

MEMORIA

XII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

MAGDALENA
CORREA HENAO

PAULA
ROBLEDO SILVA
(eds.)

MEMORIA

**XII CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

EL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

.

15, 16 Y 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (11 : 2015 : Bogotá)

Memoria : XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional : el diseño institucional del Estado democrático / César Aguado Renedo [y otros] ; Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva (editores) - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

998 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía al final de cada capítulo

ISBN: 9789587725759

1. Reformas constitucionales -- Congreso, conferencias, etc. 2. Derecho constitucional -- Congreso, conferencias, etc. 3. Argumentación jurídica -- Congreso, conferencias, etc. 4. Discriminación racial -- Aspectos constitucionales -- Estados Unidos -- Congreso, conferencias, etc. 5. Identidad cultural -- Aspectos constitucionales -- Congreso, conferencias, etc. 6. Comunidades indígenas -- Aspectos constitucionales -- Congreso, conferencias, etc. 7. Estado -- Aspectos constitucionales -- Congreso, conferencias, etc. 8. Derechos humanos -- Congreso, conferencias, etc. 9. Federalismo -- Congreso, conferencias, etc. 10. Derecho internacional -- Congreso, conferencias, etc. I. Correa Henao, Magdalena, editora II. Robledo Silva, Paula, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título.

342

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Noviembre de 2016

ISBN 978-958-772-575-9

© 2016, MAGDALENA CORREA HENAO Y PAULA ROBLEDO SILVA (EDS.)

© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CÉSAR AGUADO RENEDO	PETER M. HUBER
MANUEL ARAGÓN REYES	CÉSAR LANDA ARROYO
LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI	DIEGO LÓPEZ MEDINA
CARLOS BERNAL PULIDO	THIAGO LOPES MATSUSHITA
PALOMA BIGLINO CAMPOS	JOSHUA MITROTTI VENTURA
JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS	ANDREA MORRONE
ERNESTO BLUME FORTINI	JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ
GINEVRA CERRINA FERONI	LUCIANO PAREJO ALFONSO
ANTONIO D'ALOIA	LUCIO PEGORARO
MÔNICA DE MELO	CLAUDIO A. PINHO
SERGIO DÍAZ RICCI	CALOGERO PIZZOLO
GUERINO D'IGNAZIO	GUILLERMO RIVERA FLÓREZ
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI	JOSÉ ANTONIO RIVERA S.
IVÁN ESCOBAR FORNOS	HERNÁN SALGADO PESANTES
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	ELIZABETH SALMÓN
IMER B. FLORES	ÁNGEL J. SÁNCHEZ NAVARRO
JAVIER GARCÍA ROCA	JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
ROBERTO GARGARELLA	HUMBERTO A. SIERRA PORTO
CHRISTOPH GRABENWARTER	RUTI TEITEL
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ	ARMIN VON BOGDANDY
RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE	FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

CONTENIDO

Presentación	13
Palabras de Juan Carlos Henao	19
Palabras de Diego Valadés	21
Discurso inaugural	33

CAPÍTULO I CREACIÓN Y CAMBIO DE LAS CONSTITUCIONES

¿Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional <i>Manuel Aragón Reyes</i>	59
Constitucionalismo y transiciones <i>Ruti Teitel</i>	77
El argumento del poder constituyente y la naturaleza del poder para sustituir la Constitución <i>Carlos Bernal Pulido</i>	83
Sobre la naturaleza jurídica de las reglas de reforma constitucional <i>Sergio Díaz Ricci</i>	113
La participación ciudadana en los procesos constituyentes <i>José Antonio Rivera S.</i>	135
Nueva Constitución y reforma constitucional <i>Francisco Zúñiga Urbina</i>	159

CAPÍTULO II ESTRUCTURA CONTEMPORÁNEA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Sistemas de gobierno y su dinámica de adaptación en el siglo XXI <i>Ginevra Cerrina Feroni</i>	177
Nuestra cultura constitucional y sus amenazas <i>Iván Escobar Fornos</i>	199
La “cláusula social” en la estructura contemporánea del Estado constitucional (y Democrático de Derecho) <i>Imer B. Flores</i>	233

CAPÍTULO III
DISEÑO INSTITUCIONAL E INCLUSIÓN DE LA DIVERSIDAD

Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH <i>Elizabeth Salmón</i>	261
Agencia Colombiana para la Reintegración de Grupos de Personas y Alzados en Armas –ACR– <i>Joshua Mitrotti Ventura</i>	291
El legado de Brown. La Constitución de Estados Unidos y la lucha contra la discriminación racial <i>Antonio D’Aloia</i>	297
El reconocimiento de la diversidad cultural y de la identidad de los pueblos indígenas y su incidencia en el diseño institucional del Estado <i>Francisco José Eguiguren Praeli</i>	319

CAPÍTULO IV
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Problemas de diseño de la justicia constitucional y nuevas técnicas de protección judicial de la Constitución <i>Juan María Bilbao Ubillos</i>	345
La estructura de la justicia constitucional y su relación con la democracia. Algunos aportes para el debate <i>Eloy Espinosa-Saldaña Barrera</i>	375
Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional <i>Lucio Pegoraro</i>	387

CAPÍTULO V
EL PODER JUDICIAL

Desarrollos recientes y estado actual de la doctrina sobre vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia (2002-2015) <i>Diego López Medina</i>	427
Nuevos estándares del control constitucional de las resoluciones judiciales en el Perú <i>César Landa Arroyo</i>	451
La democracia constitucional y Estado de Derecho <i>Claudio A. Pinho</i>	473

CAPÍTULO VI
 FUNCIONES PÚBLICAS Y NUEVAS RELACIONES
 ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO INTERNO
 Y LOS ESCENARIOS JURÍDICOS GLOBALES

<p>La construcción compartida del control de convencionalidad <i>Humberto A. Sierra Porto</i></p>	487
<p>Sobre la transformación del Derecho constitucional en el Derecho público europeo. El ejemplo de la red institucionalizada de tribunales constitucionales <i>Armin Von Bogdandy, Christoph Grabenwarter y Peter M. Huber</i></p>	497
<p>Las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional en el contexto latinoamericano <i>Rubén Hernández Valle</i></p>	519
<p>Normas interconectadas y diálogo en una comunidad de intérpretes finales <i>Calogero Pizzolo</i></p>	541
<p>El sistema judicial y nuevas relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno <i>Hernán Salgado Pesantes</i></p>	567
<p>Los desafíos transconstitucionales en el Derecho globalizado: el “laboratorio” de la región iberoamericana para la integración a través de la tutela de los derechos humanos <i>Guerino D’Ignazio</i></p>	591
<p>Derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano e impacto en el modelo público de prestación de asistencia jurídica gratuita a las personas en situación de vulnerabilidad <i>Mónica de Melo</i></p>	617

CAPÍTULO VII
 RACIONALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO PRESIDENCIALES

<p>La función parlamentaria de control a caballo de parlamentarismo y presidencialismo <i>Javier García Roca</i></p>	635
<p>Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la “sala de máquinas” constitucional <i>Roberto Gargarella</i></p>	673
<p>Reformas constitucionales y la racionalización de los sistemas de gobierno presidenciales en América Latina <i>Antonio María Hernández</i></p>	707

CAPÍTULO VIII
PODER LEGISLATIVO: ELEMENTOS PARA SUPERAR
LA CRISIS DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

- La iniciativa legislativa popular: algunas consideraciones desde España 743
Ángel J. Sánchez Navarro

CAPÍTULO IX
LOS NUEVOS RETOS DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

- Organización territorial del poder en el Perú a partir de la descentralización 765
Ernesto Blume Fortini

- El modelo de ordenamiento territorial y el posconflicto 801
Guillermo Rivera Flórez

- La autonomía territorial como instrumento de democracia:
participación, poderes y garantías 817
Paloma Biglino Campos

- Independentismo, federalismo, descentralización: perspectiva
global y latinoamericana 839
César Aguado Renedo

- O federalismo brasileiro e alguns de seus dilemas: cooperação e competição
como problemas tradicionais do constitucionalismo brasileiro 867
Luiz Guilherme Arcaro Conci

- Tendencias de cambio constitucional en materia de federalismo en México 881
José Ma. Serna de la Garza

- Tendencias del federalismo al tiempo de la crisis económica y financiera 899
Andrea Morrone

CAPÍTULO X
LA ECONOMÍA Y EL ESTADO APARATO

- La importancia de la Constitución económica y la destrucción
paulatina de la Constitución política 923
Julio César Ortiz Gutiérrez

- Las transformaciones en curso del Estado constitucional 953
Luciano Parejo Alfonso

- A regra-matriz de incidência e a regra-matriz da ordem econômica brasileira 981
Thiago Lopes Matsushita

Durante los días 16, 17 y 18 de septiembre de 2015, la Universidad Externado de Colombia fue sede del XII Congreso de Derecho Constitucional, evento académico que organizó su Departamento de Derecho Constitucional por invitación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC).

