paulo Bonavides (Patos-Paraíba, 07-V-1925), para que se le otorgara mercedamente el título de doctor *honoris causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

(*) Una primera versión se publicó en *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, n.º 250, Lima, martes, 12 de mayo de 2009. Ahora se publica con algunos datos biográficos complementarios. Agradecemos a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, *a fuer*, ministra del Superior Tribunal Militar de Brasil, por su predisposición – gestos de buena crianza – para enviarnos diversos referentes bio-bibliográficos muy importantes de Paulo Bonavides.

(**) Magíster y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (*e*) y director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Email: palominomancego@gmail.com

y, a la vez, fuera reconocido como 'Profesor Distinguido' de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América.

Lo anterior da pie para ocuparnos, con palabras muy aproximadas y, a la vez, expresivas, de sus valiosas contribuciones y del cimiento que construyó, con orfebrería, a favor de la Ciencia Política, o más en particular, del Derecho Constitucional Iberoamericano. De arranque es preciso confesar que la profunda vocación que motiva el cultivo de su notable magisterio a través de los años, sin ambiciones de posicionamientos académicos, al igual que su incomparable y fina personalidad, influyeron sobremanera para que sus colegas peruanos, que lo admiramos y queremos, le tributemos tan justo homenaje *in memoriam*, como lo han hecho distintos colegas a una y otra vera del Atlántico.

II. PERSONALIDAD CIENTÍFICA Y MÉRITOS ACADÉMICOS DE NUESTRO HOMENAJEADO

En su significado genérico, la génesis intelectual y riqueza del currículum de Paulo Bonavides, cargada de muy variados matices, adviértase, no es tarea fácil desarrollarla habida cuenta de los distintos ámbitos en los que se proyectó su actividad. Su dilatada carrera y la alta misión de la docencia las ejerció en vida como un verdadero apóstol. ¡Al fin y cabo, así formó a muchos y su pensamiento influyó sobremanera! Sin embargo, existe una clara y provechosa ventaja para trazar unas pinceladas de su *phatos* y *ethos*. ¿Cuál sería? Es el hecho de haberlo tratado a través del diálogo, siempre fructífero, y recibir a modo de obsequio, directo de sus manos, sus libros y artículos. Igualmente, por haber oído el testimonio directo y valiosísimo de parte de sus colegas y, a la vez, discípulos brasileños.

Cabe afirmar, también, que en Brasil Paulo Bonavides ha sido reconocido y homenajeado por diversas instituciones académicas, producto de su condición moral intachable, y constituye una figura viva y representativa del Derecho Constitucional reafirmando, así, la tradición de sus colegas antecesores y de sus colegas generacionales; por ejemplo, Luiz Pinto Ferreira (1918-2009) y José Afonso da Silva.

Bien entendido, el prestigio de Paulo Bonavides era tan sólido que lo reconocía toda la ciudadela académica internacional. En tal sentido, empezaremos diciendo, a la vista de su expediente personal, que su fructífera y dilatada vocación por la enseñanza, que se fundaba en su saber enciclopédico,

ha sido vital para que sea reconocido e investido doctor *honoris causa* por la Universidad de Lisboa (1998), profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (1991) y de la Universidad Metropolitana de Santos, y doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2006), y por la Universidad Nacional de Buenos Aires (2013). De su contenido se colige que Paulo Bonavides, muy cumplidamente, y en su integridad *in globo*, cultivó honradamente toda su trayectoria profesional. ¡Méritos indiscutibles, no podría ser menos, en tener grande personalidad! Y ¡nunca sembró a su alrededor odios, inquinas ni envidias!

De igual forma, en el horizonte intelectual se deja ver que Paulo Bonavides – dueño de un espíritu joven –, como consecuencia de su fecunda docencia, fue reconocido como profesor visitante de las universidades de Colonia (Alemania, 1982), Tennessee (EE. UU., 1984) y Coímbra (Portugal, 1989), miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Yugoeslavia, Belgrado, 1982) y presidente emérito del Instituto Brasileño de Derecho Constitucional (IBDC). Escalonadamente, ha sido condecorado con el Premio Carlos de Laet de la Academia Brasileña de Letras (1948), medalla conmemorativa de los 600 años de fundación de la Universidad de Coímbra (1989), Premio Medalla Rui Barbosa⁽¹⁾ de la Orden de Abogados de Brasil (OAB, 1996), Premio Medalla Augusto Teixeira de Freitas⁽²⁾ del Instituto de Abogados Brasileños (IAB, 1999)⁽³⁾, Medalla Pontes de Miranda, Medalla al Mérito de la Escuela Superior de la Magistratura de Pernambuco (2007), Medalla Epitácio Pessoa de la Asamblea Estadual de Paraíba (2008), Medalla al Mérito Universitario de la Pontificia

(1) Vid. *Homenagem a Paulo Bonavides. Medalha Rui Barbosa*, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília-DF, 1996. Contiene: Discurso de Reginaldo Oscar de Castro, secretário-geral da OAB; Discurso de Paulo Bonavides, homenageado com a Medalha Rui Barbosa; Saudação do senador Bernardo Cabral; Saudação do deputado federal Paes de Andrade; Curriculum Vitae de Paulo Bonavides y Medha Rui Barbosa 1971/1996.