En él se dieron cita figuras relevantes del constitucionalismo iberoamericano y de otros países del mundo, que en sesiones principales con ponencias y paneles de discusión y en un amplio número de mesas de trabajo se dedicaron a revisar y discutir *El diseño institucional del Estado democrático*, tema escogido para el Congreso.

Con su elección se quiso rendir homenaje a dos grandes juristas colombianos y externadistas: Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, quienes desde la cátedra, la función pública, la investigación y la producción bibliográfica apostaron por la democracia y el Estado social de Derecho como fórmulas inescindibles de la organización política que se pretende legítima. Pero, además, se quiso atender a un vacío propio del constitucionalismo de nuestros tiempos, que desde la oportuna reflexión de Roberto Gargarella destaca cuán necesario es aceptar, ajustar y cambiar ciertas piezas del “cuarto de máquinas” del Estado en la región, para adecuarlo a los imperativos que trazan los derechos que, de más en más, se han ido incorporando en sus textos constitucionales.

Es decir que el Congreso se ocupó de las instituciones porque resulta importante, actual e indispensable repensar cómo debe estructurarse y funcionar el aparato estatal o el sistema de agentes que conforman la gestión de la cosa pública, pues no solo de derechos viven los seres humanos ni las organizaciones políticas a que pertenecen. Qué decir para Colombia, cuya institucionalidad se debe reconfigurar y limpiar, para que las normas de implementación de la justicia transicional del acuerdo final suscrito entre el gobierno y la guerrilla de las FARC faciliten la transición hacia una vida sin violencia y con opciones de actuar en libertad e igualdad efectivas.

En torno, pues, de ese diseño institucional, se organizaron los diferentes ejes temáticos por tratar, que en este lugar sirven para la ordenación de las reflexiones y trabajos reunidos de ponentes magistrales y de presidentes de mesas de trabajo.

El libro comienza con la intervención del presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Diego Valadés, quien recoge la valiosa tradición de sus fundadores, de otorgar especial valor al estudio de la historia del constitucionalismo en sus facetas política, jurídica y social, y cuyos fracasos y triunfos deben servir para plantear soluciones a los problemas y desafíos nuevos o no resueltos. A partir de ello, se afirma que el constitucionalismo de hoy debe identificar los objetivos y medios para superar la inequidad y la ilegalidad generalizadas, como tarea que ha de comportar principalmente una actuación de los poderes legislativos.

En seguida, se publica la conferencia inaugural del maestro Jorge Ignacio Vannossi, miembro fundador del IIDC, en la que destaca que el objeto fundamental de la era constitucional es afianzar un régimen de libertades públicas y de garantías de protección de los derechos humanos, por medio de la consolidación del Estado democrático y social de Derecho.

En el capítulo I, se reúnen las ponencias presentadas alrededor de la *Creación y cambio de las constituciones*. Este eje temático se trata desde cuatro puntos de vista: el de la teoría del Derecho y de la Constitución, con el que se argumenta lo incorrecto de caracterizar la sustitución constitucional como emanación del poder constituyente (Bernal Pulido); el de la justicia transicional como expresión de los valores de cambio y discontinuidad propios del constitucionalismo (Ruti Teitel); el del Derecho constitucional y los principios y reglas que deben someter el ejercicio de poder de reforma (Manuel Aragón, Sergio Díaz), y el de la democracia participativa, que determina una mayor intervención de la ciudadanía (José Antonio Rivera). Y, como muestra de los problemas que el cambio constitucional plantea, se presenta el caso del proceso constituyente de Chile (Francisco Zúñiga Urbina).

El capítulo II, relativo a la *Estructura contemporánea del Estado constitucional*, contiene la discusión conceptual sobre la vigencia de los sistemas de gobierno en el siglo XXI (Ginevra Cerrina Feroni) y el reclamo por la actualización de la estructura del Estado a la luz de la cláusula del Estado social, mediante reformas que no requieren de refrendación popular pero sí de sólidas instituciones y presupuestos para su implementación (Imer Flores).

En el capítulo III, sobre la *Inclusión de la diversidad en el diseño institucional de los estados contemporáneos*, este se reconoce como exigible desde su fundamento normativo en el DIDH y desde su aplicación eficaz a través de políticas públicas integrales (Elizabeth Salmón). En la construcción de tal diseño, se retoma el legado de la sentencia Brown vs. Board of Education (Antonio D'Aloia). Y en su organización y fórmulas, se apuesta por el respeto y protección de las identidades culturales de los pueblos indígenas a cambio de los históricos modelos unitarios y unificantes (Francisco José Eguiguren Praeli).

En el capítulo IV, de *La Jurisdicción Constitucional*, se evidencia su función como garantía permanente que hace posible la actualización del pacto o compromiso fundacional, no obstante la objeción democrática que se formula sobre la legitimidad de sus decisiones (Juan María Bilbao Ubillos). Dicha carencia se sortea desde la configuración de una justicia constitucional que asegure el cabal cumplimiento de sus deberes de respetar el texto constitucional y de garantizar la tutela de los derechos de las minorías (Eloy Espinosa Saldaña). Por ello, son considerados insuficientes los tipos de control concentrado y difuso que explican su funcionamiento, para concebir a cambio una fórmula reconstructiva que lo explique correctamente (Lucio Pegoraro).

El capítulo v, del *Poder judicial*, contiene la presentación de los desarrollos recientes y el estado actual de la doctrina sobre el carácter vinculante del precedente en Colombia, construido en torno de la protección de derechos fundamentales y de la seguridad jurídica (Diego López Medina). Esta nueva fuente del Derecho se muestra igualmente en el estudio de los estándares del control constitucional de las resoluciones judiciales fijados por la Corte Constitucional de Perú, para así ocuparse solo de los casos en los que la tutela resulte urgente (César Landa Arroyo). Se propone, en fin, escudriñar sobre la ausencia, ruptura o falta de continuidad de los institutos del Estado de Derecho y de la democracia, que reclamen de la atención del juez nacional o internacional (Claudio A. Pinho).

En el capítulo vi, dedicado al eje temático de las *Funciones públicas y nuevas relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno*, se presenta cómo el control de convencionalidad es el paradigma por excelencia para comprender el proceso de incorporación de Derecho internacional al Derecho interno en los países del continente que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Humberto Sierra Porto). Así mismo, se da cuenta del carácter plurifuncional de los jueces y las cortes en la actualidad, tanto nacionales como internacionales, que más allá de su rol tradicional de resolver disputas se han venido convirtiendo en autoridades cuyas decisiones, producidas en el marco de un fructífero diálogo judicial, crean espacios jurídicos nuevos para proteger y desarrollar el Estado democrático (Armin von Bogdandy, Christoph Grabenwarter, Peter M. Huber). Se revisa también el impacto del sistema interamericano en el modelo público de prestación de asistencia jurídica gratuita a las personas en situación de vulnerabilidad (Mônica de Melo). Y, siguiendo de cerca la cuestión contemporánea sobre los diálogos judiciales, se retoma el papel de los jueces en la armonización del Derecho, para articular sistemas jurídicos interdependientes y complementarios (Hernán Salgado Pesantes). Se expone, sin embargo, que las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno son complejas, no solo por replantear el concepto tradicional de soberanía, sino también por el interés que debe asignarse a la práctica efectiva del Derecho y sus distintas fuentes (Rubén Hernández Valle). Así se confirma, finalmente, al abordar los problemas, lo que para la doctrina constitucional suponen las nuevas formas de relación entre los Estados y las instituciones supranacionales e internacionales (Guerino D'Ignazio).

En el capítulo vii, sobre la *Racionalización de los sistemas de gobierno presidenciales*, se propone una seria revisión de la función parlamentaria de control, capaz de mejorar el funcionamiento de la división de poderes dentro de la moderna organización constitucional (Javier García Roca). Y se reafirma en el carácter democrático del refuerzo institucional, para recuperar el lugar del pueblo en la Constitución, con el fin de reducir la hipertrofia de las prácticas contramayoritarias (Roberto Gargarella). Este talante contrasta en blanco y negro con las recientes

reformas constitucionales de Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Argentina, de carácter vertical y fuertemente presidencialistas (Antonio María Hernández).

El capítulo VIII, que se ocupa del *Poder legislativo*, solo incluye el estudio sobre el escaso desarrollo y aplicación de la iniciativa legislativa popular (Ángel Sánchez Navarro). No es mera coincidencia que el tratamiento de esta rama del poder público apenas haya podido recoger un texto, pues con ello se refleja el abandono de la teoría constitucional a la democracia representativa, aunque siga siendo la institución más valiosa de los Estados sujetos a Derecho y derechos.

El capítulo IX, que atiende a *Los nuevos retos de la organización territorial*, se abre con la comparación entre la organización territorial del poder en el Perú según su Constitución y la realidad que desconoce la relevancia del municipio como instrumento al servicio de la democracia (Ernesto Blume Fortini). En el caso colombiano, se enfatiza en la necesidad de alinear la actuación de los municipios, los departamentos y el Estado central como fórmula para que en la nueva etapa del posconflicto por implementar, sean factibles la recuperación de los territorios controlados por los grupos armados ilegales y la garantía de los derechos humanos de sus pobladores (Guillermo Rivera Flórez). La autonomía territorial se alza como respuesta a la complejidad social y geográfica de los Estados, que para ser coherente debe emplear mecanismos de democracia participativa en la toma de decisiones y en el control de la administración y la gestión públicas (Paloma Biglino Campos). Pero “ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre”, pues también se estima indispensable proteger la noción y función del Estado Nación como pieza fundamental para la estabilidad institucional, en un mundo con multiplicidad de sujetos y de relaciones (César Aguado Renedo). Otro tanto se verifica en el estudio de los cambios constitucionales en el federalismo mexicano en el contexto del multipartidismo y los gobiernos divididos de los años recientes (José Ma. Serna de la Garza), y en el análisis de los mitos y realidades que rodean la proclamada crisis del Estado federal o del Estado regional (Andrea Morrone).

Por último, en el capítulo X, sobre *Economía y Estado aparato*, se pone de presente el significado de la Constitución económica y la forma como destruye paulatinamente la noción de Constitución política (Julio César Ortiz Gutiérrez). Y se analizan los fenómenos y transformaciones sociales y tecnológicas que han determinado tanto los avances como los retrocesos en las instituciones de intervención económica del Estado (Luciano Parejo).

En suma, el libro que me han confiado amablemente presentar, da cuenta de las reflexiones de constitucionalistas y estadistas sobre el modo de ser y el deber ser del Estado como conjunto de instituciones aptas o por adaptar, para servir, como corresponde, al cumplimiento de los muy preciados y difíciles objetivos constitucionales, de organizar sociedades libres, solidarias, respetuosas del Derecho legítimo, con igualdad de oportunidades para el desarrollo de sus integrantes, en

su diversidad de condiciones, identidades y capacidades y con sistemas económicos y ambientales sostenibles.

Solo basta por agradecer, y mucho, el trabajo de recopilación y ordenación de ponencias y escritos efectuado por la profesora Paula Robledo Silva y el equipo de apoyo del Departamento de Derecho Constitucional del Externado, constituido por Mariana Arias, Camila Torres, Ma. Fernanda Barraza y Felipe Rodríguez como asistentes de investigación, y Camila Medina, Alejandra Muñoz, Camila Vega, Alejandra Osorio, Juan Camilo Caicedo y Marcelo Lozada como monitores. Lo mismo al Departamento de Publicaciones de la Universidad, encabezado por su director Jorge Sánchez Oviedo. Y, por supuesto, a Ecopetrol, por el apoyo financiero para la publicación.

Magdalena Correa Henao
Directora del Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

Paula Robledo Silva
Directora Ejecutiva
XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia
Bogotá, septiembre de 2016

PALABRAS DE JUAN CARLOS HENAO
RECTOR
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Queridos miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, profesores, estudiantes y amigos:

Para nuestra universidad, la de hoy es una fecha señalada. Nos correspondió el honor de ser designados como la sede del XII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Confluyen en la concepción del evento los intereses e inquietudes académicas de dos instituciones que hacen del Estado democrático y de la promoción de las libertades y derechos una causa, y que entienden que solo se puede realizar al abrigo de los textos constitucionales. Por eso, las conferencias, disertaciones y reflexiones girarán en torno al diseño institucional del Estado Democrático, cuestión que se hace más vívida, si cabe, en el presente del Derecho colombiano, que con expectación mira la manera en que avanza la negociación de un prolongado conflicto armado y que desde ya se enfrenta a las preguntas que formula la sociedad acerca de cuál es la acogida que cabe darles, desde las instituciones constitucionales, a las decisiones que adopten las partes dialogantes, y tiene inquietud por conocer cuáles son las respuestas que a estas mismas inquietudes se le han dado en el Derecho comparado.

La ocasión también es especial porque en el marco de este Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional evocaremos y rendiremos un sentido homenaje a dos insignes profesores colombianos: Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahíta. Han sido ellos los principales promotores del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de sus ideales y debates, en esta esquina norte de Sudamérica. Para nuestro país, fueron estadistas, defensores de la democracia, de la respuesta desde el Derecho y desde las instituciones a las dificultades que pudiesen enfrentar la sociedad y el Estado, formadores de generaciones de demócratas. Para nuestra universidad, son ellos, los maestros tutelares, quienes fijaron el rumbo por el que aún navegamos y del cual nos sentimos orgullosos. Queremos, en el marco de este Congreso, evocar, de ellos dos, su rigor académico, su prédica y obsesión constitucional, su calidez como maestros, su ejemplo personal y la sólida e inescindible relación que tejieron entre nuestra universidad y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Visto está que nos sobran motivos para dedicarnos, con rigor, calidez y esfuerzo sin límites, a la organización de nuestro Congreso. Fue así que desde el instituto y la universidad trabajamos arduamente y con unidad de criterio para garantizar la presencia de los más connotados juristas y teóricos del Derecho constitucional de América y Europa; y lo logramos, como podrán verlo todos reflejado en el programa. Sería largo e innecesario hacer una exaltación del currículo de cada conferencista. A ellos, les estaremos largamente agradecidos por haber aceptado la invitación.

Es por el elevado nivel de las conferencias que los profesores invitados nos han anunciado y por el cariz abierto de nuestra universidad y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que la acogida que ha tenido este Congreso ha superado todas las expectativas: ha sido desbordante. Tanto, que el número de asistentes ha superado la capacidad de este magnífico y amplio auditorio. Son más de 1.300 los asistentes que, con avidez e inquietud intelectual, concurren para lograr el máximo provecho de estas jornadas. Quiero resaltarlos a todos y transmitirles nuestra bienvenida y agradecimiento, a quienes vienen desde varios países y continentes, a los practicantes del Derecho, a los funcionarios públicos, a los jueces, pero, muy especialmente, y excúsenme que así lo haga, a nuestros estudiantes procedentes de todo el país y que se hicieron presentes en Bogotá para conocer de cerca a todos aquellos doctrinantes que han concebido las tesis jurídicas a las que nos referimos en nuestras clases.

A todos aquellos que asisten por primera vez a un Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, quiero hacerles una advertencia: aquí, el debate académico abierto es palpitante, vital. Por esa razón, representan un momento cumbre las sesiones de las mesas de trabajo y discusión dentro de las cuales se defienden y pasan a examen los reportes técnicos enviados desde distintos países de América y Europa por los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, los profesores del Departamento de Derecho Constitucional de nuestra universidad e interesados en general. Es ese un gran momento para entablar relaciones de colegaje y dialéctica académica con doctrinantes de distinta procedencia.

En definitiva, todo está dado para que el Congreso que nos disponemos a iniciar sea un cálido y fructífero punto de encuentro entre conferencistas y asistentes, entre países y continentes, entre nuestra universidad y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre las inquietudes de la sociedad y las del Derecho, entre generaciones, entre profesores y alumnos.

Quiero también agradecer a todos los profesores del Departamento de Derecho Constitucional, fundado por los doctores Hinestrosa y Restrepo, porque todos ellos, sin excepción, han trabajado de modo incansable para lograr que la organización de este Congreso, las mesas de trabajo y las aulas de difusión de las conferencias sean un éxito.

No puedo menos que esperar que todo responda a los niveles de excelencia que de siempre nos impusieron los maestros Hinestrosa y Restrepo.

Muchas gracias y bienvenidos a esta universidad que ha sido y seguirá siendo faro de libertad propicio para el debate constitucional.

PALABRAS DE DIEGO VALADÉS
PRESIDENTE
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

XII CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ, 15, 16 Y 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Este XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional se celebra bajo los mejores auspicios. Convocado por la Universidad Externado de Colombia y por la sección colombiana de nuestro Instituto, se desarrollará en esta grande y noble sede del saber donde se han forjado eminentes juristas de nuestra América. El Externado nos acoge con su tradicional y generosa hospitalidad para reflexionar acerca del Diseño Institucional del Estado Democrático.

En nombre de todos los participantes hago expresión de profunda gratitud y de sincero reconocimiento al distinguido jurista Juan Carlos Henao, Rector de esta Universidad, y a quienes lo han acompañado en los preparativos y en la realización del encuentro que hoy comienza.

También manifiesto mi agradecimiento al presidente de la sección colombiana del Instituto, Julio César Ortiz, promotor de este evento desde 2009, cuando tuvimos el X Congreso Iberoamericano en Lima.