(2) Vid. *Medalha Teixeira de Freitas. Homenagem a Paulo Bonavides*, Instituto dos Advogados Brasileiros, Editora Destaque, 1999. Apresentação João Luiz Duboc Pinaud; Saudação Hermann Assis Baeta y Agradecimiento de Paulo Bonavides.

(3) Vid. Paulo Bonavides: “Carl Friedrich” en su libro *Constituente e Constituição, a democracia, o federalismo a crise contemporânea*, 2.ª edição, Edições Imprensa Oficial do Ceará, Fortaleza, 1987, págs. 721-723.

Universidade Católica de Rio Grande do Sul, Medalha al Mérito Judicial Clóvis Beviláqua⁽⁴⁾ del Tribunal de Justicia de Ceará (2008), entre otros.

Es menester significar que, desde que dio principio a sus trabajos de notable interés, Paulo Bonavides no solo ha contribuido con creces y dado cosechas ubérrimas para el desarrollo de los conceptos y de las categorías en los parajes de la ciencia política y del derecho constitucional, sino que también tiene aportes fundamentales en el campo de la sociología y la filosofía del derecho, tal como lo demuestra con la traducción directa del alemán que hizo al portugués del libro de Hans Kelsen (1881-1973) y de Ulrich Klug (1913-1993) que tiene por título *Normas jurídicas e análise lógico* (1984). Era, por inclinación, un investigador nato. Hay que convenir que en Brasil fue alumno aplicado de grandes maestros: Joaquim Pimenta, Castro Rebelo, Hahnemann Guimarães, Lineu de Albuquerque Melho, Haroldo Valadão y Tinha Gomes de Matos⁽⁵⁾.

En realidad —y es un dato a tener presente—, la recia formación humanista del profesor de Ceará empieza a desarrollarse, con sumo provecho, en Estados Unidos, entre los años 1944 y 1945, casi finalizando la Segunda Guerra Mundial, donde tuvo como profesores en la Universidad de Harvard a Roscoe Pound (1870-1964) y Pitirim Alekandrovich Sorokin (1889-1968). ¿Y qué decir de Carl J. Friedrich (1901-1984)? A propósito, se nos viene a la memoria un grato recuerdo. Encontrándonos en Brasilia, en una jornada académica que organizó el Superior Tribunal Militar, la fina ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha organizó una reunión familiar el día 22 de mayo de 2003, a las 20:00 horas, en el Club Naval ubicado en la capital brasileña, con ocasión de los 90 años de su digna madre. Entre los asistentes estábamos un grupo de colegas, incluido Paulo Bonavides. Fue una noche inolvidable por tan bello detalle en honor a la agasajada y por habernos enfrascado en un diálogo fructífero con Paulo Bonavides recordando a sus maestros Roscoe Pound, Sorokin y Carl J. Friedrich. Nos dijo que guardaba en su archivo personal una carta autografiada del decano de Harvard, Roscoe Pound.

(4) Vid. *Homenagem do Fórum Clóvis Beviláqua ao Jurista Paulo Bonavides*, Poder Judiciário, Estado do Ceará, Fortaleza, 2008.

(5) Cfr. Paulo Bonavides: “Remniscências de velhos mestres”, en su libro *A Constituição aberta*, págs. 206 y 207.

Como es previsible, y es una noticia a destacar ya, en plena mocedad sus provechosos viajes a Estados Unidos (1944-1945), Alemania (1952-1953) y la ex Unión Soviética (1956) le permitieron una mejor visión de conjunto del mundo de la cultura, interconexo, inevitablemente, con el mundo jurídico y el mundo político.