Gracias, asimismo, a todos los colegas que participan en el encuentro; a los colombianos, que se hacen un espacio en sus tareas cotidianas, y a quienes vienen de otros países, cercanos y lejanos. Todos, asociados por el interés compartido en el diseño institucional del Estado democrático, dedicaremos las próximas jornadas a examinar los problemas y las soluciones relacionados con tan trascendental asunto.

Tomaremos como referentes a dos exponentes mayores de la ciencia jurídica de nuestro tiempo: Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, quienes en sus respectivos campos de especialidad hicieron aportaciones reconocidas y admiradas por sus pares, y que con generosidad insuperable sembraron el saber jurídico y ofrecieron su cultura, su laboriosidad, su vida entera a la causa de la justicia y de las libertades. Ambos reciben en este Congreso el homenaje de sus colegas, discípulos y amigos, con respeto, afecto y gratitud.

Cada uno de nuestros congresos ha representado una oportunidad para reflexionar acerca de los problemas constitucionales de nuestro tiempo. Estoy seguro de que así sucederá también en el que llevaremos a cabo en esta fascinante ciudad.

En la Asamblea llevada a cabo con motivo del Congreso de Tucumán fueron reformados los Estatutos para establecer que nuestro Instituto tiene carácter iberoamericano por el objeto de sus estudios, no por la nacionalidad de sus integrantes.

De esta forma quisimos perfilar los objetivos cosmopolitas de nuestra organización académica.

Tenemos presente, siempre, que nuestra disciplina forma parte de las ciencias de la cultura, y que las constituciones mismas guardan una relación simbiótica con su entorno.

La cultura mediterránea se transformó en cultura atlántica desde el siglo XVI. El nuevo mundo que surgió entonces no fue solo nuestro continente, sino algo más amplio y complejo que podemos identificar como Euroamérica, porque también el viejo continente experimentó profundos cambios en su política, en su economía, en sus instituciones jurídicas y hasta en su vida cotidiana.

El constitucionalismo moderno se fue fraguando en ambas orillas del Atlántico, y si bien aquí fueron acogidas las ideas y los ideales de la Ilustración y de la Revolución, las experiencias americanas también encontraron proyección en tierra europea. El mejor símbolo de esa interacción quedó plasmado en la Constitución gaditana de 1812, cuyos autores procedían de todos los cantos del mundo hispánico; además, ellos mismos estaban familiarizados con las culturas políticas inglesa y francesa.

El *Contrato social*, publicado en 1763, ya era bien conocido en este hemisferio apenas dos décadas más tarde, gracias a su publicación en español, ¡en Londres!, merced al interés de intelectuales iberoamericanos. Entre los nacidos en estas tierras que se inspiraron en las tesis del ginebrino figuraron intelectuales como el argentino Manuel Belgrano, el boliviano Matías Terrazas y el peruano Pablo de Olavide. A ellos se sumaron los revolucionarios ilustrados como José Artigas, Simón Bolívar, Miguel Hidalgo, Antonio Nariño y tantos más a quienes debemos nuestras primeras experiencias constitucionales.

Germán Arciniegas, una de las cumbres literarias de nuestra América, interpretó el fresco pintado por Rafael en el Vaticano, *La Escuela de Atenas*, para concluir que el gran renacentista plasmó allí “el primer debate sobre el Nuevo Mundo”¹. La argumentación es convincente. En 1507, como reconocimiento a la proeza náutica y a la información de Américo Vesputio, el cosmógrafo alemán Martin Waldseemüller, publicó en Francia su *Universalis Cosmographia*, y allí apareció por vez primera el nombre del continente.

Arciniegas alude a que en el fresco de Rafael figuran dos palabras escritas: *Ti-meo*, “en el lomo del libro que tiene bajo su brazo Platón”, y *Ética*, “en manos de Aristóteles”. *Ti-meo*, nos recuerda, es el diálogo en el que se menciona a Atlántida. La *Ética*, es posible agregar, examina los efectos de la solidaridad y del respeto incluidos en el concepto general de amistad que tanto interesó a Aristóteles. Además, agrega el erudito colombiano, Ptolomeo muestra la esfera terráquea que incluye el *Mundus Novus*, de Vesputio.

1 ARCINIEGAS, GERMÁN, *América es otra cosa*, Bogotá, Círculo de Lectores, 1992, p. 177.

Difícil ha sido la edificación del orden constitucional en nuestro hemisferio. Empero, esa actividad también ha sido portadora de un especial sentido de esperanza. Con palabras precisas, el eminente tratadista a quien dedicamos este Congreso, Carlos Restrepo Piedrahita, afirmó que: “Desde fines del siglo XVIII se había extendido sucesivamente por Europa y América Latina la idea-fuerza de las constituciones escritas, como signo de libertad, de afirmación política, de autonomía nacional y de existencia de los Estados. La palabra *Constitución* ostentaba un prestigio carismático arrollador, que exultaba los ánimos de pueblos y líderes revolucionarios”². Al iniciar nuestro encuentro debemos tener presente esa lección y preguntarnos si las constituciones nuestras de hoy siguen teniendo ese mismo prestigio, o si requieren un remozamiento que se los restituya. Esta será una de las tareas a la que nos dedicaremos en los próximos días y en cuyo desarrollo nos servirán de guía las palabras y las enseñanzas del ilustre maestro colombiano.

La nuestra es una ciencia que registra las regularidades del acontecer individual y colectivo, nacional e internacional, y si observamos los datos que a su vez ofrece la normalidad, podremos identificar aspectos en que la norma resulta deficiente, insuficiente o disfuncional. Esto no implica que solo el método sociológico nos permita conocer el sentido y el contenido de un ordenamiento; lo que me interesa subrayar es que con las herramientas empíricas podemos precisar, incluso mensurar, algunos fenómenos que requieren atención desde la perspectiva del diseño institucional.

Asumiendo el riesgo que implican las generalizaciones, porque con frecuencia conducen a inexactitudes o a simplificaciones, puede decirse que en amplio catálogo de problemas que corresponde atender a los constitucionalistas, sobresalen tres fundamentales, con diferentes grados de relevancia en los sistemas constitucionales a los que cada uno pertenezca. Estas tres cuestiones son la política, la jurídica y la social.

La *cuestión política* concierne a las libertades individuales y sociales, y a las responsabilidades públicas. En cuanto a las primeras, todos los sistemas constitucionales ofrecen respuestas, solo que a veces con un carácter más nominal que normativo. Por otra parte, las libertades de tránsito, de comercio y aun de expresión se ven restringidas cuando sobrevienen fenómenos extendidos de inseguridad. La violencia afecta la integridad física y patrimonial de los gobernados en perjuicio de la calidad de la democracia. Otro tanto sucede cuando el acceso al poder tiende a ser limitado por razones de riqueza o por las redes de intereses familiares, mediáticos o económicos, como ocurre en varias democracias, incluidas las del ámbito iberoamericano. No menos preocupante es la reaparición de perseguidos y de presos por

2 En *Constituciones de la primera república liberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, t. 1, p. 152.

razones políticas en algunos países del área. Son prácticas que ya se consideraban superadas en nuestros sistemas.

En lo que atañe a las responsabilidades de los gobernantes, muchos diseños institucionales conservan todavía lagunas sistémicas que propician la concentración del poder. Este fenómeno trae su propia cauda de consecuencias, entre ellas la discrecionalidad, la arbitrariedad y la corrupción, que inciden negativamente en la gobernabilidad democrática.

La *cuestión jurídica* está relacionada con la asimetría de derechos en el ordenamiento interno, incluido el de fuente internacional. En este elenco se sitúan los derechos sexuales y reproductivos; el respeto por la autonomía de la persona y por su dignidad, y la laicidad de las instituciones. El laicismo es inviable donde las normas morales que pueden adoptar las personas conforme a su libertad de profesar una fe, sean consideradas como reglas coercitivas para ellas mismas y para quienes tienen otras creencias o no tienen ninguna.

El Estado laico no debe sancionar las normas morales que corresponden al ámbito de las creencias religiosas, así sean las que profese la mayoría de los habitantes. La fusión entre la norma moral y la norma jurídica es típica de los sistemas confesionales, como la integración en un mismo conjunto de las normas jurídicas y de las convicciones políticas lo es de los sistemas totalitarios. Aunque ya se superó la expresión más radical de confesionalidad que caracterizó al constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX, quedan residuos que no han podido ser superados.

Subsisten temas propios del laicismo que todavía no encuentran respuesta en el constitucionalismo contemporáneo y que tampoco forman parte de la normativa de fuente internacional. En los Estados nacionales del área tales asuntos son objeto de regulaciones contrastantes, y a veces eso sucede hasta en el ámbito de un mismo país³. Semejantes contradicciones ponen en entredicho el principio de igualdad ante la ley, pese a que desde hace por lo menos un par de siglos son objeto del debate constitucional en nuestro hemisferio.