III. LAS OBRAS DE PAULO BONAVIDES Y SU IMPACTO EN EL MUNDO JURÍDICO

En cierto modo, de la inmensa mole de su producción bibliográfica, todas ellas con sucesivas ediciones, destacan, conscientemente breve para nosotros, las siguientes obras, redactadas en las entretelas de su biblioteca: *Reflexões: Política y Direito* (1978), *Estado e formas de Estado e Governo. Curso de Introdução a Ciência Política* (1979), *Ciência Política* (14.ª edición, 2007), *A Constituição Aberta* (3.ª edición, 2004), *Curso de Direito Constitucional* (21.ª edición, 2007), *Do País Constitucional ao País Neocolonial* (3.ª edición, 2004), *Os Poderes Desarmados* (2002), *Reflexões-Política e Direito* (3.ª edición, 1998), *Teoría Constitucional da Democracia Participativa* (2.ª edición, 2003), *Política e Constituição: os caminhos de Democracia* (1985), *Constituinte e Constituição* (2.ª edición, 1987), *História Constitucional do Brasil* (con la colaboración del embajador Paes de Andrade, 4.ª edición, 2002) y *Textos Políticos da História do Brasil* (con la colaboración del ministro Roberto Amaral Vieira, 10 vols., 1973, 3.ª edición, 2003).

Y más de pronto, en su extensión y en su amplitud, ha dado a luz múltiples artículos, ponencias y ensayos reafirmandose, de esta manera, que estamos frente a un investigador erudito y dueño de una insobornable honestidad intelectual. De todas las obras antes citadas, dignas de ser aclamadas, creemos que las siguientes son las que constituyen la piedra basal del *ethos* pensante de Paulo Bonavides: a) *Do Estado Liberal ao Estado Social*, b) *Curso de Direito Constitucional*, c) *Ciência Política*, d) *A Constituição aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões* y e) *História Constitucional do Brasil*.

Veamos. La primera edición del libro, sólido y maciso, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, cuya octava edición del año 2007 tengo en mano segura, data de 1958. Constituye la tesis que nuestro homenajeado presentó para el concurso de la cátedra de Teoría General del Estado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ceará (Fortaleza). Conviene recordar que con anterioridad, precisando, en el año 1955, el catedrático emérito de la

Universidad de Ceará había publicado, con juicio sereno y objetivo, *Dos fins do Estado (Síntese das principais doutrinas teleológicas)* que fue su tesis de libre docencia. Y, encontrándose en plena madurez intelectual, vieron la luz sus libros *Universidades da América* (1948) que, como ya se observó, obtuvo el Premio Carlos de Laet de la Academia Brasileña de Letras; también, *The golden age of journalism in english literature (Defoe, addison and steele)* (1950) y *O tempo e os homens (Ensaíos e crônicas)* (1952).

Conforme se desprende de su lectura, en el sagacísimo libro *Do Estado Liberal ao Estado Social* —y en él conviene detenerse—, escrito con suma claridad y atinado criterio, el tránsito o recorrido que ha tenido el Estado lo condensa Paulo Bonavides en ocho capítulos. Es decir, desde los orígenes del constitucionalismo clásico o liberal (siglos XVIII y XIX) hasta el advenimiento del constitucionalismo social (siglo XX), sin descuidar el estudio, también de capital importancia, de la democracia y de las revoluciones. La fórmula denominada Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) que acuñó el jurista alemán Robert von Mohl (1799-1875), o el *rule of law* de origen anglosajón, constituye el nervio central de esta obra mayor que — ¡hace más de 50 años! — ha dado a luz el constitucionalista brasileño Paulo Bonavides, con lo cual se reafirma que estamos frente a un profesor de primer orden. No se equivocó el recordado catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco, Luíz Pinto Ferreira cuando, refiriéndose al libro *Do Estado Liberal ao Estado Social*, sentenció en su momento lo siguiente: “Con el poder de su inteligencia, Paulo Bonavides documenta bien el análisis de los problemas de la vida”.

Y por lo que respecta a su libro pionero *Ciência Política*, que cuenta con sucesivas ediciones, la última que nos obsequió — 16.^a edición —, es del año 2009, totalmente actualizada, y redactado en un lenguaje depurado, con el apoyo necesario de los clásicos, como, por ejemplo, Joseph Barthélemy, Paul Duez, James Bryce, Georges Burdeau, Léon Duguit, Maurice Duverger y Hans Kelsen, entre varios, ha convertido a Paulo Bonavides en el precursor de la Ciencia Política en Brasil, tal como lo ha advertido Oswaldo Trigueiro. Los 28 capítulos completados con una selecta bibliografía, un índice onomástico y un índice de materias rubrican, en todo su esplendor, el alcance y el contenido de la Ciencia Política. En suma, se trata de un aporte importantísimo para las nuevas generaciones de Brasil, traspasando el confín nacional, que ha realizado Paulo Bonavides, dueño y señor de un vitalismo siempre joven y contagiante. Un extremo muy significativo, desde luego, hay que

notar en este punto. El libro *Ciência Política*, con la autorización expresa de su autor, en vida, pronto se constituirá en la primera obra que se traduzca al castellano, y en el Perú.