El progresivo empequeñecimiento del Estado ha tenido, entre sus múltiples efectos, el diferimiento de numerosas expectativas vinculadas con el Estado de Derecho y el acceso a la justicia. La solución de los conflictos a través de medios jurisdiccionales exige una mínima capacidad litigiosa de la que no dispone buena parte de los justiciables y que con frecuencia los lleva a caer en las redes de la abogacía mal entendida. Así sucede en los diferendos laborales, por ejemplo, pero también encontramos numerosos casos en los que el justiciable carece de los medios

3 En México, por ejemplo, las mismas conductas que en el Distrito Federal forman parte de los derechos reproductivos de las mujeres, en el resto del país son castigadas como delito, en algunos casos con una gravedad extrema que las equipara al homicidio calificado.

para demandar justicia administrativa, civil y comercial. La marginación procesal genera una modalidad de desigualdad que suele pasar inadvertida.

La *cuestión social* es medida a través del bienestar colectivo, de los niveles de equidad e incluso de la felicidad. Aquí es donde se presentan los mayores desafíos porque la inequidad prevaeciente en la región muestra uno de nuestros mayores rezagos. La baja calidad de la vida política y de la democracia, los exiguos niveles de la vida jurídica y los agudos cuadros de pobreza presentes en casi toda América Latina, ofrecen un panorama de tribulaciones que es indispensable e inaplazable superar.

Las cuestiones social, jurídica y política, tienen que ser atendidas no por su potencial explosividad, sino porque es nuestro deber. Los excesos del poder y las carencias de la sociedad no necesariamente conducen a desbordamientos colectivos; pero esto es irrelevante. Las tres cuestiones no son objeto de estudio por motivos de oportunidad sino porque la racionalidad del constitucionalismo democrático obliga a aportar remedios a los déficits observados, que se siguen acumulando.

Las soluciones de hoy podrían dar origen a nuevos desafíos mañana porque las instituciones no son perfectas ni los remedios, eternos. Cada vez que damos un paso adelante tenemos que estar conscientes de que pueden surgir demandas supervenientes. Nuestros problemas anteriores se cifraban en alcanzar lo elemental: gobiernos civiles, elecciones libres, respeto por los derechos fundamentales. Ahora planteamos las necesidades propias del constitucionalismo avanzado: las garantías jurídicas y políticas que hagan converger la norma y la normalidad en el marco de la democracia.

Cuando el Estado nacional era una quimera, bastaba con prometer para el futuro una condición mejor; pero el futuro ya llegó para todos y trajo apenas porciones desiguales de lo ofrecido. Con todo, no es esto lo que importa; de ninguna manera podemos extraviarnos indagando culpas pretéritas. Los constitucionalistas, máxime si nos interesamos por los diseños institucionales, debemos ver el pasado como un laboratorio que nos permite aprender de los fracasos, que hay que reconocer, y de los aciertos, que no podemos ignorar. Ni derrotismo ni complacencia: análisis y responsabilidad científica, y más compromiso social, son los ejes de nuestra labor.

El constitucionalismo democrático es portador de esperanza porque procura soluciones viables para problemas reales. Ahí reside su razonabilidad. Cuidando de no caer en el escepticismo de que nada se puede lograr más allá de lo hasta ahora conseguido, ni en el espejismo normativo que a veces atribuye a las reglas del Derecho posibilidades taumátúrgicas que inducen al engaño.

Los constitucionalistas somos sujetos públicos porque lo nuestro es estudiar los ordenamientos y promover su mejora. Lo que no podemos hacer es entrar en el torbellino del oportunismo y prestarnos a servir a quienes manipulan el Derecho para obtener ventajas en la coyuntura política, adoptando normas a sabiendas de

su inviabilidad técnica y, muchas veces, también económica. Es común que las expresiones normativas grandilocuentes pretendan distraer a la sociedad, pero sus autores no ignoran que una parte crecida de los compromisos jurídicos que adquieren no tienen posibilidades reales de ser financiadas.

Las disposiciones constitucionales que establecen derechos de prestación a favor de la comunidad no suelen basarse en los estudios de impacto financiero que determinen su impacto en económico. Esta omisión genera un activismo constitucional irresponsable que tiene saturadas las cartas fundamentales con normas llamadas a no ser cumplidas. Esta forma de construir las constituciones favorece la demagogia política en la medida en que los ofrecimientos solo tienen por límite la imaginación de los dirigentes; también propicia el escepticismo del gobernado, porque se habitúa a ver que las reformas quedan solo en expresiones sin efectos tangibles.

Este activismo constitucional tiene diversas manifestaciones. Por ejemplo David Landau identifica como “constitucionalismo abusivo” la tendencia de enmascarar propósitos de carácter autoritario bajo la apariencia de las reglas constitucionales. “El constitucionalismo abusivo debe definirse como el uso de mecanismos de cambio constitucional en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad”⁴.

Considero que, además de la intención directa a la que alude Landau, la afectación del orden democrático también puede proceder del desconocimiento de las interacciones negativas entre las instituciones incorporadas en el ordenamiento. Por ejemplo, los instrumentos de consulta directa a la ciudadanía tienen la apariencia de vehículos de la democracia; empero está demostrado que su funcionamiento depende del contexto. En Suiza, los plebiscitos son una expresión de la democracia, pero en España lo fueron de la dictadura de Francisco Franco. Incluso en un mismo contexto los efectos de las mismas instituciones pueden ser diferentes. Por ejemplo, en Estados Unidos se practica intensamente el referéndum en los ámbitos locales pero no se ha aplicado nunca en el federal, para preservar la funcionalidad del sistema representativo.

Todo experto en diseños constitucionales debe conocer los pros y los contras de cada institución, pero sucede que las constituciones no siempre son elaboradas o reformadas con el concurso de esos expertos, o que a veces los llamados expertos no lo son tanto. Esto, en adición al error humano o a la carencia de instrumentos adecuados de análisis o de medición empírica del impacto normativo, conduce a que en ocasiones haya propósitos genuinos de favorecer la democracia pero con resultados inversos a esos objetivos. En otras palabras, además del *constitucionalismo*

4 LANDAU, DAVID, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 25 y ss.

abusivo, que resulta de una decisión deliberadamente adversa al constitucionalismo democrático, también hay un *constitucionalismo irresponsable*, que no contempla con rigor los potenciales efectos negativos para el ordenamiento.

Otra salvedad consiste en que no todas las acciones englobadas en ese *constitucionalismo abusivo* tienen que corresponder por necesidad al propósito de desmontar un sistema democrático previo. También pueden darse ese fenómeno y el del *constitucionalismo irresponsable* cuando se pretende salir de una situación autoritaria, pero en lugar de un cambio democrático real solo se adoptan ficciones para perpetuar la condición preexistente.

La *nomogogia*⁵ es la manipulación de la norma para satisfacer intereses coyunturales y en perjuicio del sistema constitucional. La nomogogia de los juristas es más nociva que la demagogia de los políticos, porque la hacen expertos vinculados por el juramento profesional de servir con lealtad a la comunidad. Los políticos irresponsables crean ilusiones para obtener votos. Esto es dañoso para las sociedades, pues las hace perder confianza en la política; pero los juristas irresponsables forjan contradicciones y fantasías, y esto hace que una sociedad pierda confianza en sí misma al considerarse impotente para una vida de relación justa, equitativa y libre, basada en principios y en reglas razonables.

En materia de diseño constitucional, el proceso más remoto, mejor documentado, fue el que condujo a la elaboración de la Ley de las Doce Tablas. Hace más de veinticinco siglos se expresó un poder constituyente en el que la norma resultó del consenso. El relato histórico de Tito Livio⁶ permite advertir que para elaborar esa Ley se aplicaron las pautas que ahora identificamos como propias de la deliberación, la negociación y el acuerdo.

Para los plebeyos era esencial contar con normas escritas sustitutivas de las *mores maiorum* (costumbres de los ancestros), que los ponían en desventaja. La aceptación por parte de los patricios estuvo acompañada por la inclusión de las dos últimas leyes, que Cicerón descalificó por su iniquidad, en especial por la “inhumana” prohibición de matrimonio entre plebeyos y patricios, que luego fue “abolida por el plebiscito de Canuleyo”⁷.

Muchos autores contemporáneos consideran esa ley como una auténtica Constitución, en tanto que por siglos fue el referente para el orden normativo en Roma. Pero no solo tuvo el carácter de una norma suprema por la aceptación de su primacía; también lo fue porque formó parte de la cultura y, como tal, se la hizo objeto de adhesión espontánea por parte de la población. Cuatro siglos después de

5 Este neologismo está basado en *nomos*, norma, y *agogé*, conducción.

6 *La fundación de Roma*, Libro III, pp. 33-35.