¿Qué podemos decir de *A Constituição aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*? Su contenido, como indica Paulo Bonavides, centra su campo de acción en temas constitucionales de crucial importancia para el presente y el futuro de las instituciones brasileñas, tales como la democracia, la legitimidad, el plebiscito, la regionalización federativa, el parlamentarismo, la igualdad, la libertad, los partidos políticos, la reforma constitucional y el sufragio. Y sirven para llevar adelante la marcha de la nación al compás de una ciudadanía democrática, activa y participante, como también reguladora del proceso constitutivo de la voluntad general cuya principal meta es el bien común y los intereses superiores de la sociedad y la nación. La cuestión medular de la obra, reafirmando la vocación demócrata y humanista del maestro homenajeado, es establecer la validez de la democracia representativa, clásica y tradicional, y el modelo vigente en América Latina de naturaleza presidencial.

En suma, es una postura personal que asumió Paulo Bonavides en materia constitucional pensando, como siempre lo hizo durante toda su existencia física, marcando rutas en el constitucionalismo en busca de la libertad y la justicia igualitaria de inspiración social. Una vez más, el anclaje bibliográfico que en su día consultó Paulo Bonavides es de primer orden: Carlos Sánchez Viamente, James Bryce, Maurice Duverger, Joseph Barthelemy, Paul Duez, Montesquieu, Rousseau, Guglielmo Ferrero, Carl Schmitt, Burgess, Cooley, Story, Blackstone, Konrad Hesse, Hans Kelsen, Hermann Heller, Robert Alexy, Segundo Linares Quintana y Gomes Canotilho, por citar unos cuantos.

En puridad, se trata de un trabajo académico muy bien estructurado, al igual que todas sus obras, para que los jóvenes de vocación verdadera estudien la disciplina del Derecho Constitucional y aprendan a enseñarla. Este es nuestro parecer, que cederá paso, a no dudarlo, a otros criterios más autorizados. El elenco de todas las obras de Paulo Bonavides se ha artillado bibliográficamente de autores alemanes, franceses y norteamericanos.

Ahora bien, después de haberse publicado las obras en portugués de Felisbello Freire (1858-1916), Aurelino Leal y Marcelo Casseb Continentino,

y en español la de Themistocles Brandão Cavalcanti, con prólogo de Manuel Fraga Iribarne (1922-2012), que lleva por título *Las constituciones de los Estados Unidos del Brasil* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958), a la fecha no había un libro que complementara, de modo orgánico, la historia constitucional del Brasil. Han pasado muchos años y Paulo Bonavides, profesor nato, en compañía de su colega Paes de Andrade, de manera muy acertada han redactado, en folios plenamente logrados, el libro voluminoso ya mencionado que lleva por título *História Constitucional do Brasil*. En dicha obra, evidenciándose el rigor y la libertad intelectual, los autores acometen la tarea de explicar de manera sistemática y heterogénea, en quince capítulos, el curso histórico del Derecho Constitucional en Brasil a través de las instituciones jurídicas y políticas reconocidas en los textos constitucionales, entre Constitución formal y Constitución material, que estuvieron vigentes oportunamente: *a)* la Constitución del Imperio, del 25 de marzo de 1824 bajo la Corona del emperador Pedro I (1798-1834), *b)* la Constitución republicana del 24 de febrero de 1891, *c)* la Constitución republicana del 16 de julio 1934, *d)* la Carta Constitucional otorgada el 10 de noviembre de 1937, *e)* la Constitución del 17 de septiembre de 1946 y *f)* la Constitución vigente del 5 de octubre de 1988, con sus respectivas enmiendas.

IV. LA REVISTA LATINO-AMERICANA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

Paulo Bonavides, maestro brasileño dotado de una ejemplar capacidad de trabajo, fundó en el año 2003 y dirigió con acierto la prestigiosa Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais⁽⁶⁾ que a la fecha tiene varios números publicados. La bella y expresiva revista fue instituida con ocasión de la celebración del centenario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ceará-UFC (1903-2003). La secretaría académica, que viene a ser un cargo muy delicado en cualquier revista jurídica, ha venido recayendo, progresivamente, con acierto y hondo sentido de superación, en los colegas Atila de Alencar Araripe Magalhães, Haradja L. Leite S. Torrens, Julio de Assis A. Bezerra Leite, Maria Doralice S. Bonavides Haller, Renata Albuquerque Lima, Patrícia Rosset y Willis Santiago Guerra Filho. De lo expuesto se desprende que Paulo Bonavides tuvo el mérito de fomentar vocaciones entre su discipulado y orientarlos para el cultivo y el desarrollo

(6) Vid. <https://fadir.ufc.br>

permanente de la ciencia política y del derecho constitucional en Brasil. Y con la revista, de la que fue su fundador y director – ¡qué duda cabe! –, dejó huellas de su esfuerzo e inteligencia.

Nótese que entre los constitucionalistas nacionales extranjeros que colaboran con su sobria pluma en esta rápida cabalgata de personajes, destacan autores de prestigio, tales como Peter Häberle, Christian Starck, Klaus Stern, Héctor Fix-Zamudio, Diego A. Dolabjian, Francisco Fernández Segado, Antonio Colomer Viadel, Diego Valadés, Domingo García Belaunde, Jorge Miranda, José Afonso da Silva, Lucio Pegoraro, Marcelo Figuereido, Roberto Barroso, Raúl Gustavo Ferreyra, Javier García Roca, Javier Pérez Royo, Jorge Reinaldo Vanossi, Miguel Revenga Sánchez, Ruy Samuel, Manuel Aragón Reyes, Ruy Espíndola, Patricia Rosset, Dante Paiva Goyburu, Alberto Ricardo Dalla Vía y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Por su contenido de alto nivel académico y por los colaboradores que vierten sus ideas sobre temas de viva actualidad, la Revista Latino-Americana do Estudos Constitucionais se encuentra a la altura del Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, Revista de Derecho Político, Revista de Estudios Políticos, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional y Revista Peruana de Derecho Público, entre otras.

V. EL VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Fue en Sevilla donde empezamos a entablar, de manera personal, una sólida amistad con Paulo Bonavides y que, consecuentemente, al discurrir los años no sufrió ningún tipo de fisura. Luego vinieron más encuentros académicos, especialmente en Brasil y México, en donde coincidimos con este demócrata sincero y amigo leal: Paulo Bonavides. En efecto, durante los días 3, 4 y 5 de diciembre de 2003 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla – fundada en 1505 – el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, con ocasión del vigesimoquinto aniversario de la Constitución española de 1978, que contó con la presencia de S. A. R. el príncipe de Asturias. Le cupo a Javier Pérez Royo, catedrático de Derecho Constitucional, la impecable organización

del evento al que asistió un sinnúmero de participantes extranjeros, tal como dan cuenta las actas del Congreso publicadas en dos volúmenes⁽⁷⁾.

Qué mejor momento para recordar tan venerable jornada académica diciendo que Paulo Bonavides llegó a Sevilla acompañado de su fortuna – Yeda, su esposa – y como es característico en él, cargado de sus últimas publicaciones que ambos intercambiamos con singular provecho.

La ponencia que sustentó con elocuente acento el sabio profesor de Ceará llevaba por título “Federalismo regional num país periférico”⁽⁸⁾. Si algo característico hay que recordar de Paulo Bonavides es que era expositor de primer orden, tertuliano impenitente, sus conversaciones se prolongaban en todas las sesiones del VIII Congreso Iberoamericano... No le faltaba tema para dialogar. ¡Sabía de todo!

La delegación peruana, presidida por Domingo García Belaunde⁽⁹⁾, gozó en las orillas ibéricas del gesto acogedor y esmero de Paulo Bonavides, de los organizadores, al igual que de los colegas españoles y extranjeros: Jorge Miranda, Francisco Zúñiga Urbina, Javier Tajadura Tejada, Antonio Colomer Viadel, Raúl Morodo, Teresa Freixes Sanjuan, Rubén Hernández Valle, Alfonso Celotto, Allan R. Brewer-Carías, José Julio Fernández Rodríguez, Juan Antonio Carrillo Salcedo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro Cruz Villalón, José Joaquim Gomes Canotilho, Alberto Pérez Calvo, Carlos Vidal Prado, Jorge Mario García Laguardia, Alberto Ricardo Dalla Vía, Carlos M. Ayala Corao, Néstor Pedro Sagüés, Miguel Revenga Sánchez, Eduardo Andrade Sánchez, Luis López Guerra, Ricardo Haro, Hernán Salgado Pesantes,

(7) Al respecto, *vid.* Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán (Editores), Manuel José Terol Becerra, Manuel Medina Guerrero, José María Morales Arroyo, Javier Pardo Falcón, Eva Martínez Sampere, Ana María Carmona Contreras, Ruth Rubio Marín, Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, Blanca Rodríguez Ruiz, Abraham Barrero Ortega, María Holgado González, Esperanza Gómez Coronado, Juan Antonio Doncel Luengo (Coordinadores): *Derecho Constitucional para el siglo XXI (Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional)*, II ts., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, 5083 págs.

(8) Al respecto, *vid.* Paulo Bonavides: “Federalismo regional num país periférico”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI (Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional)*, obra citada en la nota anterior, t. II, págs. 4345-4365.

(9) *Vid.* Domingo García Belaunde (Coordinador): *La Constitución y su defensa. (Algunos problemas contemporáneos)*, ponencias peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3, 4 y 5 de diciembre de 2003, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003.