7 *La República*, Libro II, p. 37.

su adopción, Cicerón le recordaba a su hermano Quinto cómo siendo niños tenían que memorizar esa ley, igual que lo hacía el resto de la población⁸.

Esa etapa germinal del diseño constitucional corresponde a la idea clásica, grecolatina, en el sentido de que las formas de gobierno están sujetas a transformaciones naturales, *metabolei*, como las llamaba Platón⁹, o a ciclos, *politeion anakyklosis*, a los que aludía Polibio¹⁰. Esta idea estuvo presente en el Renacimiento, por ejemplo en Maquiavelo¹¹, pero registró un giro pronunciado a partir de las tesis contractuales de Thomas Hobbes, John Locke y, sobre todo, de Jean Jacques Rousseau. La norma constitucional dejó de entenderse como un episodio natural o como la fase de un proceso circular, y pasó a ser el producto de una decisión reformadora específica.

El diseño constitucional moderno se basó en los grandes constructos de la soberanía popular, consecuencia del contrato social originario, y de la separación de poderes, respuesta racional al absolutismo que proponía distribuir el poder sin retornar a los procedimientos atomizadores del feudalismo.

El siglo XX abrió otros horizontes al diseño constitucional. El concepto de lucha de clases, de Karl Marx y Friedrich Engels, y el teorizado por Carl Schmitt, basado en la tensión amigo-enemigo¹² marcaron una forma de diseñar instituciones en esa centuria. Schmitt reconoció la afinidad entre ambos modelos, en especial a través de la doctrina leninista de la lucha partisana elaborada por V. I. Lenin, a cuyos apuntes *Tetradka* calificó como uno de los documentos “más grandiosos de la historia universal y de la historia de las ideas”¹³. Se trata de un comentario a la obra de Carl von Clausewitz, *De la guerra*, cuya tesis central, “la guerra es la continuación de la política, por otros medios”, fue el eje de las reflexiones leninianas y de las schmittianas.

Lenin sintetizaba su idea de cómo elaborar una Constitución diciendo: “Todo intento, directo o indirecto, de plantear la cuestión de la Asamblea Constituyente desde un punto de vista jurídico formal, en los marcos de la democracia burguesa corriente, sin tener en cuenta la lucha de clases y la guerra civil, es una traición a la causa del proletariado y la adopción del punto de vista de la burguesía”¹⁴.

8 *De las leyes*, Libro II, iii, 9, y II, xxiii, 59.

9 *República*, libro VIII, iii, 546.

10 *Historias*, libro VI, 9, (10).

11 Véanse *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Libro I, 2, e *Il Principe*, cap. IX.

12 Véase *El concepto de la política*, Buenos Aires, Editorial Struharf & Cia., 1984, pp. 37 y ss.

13 Véase SCHMITT, CARL, “Teoría del partisano”, en *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, pp. 153 y ss. El texto de Lenin está traducido al español: “La obra de Clausewitz *De la Guerra*. Extractos y acotaciones”, en *Clausewitz en el pensamiento marxista*, México, Cuadernos de Pasado y Presente, 1989, pp. 49 y ss.

14 LENIN, V. I., “Tesis sobre la Asamblea Constituyente”, en *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, 1960, t. II, p. 541.

La coincidencia de Marx, Engels, Lenin y Schmitt, encuentra un precedente lejano, probablemente conocido por los cuatro: el fragmento 53 de Heráclito, conforme al cual “*Pólemos* [el conflicto bélico] es el padre de todas las cosas”¹⁵. El fragmento 80 ratifica la idea: “la guerra es común [a todos los seres], y la justicia es discordia”. Este mismo fragmento agrega otra idea: “todas las cosas se engendran por discordia y necesidad”¹⁶. No es la ocasión para exponer los múltiples puntos de vista expresados en torno a ese par de fragmentos, pero sí es la oportunidad para subrayar que esta forma de ver y de entender la construcción constitucional ha estado presente en los procesos constituyentes contemporáneos.

Con otras herramientas analíticas, Michel Foucault retomó la tesis de Clausewitz, y la invirtió, de suerte que para él no es la guerra la continuación de la política, sino que es esta, la política, la que continúa la guerra por otros medios¹⁷.

Este es, ahora, nuestro tema y nuestro problema. ¿El diseño de las constituciones obedece a un afán estratégico para mantener a raya al adversario? ¿Le damos la razón a Schmitt cuando asegura que “enemigo es una totalidad de hombres situada frente a otra análoga que lucha por su existencia”?¹⁸.

No propongo una respuesta basada en criterios morales ni ideológicos; sugiero que aceptemos que por largo tiempo hubo pulsiones agonistas cuando la norma constitucional se construyó lo mismo para conservar privilegios que para generar reivindicaciones de clase; para afirmar o para negar dogmas religiosos; para imponer o para eximir de cargas fiscales; para asegurar la dominación por parte de un grupo, de un partido, de una corporación, de una familia o de una persona. La lista puede continuar y, en efecto, encontraremos que desde la Carta Magna, ochocientos años atrás, hasta muy cerca de nosotros, tal vez nosotros incluidos, hemos incurrido en la trama del constitucionalismo del enemigo.

Consciente o inconscientemente pudimos haber incidido en el patrón heraclíteo que tan larga escuela ha generado. No creo en las reversiones voluntaristas ni en las transformaciones metafísicas de la conducta. Considero que lo importante, ante todo, es advertir que en nuestro tiempo construimos las instituciones constitucionales para evitar los conflictos, no para perpetuarlos, pero si la razón dialéctica nos impusiera desarrollarlas conforme al principio del *pólemos*, tengamos cuidado al menos en no equivocarnos de enemigo.

Los opuestos, en el constitucionalismo del porvenir, no deben ser los individuos, ni los grupos, ni siquiera las clases sociales; los opuestos se sitúan en el ámbito de los principios en estos pares de antinomias: el poder autónomo y arbitrario, contra el

15 En MONDOLFO, RODOLFO, *Heráclito, textos y problemas para su interpretación*, México, Siglo XXI, 1966, pp. 37 y 140 y ss.

16 *Idem*, p. 40.

17 *Il faut défendre la société*, París, Gallimard, 1977, pp. 16 y ss.

18 *Concepto de la política*, ob. cit., p. 39.

poder regulado y controlado; el ejercicio corrompido y corruptor del poder, opuesto a su desempeño razonable y responsable; la concentración frente la compartición del poder; el acaparamiento o la distribución de la riqueza nacional; la exclusión contra el acceso a la justicia; la asimetría contra la equidad social.

Si trasladamos los opuestos dialécticos que parecen guiar las decisiones políticas para dar lugar a la construcción de instituciones, hagámoslo sustituyendo las luchas hegemónicas de intereses por las diferencias democráticas y de principios. Cuando se diseñan constituciones debe verse el avance de los principios compartidos, no las ventajas de los agentes que toman la decisión.

Los constitucionalistas tenemos una grave responsabilidad para con nuestras comunidades, responsabilidad que no nos permite mentir y que tampoco nos autoriza a procrastinar el compromiso y la necesidad de soluciones razonables para las cuestiones pendientes.

La cuestión política y la cuestión jurídica cuentan con instrumentos bien explorados; lo único que conviene tener presente en todo momento es que las instituciones no se comportan de la misma forma en diferentes entornos culturales, como ha enfatizado Peter Häberle, y que un mal ensamble de instituciones diversas puede ocasionar que entre ellas se desencadenen interacciones negativas que hagan disfuncionales, cuando no contraproducentes, a instituciones que en otros espacios o conforme a otros diseños ofrecen resultados positivos.

Si se procede con cautela, se harán diseños exitosos siempre que se busque la armonización de las instituciones entre sí, y que se asuma el entorno como una externalidad que puede propender a acentuar, condicionar o incluso inhibir los efectos de las normas.

El diseño de las instituciones aptas para atender la cuestión social presenta dificultades añadidas porque intervienen factores ideológicos y emocionales, e intereses crematísticos, que dificultan las decisiones racionales. Además, los agentes externos, que operan en la dimensión global de la economía, de las finanzas, del Derecho y de la política, no suelen ingerirse en las soluciones vernáculas de la cuestión política; formulan exigencias por cuanto hace a la jurídica que, a veces, también aprovechan a la comunidad local, pero plantan resistencias críticas en lo conducente a la cuestión social.

Para esos influyentes agentes de la globalidad, las instituciones de bienestar suponen costes que prefieren evitar. Cuando no lo consiguen en un mercado nacional de trabajo, presionan amenazando con emigrar a otro que les resulte más amigable. A estos intereses se suelen adherir las élites locales, a las que también les resultan ventajas competitivas cuando el universo de las prestaciones sociales se mantiene reducido.