Luis Jimena Quesada, Manuel Aragón Reyes, Salvador Valencia Carmona, Humberto Nogueira Alcalá, Eduardo G. Esteva Gallicchio, Tania Groppi, Jorge Lozano Miralles, Lucio Pegoraro, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Eliseo Aja, José Afonso da Silva, Vicente A. Sanjurjo Rivo, Nicolás Pérez Sola, José M.a Serna de la Garza, Miguel Carbonell, Fernando Rey Martínez y los demás.

En la inauguración, el príncipe de Asturias sostuvo con total acierto que:

“Hoy contamos, por fortuna, con una común experiencia iberoamericana que ha forjado un Derecho Constitucional común. Por encima de las diferencias específicas en cuanto a las formas de gobierno, compartimos sistemas democráticos basados en categorías generales que son trasladables a todas nuestras constituciones como son: la primacía de la Norma Fundamental, el concepto de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales, el significado de la Justicia Constitucional, de la que algunos países iberoamericanos ya nos facilitaban ejemplo antes incluso [de] que naciera en Europa, el contenido del Estado Social de Derecho, las dimensiones del principio de legalidad, el sistema de división y equilibrio de poderes y, en fin, la mayoría de las categorías jurídico-constitucionales que hoy son un patrimonio común de todos nosotros”.

A modo de complemento, acotó lo siguiente: “El adecuado funcionamiento de las instituciones y órganos constitucionales del Estado, la articulación de poderes temporales basados en el reconocimiento de las nacionalidades y regiones, la integración de España en los foros internacionales y el profundo arraigo y ejercicio de los derechos y libertades por los españoles son elementos básicos para entender el desarrollo económico, el progreso cultural y el bienestar social alcanzado durante este último cuarto de siglo”.

En ese orden de ideas, Pérez Royo, maestro sin par, con la aguda visión que le caracteriza manifestó al atento auditorio, que “Veinticinco años no son muchos en la vida de una Constitución europea occidental. Pero sí lo son en la vida de una Constitución española. Y más todavía en la vida de una Constitución que inicia un ciclo constitucional”. Y agregó a renglón seguido: “Desde principio del siglo XIX hasta 1975-1978 han sido varios los ciclos constitucionales a través de los cuales se ha ido construyendo el Estado Constitucional en España. Todas han tenido una estructura similar. Empiezan todos con un impulso de cambio, ‘liberal’, ‘progresista’, ‘democrático’, según la terminología del momento que suele tener una duración

muy breve, a los que sigue una reacción conservadora de una duración larga, cuando no extraordinaria”.

Siguiendo el programa, le cupo a Jorge Carpizo Mac-Gregor (1944-2012), en su condición de presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, presentar la conferencia inaugural sustentando el tema “Autodeterminación, no intervención y justicia internacional”. Empezó diciendo, con la destreza de un buen conductor intelectual, que “A los veinticinco años de su creación, a nombre del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, rindo homenaje a la Constitución de 1978, el instrumento jurídico que ha hecho posible la modernización política, social y económica de España, y que ha sido inspiración importante en diversos congresos constituyentes o reformadores de Latinoamérica”.

Carpizo concluyó su disertación magistral rindiendo homenaje, una vez más, a la Constitución “que se estructura en la columna vertebral de un Estado Social y Democrático de Derecho. La democracia se legitima en el Estado de Derecho. No puede existir democracia si no es asimismo de carácter social. La democracia es hoy un sistema complejo en virtud de que necesariamente tiene sus diversas dimensiones como principio y fin el aseguramiento real de la dignidad humana. Deseo que la Constitución española de 1978 y los principios en que descansa tengan una existencia muy longeva, al mismo tiempo que constantemente se fortalezcan, rejuvenezcan y renueven, para la gloria de esta gran y querida nación, que es también de todos nosotros”.

En el orden expositivo y temáticamente, el VIII Congreso estuvo compuesto por las siguientes mesas de trabajo: A) Momentos constitucionales y cambios políticos. B) Principio de igualdad y no discriminación, C) Derechos fundamentales, D) Protección internacional de los derechos fundamentales, E) La Constitución europea, F) Partidos políticos y sistema electoral, G) Consolidación y estabilidad de las formas gubernamentales, H) El Poder Judicial, I) Justicia constitucional, J) Regionalismo y federalismo y K) Minorías, pueblos, naciones.

Un plus adicional. Tal como se desprende de los diversos temas tratados con holgura por los expositores, el VIII Congreso Iberoamericano — en todo momento, bien organizado y atendándose a los participantes con total esmero — fue un espacio oportuno para hacer un balance global, al cabo de 25 años del arranque de la modélica Constitución española de 1978, en actual vigencia y con calidad de exportación, en especial hacia América Latina.

VI. EL II CONGRESO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

Una vez más coincidimos con Paulo Bonavides y fue a raíz de una invitación que nos formularon – compromisos propios del oficio profesional – los organizadores para asistir en calidad de expositores extranjeros conjuntamente con el reputado constitucionalista de Portugal, Jorge Miranda, al II Congreso Latino-Americano de Estudios Constitucionais, que tuvo lugar en el hotel Oásis Imperial que se encuentra ubicado en la avenida Beira Mar 2500 (Meireles-Fortaleza-Ceará), frente a las coloridas y paradisíacas playas brasileñas. La cita académica tuvo lugar los días 3, 4 y 5 de abril del año 2008, y estaba dedicada a nuestro homenajeado.

De más está decirlo, fue una jornada memorable que congregó prácticamente a todos sus discípulos, bondadosos e inteligentes, provenientes de diversos estados de Brasil. Algunos de ellos, como es el caso de Regis Frota Araujo, no deja un solo espacio para la sospecha, completaron con éxito sus estudios doctorales en la cinco veces centenaria Universidad de Santiago de Compostela, que fue fundada en 1495.

VII. LA PRESENCIA DE PAULO BONAVIDES EN EL PERÚ

Ahora le tocó a Paulo Bonavides devolver la visita a tierras peruanas. El programa, ajustado a una disciplina prusiana, se desarrolló de la siguiente manera: el día viernes, 17 de abril del año 2009, siendo las 18:00 horas, Paulo Bonavides, quien llegó acompañado de su digna e inseparable esposa Yeda y de un grupo de discípulos, todos ellos dotados de un notable perfil académico, fue homenajeado con la máxima distinción que otorga la Universidad Inca Garcilaso de la Vega: Doctor *Honoris Causa*. En una emotiva ceremonia que presidió el rector Luis Cervantes Liñán, en el auditorio de la Facultad de Derecho, y que quedará para el recuerdo de los asistentes, Paulo Bonavides, luego de la *Laudatio* que realizó el decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Jesús Antonio Rivera Oré, se encargó de desarrollar en una clase magistral el tema de “La Integración Latino-americana”. Puso especial énfasis en las relaciones que existen entre Brasil y Perú, aliados en un solo destino, teniendo el siglo XXI como un gran desafío para la lucha por establecer la garantía de los derechos fundamentales en un verdadero y legítimo Estado de Derecho. El maestro Bonavides terminó su brillante

conferencia recordando al célebre Inca Garcilaso de la Vega (1539-1616), a quien catalogó como guardián de los valores inmortales de la cultura inca.

Bien claro está que el mismo día 17 de abril, siendo las 12:00 horas, Paulo Bonavides estuvo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos acompañado de sus leales discípulos que vinieron de Brasil para dar inicio a la I Jornada Académica de Estudos Constitucionais, intitulada “A Constituição Brasileira de 1988: 20 anos de debates”. ¡Qué mejor momento ese día para hacer un balance global del vigésimo aniversario de la Constitución de Brasil de 1988 cuyas instituciones democráticas; por ejemplo, el presidencialismo y el hábeas data, son referentes obligatorios, y de consulta, en el constitucionalismo de América Latina!

En el orden expositivo, Paulo Bonavides dio inicio al encuentro académico sustentando una ponencia de hondo interés en las actuales circunstancias: “A cidadania social na Constituição de 1988 e a democratização do Estado Brasileiro”. Sostuvo con acierto que el artículo 1.º, párrafo único, de la Constitución vigente de Brasil constituye la fuerza motriz de la democracia brasileña, asentando su legitimidad sobre el principio supremo de la soberanía popular. Concluyó su tema recordando a los asistentes, muy emocionado, que la Universidad Nacional Mayor de San Marcos — que tiene a cuestas 470 años de existencia — es la Salamanca de América, llena de cultura y de sapiencia.

A su turno expusieron, con incuestionable cuño propio, los colegas brasileños y discípulos bajo la égida de su maestro Paulo Bonavides: Germana de Oliveira Moraes (“La Constituição de 1988 como ponto de mutação do sistema judiciário brasileiro”), Haradja Leite Torrens (“La interpretação constitucional democrática na Constituição de 1988”), Denise Lucena Cavalcante (“Análise constitucional do sistema tributário brasileiro”), Patrícia Rosset (“El processo legislativo brasileiro”), Dimas Macedo (“Peculiaridades do processo constitucional no Brasil”) y Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (“Los direitos fundamentais na Constituição brasileira”). Al final de las exposiciones, todas ellas de profundo calado académico, nos tocó realizar un balance genérico de la Constitución brasileña de 1988 comparándola con la peruana de 1993, tanto en lo tocante a la parte dogmática (Derecho Constitucional de la Libertad) como en la parte orgánica (Derecho Constitucional del Poder).