Aquí es donde interviene el constitucionalismo democrático. Aunque el Derecho es un conjunto de palabras con poder y su construcción sintáctica es una de las

claves para entenderlo, en el caso de las instituciones la combinación de normas de significado opuesto no produce un nuevo sentido, como ocurre en la retórica con el oxímoron; en el caso del Derecho y de las instituciones, lo que se produce en semejantes casos son aporías que hacen inviables los sistemas normativos elaborados a partir de instituciones contradictorias.

Aun cuando las constituciones contengan enunciados normativos radicales por su contenido social, si el sistema, como un conjunto de instituciones, no obedece a la misma racionalidad, la preceptiva deviene en narrativa.

En todos los sistemas hay tareas por hacer. No hay ninguno que pueda considerarse último y perfecto. En nuestro caso, el constitucionalismo iberoamericano, en especial el de este lado del Atlántico, tiene sus propios pendientes. Los que mayor urgencia plantean, hasta por razones humanitarias, son los concernidos con la equidad. Millones de personas en nuestro hemisferio están al margen del bienestar y del acceso a la vida institucional. Situados en los mínimos de subsistencia, su presencia exhibe las carencias de los sistemas político-constitucionales. En este y en otros temas, se corre el riesgo de incurrir en generalidades discursivas que producen efectos de opinión pública pero que no modifican la realidad. Los constitucionalistas tenemos, en cambio, una responsabilidad con los principios y con la verdad; nuestra labor es contribuir a identificar los objetivos y los medios jurídicos para alcanzarlos.

Uno, el más apremiante, es auspiciar la distribución de la riqueza. Las condiciones de inequidad son extremas. No debe confundirse la paciencia de una mayoría sometida a condiciones de hambre, con la indiferencia. Los remedios tienen que ser adoptados no para evitar potenciales explosiones sociales sino porque es lo que se debe, si somos consecuentes con las convicciones que proclamamos.

Este y muchos otros asuntos forman parte del diseño de las instituciones a las que dedicaremos nuestras reflexiones en los próximos días, atendiendo a la inteligente convocatoria formulada por nuestros colegas colombianos, a quienes reitero mi agradecimiento por su hospitalidad y por la valiosa iniciativa y dedicación para hacer posible este nuevo encuentro del constitucionalismo iberoamericano.

La calidad de las constituciones tiene que ver con la calidad de la democracia, con la calidad de la justicia y con la calidad de la vida social. En buena medida, tiene que ver con la calidad profesional y humana de nosotros los constitucionalistas.

¿PROSIGUE “DE PIE” LA SIGNIFICACIÓN
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?

JORGE REINALDO VANOSSI*

“El idioma del Estado es el Derecho”.
—Alf Ross

I. El objeto de esta comunicación académica es transmitir el porqué de la “significación” que tiene la enseñanza del Derecho constitucional. Se puede hacer la misma pregunta respecto de cualquier otra materia de Derecho y, por supuesto, cabe hacerla también con respecto al Derecho constitucional y al Derecho político que está tan vinculado, hermanadamente, con el constitucional. De allí que viene al caso el empleo del vocablo “significación”, ya que alude a la importancia que la materia tiene por representar —en cualquier orden— un conjunto de valores (conf. DRAE).

Si Croce, el gran pensador italiano, dijo que la historia es la hazaña de la libertad, podría decirse que el Derecho constitucional es el testimonio de ese hazañoso y heroico emprendimiento, porque el objeto fundamental que ha tenido la era constitucional es afianzar un régimen de libertades públicas, de garantías de protección de los derechos humanos, de crear una figura como la del “Estado de Derecho” y de ir evolucionando para desembocar hasta lo que hoy en día se llama el “Estado democrático y social de Derecho”, que es el Estado constitucional adaptado a las necesidades contemporáneas y a los requerimientos de una sociedad que exige, ya no tanto promesas o declamaciones ni declaraciones, sino efectividades, es decir, la protección real, concreta y efectiva de esos derechos que tantas veces se han proclamado y que también tantas veces se han violado.

¿Cómo nace la enseñanza del Derecho constitucional? Ha tenido una historia bastante llena de vicisitudes, que voy a tratar de resumir en pocos párrafos. Cuando Napoleón Bonaparte ocupa el norte de Italia (que estaba a su vez sometido por

* Laureado de Abogado con Diploma de Honor (1960) en la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de tres universidades nacionales (Buenos Aires, La Plata, y del Litoral) con Tesis “Sobresaliente”. Doctor “Honoris Causa” de la Universidad Católica de Salta (en la que actualmente es Profesor de Derecho Constitucional). “Diploma de Honor” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tel Aviv; y “Profesor Distinguido” de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Miembro de cuatro Academias Nacionales de Buenos Aires: Derecho y Ciencias Sociales; Ciencias Morales y Políticas; Educación; y de la Academia Nacional de Ciencias, y de dos Academias Reales de España (Jurisprudencia; y Ciencias Morales y Políticas). Pertenece a las análogas de Chile, Brasil, Ecuador y Colombia. Fue Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires (2003- 2005), ejerciendo nuevamente esa presidencia en el período 2009-2011.

el yugo del imperio austrohúngaro) se crean algunas repúblicas: de ahí viene el origen del problema y de su pandemia, pues en esos lugares empezó a enseñarse la constitución que se había dictado en Francia (1791 y ss.) y algunas otras que habían seguido el modelo norteamericano (1787 más 1791), de los cuales no había mucha información, pero sí la necesaria o la suficiente como para demostrar ante el pueblo que tenía que haber un gran protocolo, un gran documento, en el cual, por escrito, estuvieran expresados todos los derechos y todas las garantías. Y la mejor demostración de esto era el concepto “ideal” de constitución que surgió de la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución francesa en 1789, cuando el artículo 16 decía que “solo es constitucional aquel Estado donde están garantizados los derechos y está establecida la separación de los poderes”. Una relación de medio a fin: la separación de los poderes como medio para proteger los derechos, y “solo el poder contiene al poder”, había dicho Montesquieu, y el poder había que distribuirlo o repartirlo para que tuviera menos fuerza de coerción o de abuso o de extralimitación, y que mediaran controles recíprocos. Pero el nacimiento con el nombre definitivo de Derecho constitucional está muy vinculado con las épocas del liberalismo político en la Europa del siglo XIX, y es en Francia bajo el régimen de la Casa de Orleans, con el Rey Luis Felipe cuando, en 1834, se crea la cátedra con el nombre de Derecho constitucional. El primer ministro era Guizot y le confiere esa cátedra a un emigrado italiano llamado Pellegrino Rossi, un hombre de una historia muy atrapante. Había emigrado de Italia, luego inaugura la cátedra en Francia; más tarde cuando cae la monarquía liberal y adviene el Imperio de Napoleón III se va de Francia. Había redactado el “compromiso federativo” de los cantones suizos y el “Acta Federal” de 1832, previo a lo que en Suiza, en 1848, se transforma en Confederación Helvética (como se llama ahora pero que es en realidad un Estado federal). Incluso, Pellegrino Rossi es en algún momento primer ministro, en un intervalo muy breve en el que los Estados Pontificios tuvieron un régimen (llamémosle así) “cuasiparlamentario”, y muere asesinado por la espalda subiendo las escaleras de San Pedro, en Roma, bajo el pontificado de Pío IX, cuando concurría a la presentación de su plan de modernización del gobierno vaticano¹.

O sea que el nacimiento del Derecho constitucional está vinculado con una figura que tuvo un final trágico, y no ha sido el único, pero vale citarlo para que se vea que el Derecho constitucional poseía ya una denominación que molestaba en tanto que era sinónimo de liberalismo político y de Constitución escrita y suprema.

1 Conf., GIULIO ANDREOTTI, “Ore 13: il Ministro deve morire”, Milán 1974 y 1976, Ed. Rizzolo; ídem, MARCELO U. SALERNO, “Las bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en “Anales”, Buenos Aires, 2010; y JORGE REINALDO VANOSI, “Universidad y Derecho Constitucional” (Fortunios e infortunios de las Cátedras, en “Anales” de la misma Academia, Buenos Aires, 2013).

La prueba está en que Fernando VII, cuando volvió al poder, lo primero que hizo fue deshacerse de la Constitución de Cádiz de 1812, que fue otro de los grandes modelos de Constitución liberal que las Cortes habían sancionado en Cádiz, la que estaba sitiada por las fuerzas francesas de ocupación. No obstante ello, quienes estaban allí representando a España y a las colonias de América sancionaron una Constitución profundamente avanzada para la época. Para Fernando VII lo más importante fue restablecer el absolutismo y acabar con la palabra Constitución. Equivalía a toda una “restauración”, bajo la hegemonía de la Santa Alianza.

De modo, pues, que en España, durante la mayor parte del siglo XIX y también de todo el período franquista, la palabra constitucional o Derecho constitucional estaba proscrita. Pero se podía enseñar el Derecho constitucional bajo el rótulo de Derecho político, resultando este título menos ofensivo para la Corona.