Huelga añadir que la eficiente coordinación y responsabilidad de los trabajos académicos que se expusieron en la Universidad de San Marcos recayó en la colega brasileña Carolina Soares Hissa, quien era en ese momento representante del Instituto Latino-Americano de Estudos Constitucionais Prof. Dr. Paulo Bonavides.

Antes de concluir la velada académica, al profesor Paulo Bonavides se le entregó, con cálida sugestión de simpatía, el diploma que lo acreditaba como Profesor Distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Le correspondió al profesor sanmarquino Jorge Castillo Montero (2019†) otorgar tan preciado reconocimiento. Y, a continuación, al autor de estas líneas, como producto de sus aportes a los estudios de la Justicia Militar, la ministra del Superior Tribunal Militar de Brasil, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, lo distinguió con la preciosa Medalla Justicia Militar de Brasil, que se otorgó a raíz de la conmemoración de los 200 años.

La efemérides se celebró a lo largo del año 2008 y se rubricó con la pulcra edición de un grueso colectivo que lleva por título *Coletânea de Estudos Jurídicos (Bicentenario da Justiça Militar no Brasil)*, coordinado eficientemente por la ministra Guimarães Teixeira Rocha y Zilah Maria Callado Fadul Petersen⁽¹⁰⁾.

El día sábado, 18 de abril, por la noche, el rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Luis Cervantes Liñán, y el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Domingo García Belaunde, como era lógico, ofrecieron a nuestros invitados una cena de honor en el Club Nacional que fue fundado el 19 de octubre de 1855. Una vez más se reafirmó la hermandad entre los colegas peruanos y brasileños consolidándose, así, la comunidad científica constitucional entre ambos países.

No está de más recordar que todas las ponencias expuestas en la Universidad de San Marcos formarán, muy pronto, parte del libro-homenaje que estamos preparando en honor del profesor Paulo Bonavides. Sin duda alguna que estamos frente a un tipo humano excelente, poseedor de una cultura cosmopolita, persona íntegra, intachable, de inteligencia singular y muy dinámico, tal como lo corroboró durante su breve pero fructífera estancia en la ciudad de Lima.

(10) La obra colectiva vio la luz pública en el año 2008, en Brasilia.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Lo tuvimos entre nosotros para seguir aprendiendo y deleitándonos con sus sabios conocimientos jurídicos y valía intelectual. Y ello ocurrió con ocasión del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se desarrolló en la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante los días 16 al 19 de septiembre de 2009. Llegó, como era usual en su persona, con las maletas cargadas de información esmerada en lo concerniente a la doctrina constitucional brasileña y de su autoría. La ponencia que sustentó versó sobre “O Estado Social e seus vínculos com o mecanismo e o organicismo”. Su soldada formación en historia de las ideas políticas, historia constitucional, sociología política, derecho constitucional y ciencia política la puso de manifiesto una vez más en este meticuloso ensayo para vislumbrar el futuro de la Constitución en un Estado Social, a tenor de una filosofía contractualista, levantando la bandera de la soberanía constitucional⁽¹¹⁾. La maravilla de su estilo en la oratoria, la precisión del lenguaje jurídico y la convicción de enseñar fueron cualidades que brotaron de sus labios, difícil de olvidar.

Mientras tanto, seguiremos recordando su santidad admirable y la anchura de su corazón noble y generoso que irradió en Lima — denominada Ciudad de los Reyes— y que ahora, más que nunca, trasunta en la plena edad de la sabiduría: ¡95 años! Para ser más precisos, su enciclopédica curiosidad y su incesante estudio se apagaron para siempre, por así decirlo, el día de la gran prueba ocurrida el 30 de octubre de 2020, en plena lucidez. Se deduce de aquí, con irrefragable lógica, que el legado intelectual y su nombre eximio quedarán como un recuerdo *in perpetuum* para las nuevas hornadas de constitucionalistas.

Fortaleza (Ceará), abril de 2008.

Lima, octubre de 2020.

(11) Vid. Paulo Bonavides: “O Estado Social e seus vínculos com o mecanismo e o organicismo”, en AA. VV.: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Lima, 16-19 de septiembre de 2009), t. 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, págs. 49-53. Antecede Liminar de Domingo García Belaunde y Presentación de Francisco José Eguiguren Praeli.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

1. Solo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerá artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
2. Se recibirá artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
3. La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
4. La Revista solo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idioma extranjero podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
5. Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
6. Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posible, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre del autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.)
7. Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un archivo digital de formato Word for Windows y, de no ser posible, en hojas bond.
8. La Dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
9. A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y se le remitirán separatas electrónicas.
10. El autor cuya colaboración haya sido publicada se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original



Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público

Revista Peruana de Derecho Público