En Argentina ocurrió al revés, ya que en la dictadura del General Onganía, en la Universidad Nacional de La Plata y para que los alumnos no se politizaran, se eliminó la materia Derecho político y se la trasladó al doctorado a fin de que los graduados (que se pensaba que ya era gente un poco mayor y más madura) no tuvieran ese virus peligroso de estudiar el Derecho político que en definitiva es la teoría general del Estado y la historia del pensamiento político, que son dos asignaturas fundamentales para la formación de un abogado, cualquiera que sea su dedicación o su especialización posterior, porque son materias de un hondo contenido cívico, válidas para la mejor defensa del orden institucional y las garantías de los derechos.

Francia, cuando Luis Napoleón Bonaparte, a la sazón presidente de la República, da el golpe de Estado el famoso 18 brumario, como lo llamó Marx o como decía Víctor Hugo, accedió al poder “Napoleón el pequeño”: lo primero que hace es cambiarle el nombre a la materia para que no se enseñara Derecho constitucional sino Derecho público: una expresión genérica que en realidad sirve para distinguir grandes ramas del Derecho, pero le quitaba personalidad y le restaba identidad al Derecho constitucional.

Tampoco podemos –por supuesto– omitir la mención del “Duce” Benito Mussolini, que durante el “Ventenio” (tal como se le dice a los veinte años que corren entre 1922 y 1943) gobernó dictatorialmente a Italia y estableció el régimen corporativo, suprimiendo la Cámara de Diputados y disolviendo los partidos políticos. El mismo día que se presenta a la Cámara de Diputados ya que el Rey lo ha nominado para ser primer ministro, en el discurso donde va a pedir el apoyo para la investidura que tiene que recibir por la mayoría (mayoría forzada pero que consiguió valiéndose del miedo y la demagogia, desgraciadamente) no olvidó un párrafo, despectivo e irónico para el Derecho constitucional, diciendo “y ahora vendrán los constitucionalistas y los profesores de Derecho constitucional a objetar las desprolijidades de nuestra investidura con sus formalismos de siempre y ocupándose de esas cosas literarias”. Y así le fue a Italia bajo el régimen de Benito

Mussolini: embestida y destruida material y moralmente, contando muchas veces con el asentimiento de los “conformistas” de siempre y dispuestos a no atreverse (pasmarse de frío) ni atecerse (temblar) ante los desmanes de todo tipo que el dictador promovía –como las leyes raciales, el asesinato de Matteotti, la invasión de Abisinia, etc.– pese a las ingenuas sanciones de la Sociedad de Naciones, cuyo desprestigio abisal (abismal) la condujo al descrédito universal.

ii. He dado esta explicación de resalto para que se vea que hay realmente una unidad muy estrecha entre el Derecho constitucional y el sistema de libertades públicas, de derechos humanos y de garantías.

Por eso, el Derecho constitucional no se reduce al texto de la Constitución, sino que es una radiografía del régimen político donde hay que incluir las demás instituciones. Es decir, que el Derecho constitucional tiene una faz normativa, tiene una faz valorativa, que está, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución Argentina cuando se enuncian los seis grandes fines, como asegurar los beneficios de la libertad, la Justicia, la paz interior, la unión nacional, el bienestar (el *welfare*, dicho en 1853), la defensa común y, además, una parte en la cual hay que tomar en cuenta lo que Heller llamaba la “realidad social subyacente”. Así lo veía este gran teórico alemán, que tuvo que emigrar bajo el régimen de Hitler y murió en España, quien incorporó esa expresión para señalar la relación que había entre las fuerzas normatizadoras y normalizadoras en la recíproca tensión entre el Derecho y los hechos.

Podríamos decir que siempre estamos asistiendo a una relación recíproca entre las normas y los hechos dados por la realidad concreta. Ese elemento de la realidad social subyacente hace que el Derecho constitucional tenga que procurar algunas apoyaturas metodológicas, que permitan estudiar algo más que las normas; y en esas apoyaturas metodológicas, fundamentalmente hay que tomar en cuenta lo que le prestan la sociología política y también la psicología social, que son dos ayudas muy importantes para tener una visión cabal de cómo es el régimen constitucional de un Estado y muchas veces hay que orientarse también a otras normas, a veces para bien, encontrando sorpresas buenas y, a veces para mal, encontrando sorpresas negativas.

Por ejemplo, recuerdo que mi maestro Carlos Sánchez Viamonte decía que en la parte inicial del capítulo preliminar del Código Civil de Vélez Sarsfield, capítulo que aún rige con alguna modificación que le hicieron en su momento, muchas de esas normas tenían sustancia constitucional y que merecían ser categorizadas como normas constitucionales: lo vinculado con la publicidad de las normas, con el tema del orden público, etcétera. Y me permito de mi modesta cosecha agregar que también en el resto del Código Civil hay normas que tienen sustancia constitucional. Por ejemplo, la del Art. 902, de donde surge que a “mayores jerarquías corresponden mayores responsabilidades” y esto es esencial en un régimen repu-

blicano de gobierno. Cuando es mayor la jerarquía del funcionario, del gobernante o del magistrado, son mayores las responsabilidades que tiene que afrontar y por las cuales debe responder.

Eso está en el Código Civil, pero es un principio constitucional que puede perfectamente reconocerse como tal, por cuanto nuestra Constitución tiene un artículo en virtud del cual se aseguran no solo los derechos y garantías que están expresamente enumerados en el capítulo inicial de la Constitución sino (dice el artículo 33) todos los otros que nacen del *principio de la soberanía del pueblo y del principio de la forma republicana de gobierno*. De modo que la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno han permitido inferir derechos que, por olvido o porque han surgido ulteriormente con personalidad propia, no estaban en el texto original de la Constitución. De modo que aquellos como el derecho de reunión, por ejemplo, el derecho a la formación de partidos políticos, el derecho a un juicio rápido en materia penal, a todos esos, la Corte Suprema siempre los ha reconocido sobre la base constitucional que acabamos de señalar.

III. Otra fuente a la que se puede acudir para conocer bien cómo es el régimen político constitucional de un Estado es el Código Penal. A veces las constituciones son un catálogo de maravillas, pero viendo el Código Penal y cómo se aplica, se puede observar que a lo mejor no hay tales maravillas. Por ejemplo, las constituciones en las cuales se tipifica como delito el llamado delito de opinión, que puede llevar a la herejía, a la proscripción y a la sanción de los heterodoxos que no coincidan con las verdades oficiales de un régimen de turno. Así, en Argentina, durante muchos años sirvió la figura del *desacato*, que en definitiva si el nombre no era malo, la forma en que estaba tipificada servía para justificar que se expulsara a los miembros opositores de la Cámara de Diputados, que se cerraran diarios porque hacían críticas consideradas como exageradas al gobernante de turno y, por lo general, a los gobernantes autoritarios. *Los de facto*, obviamente, y los *de iure*, desgraciadamente también, que se sienten quisquillosos cuando hay un exceso de crítica.

El único límite que puede tener la “crítica” es que el derecho de protesta tiene que ir unido al deber de propuesta, es decir: es bueno criticar, es bueno protestar (yo también lo he hecho muchas veces y lo seguiré haciendo) pero considero que hay un deber moral consiguiente que es también hacer propuestas para cambiar las situaciones que se consideran irritantes o desfavorables. En el Código Penal, cuando se descubre en los hechos la evidencia de que se pueden aplicar retroactivamente normas penales por actos que se cometieron en un momento en que no era delito ese comportamiento, eso es muy peligroso. Los ingleses tuvieron que poner coto a lo que se llamaba el “*Bill of attainder*”, que era una ley del parlamento por la cual en el mismo acto se creaba el delito, se individualizaba al infractor y se le aplicaba la pena: era una forma de persecución política a los opositores, hasta que la monarquía se transformó en una monarquía parlamentaria, pero hasta el siglo

XVIII existió y dio lugar a muchos abusos que llevaron a que a partir de 1700 no se permitiera más esa aberración y que no se cometieran más vituperios execrativos a manera de condenas.

¿Si un Código Penal permite la aplicación analógica del tipo (figura descrita por la ley), pese a que el comportamiento no está previsto, pero el acto cometido es parecido a otro, entonces le vamos a aplicar la misma sanción? No, pues los *tipos penales* tienen que ser claros, cerrados, concretos y en la duda hay que estar a favor de la libertad, que es uno de los grandes principios que siempre se deben tener presentes. En caso de duda, el que tiene que aplicar una norma debe optar por la libertad: en materia administrativa, a favor del derecho del administrado; en materia fiscal, a favor del contribuyente (siempre que haya duda) y así sucesivamente. Este principio —que es algo más que una regla— hoy se ha universalizado y se ha generalizado también en materia de derechos sociales, a favor de la parte más débil, que suele ser el trabajador. En materia de todo lo que se quiera hacer, como en materia de la protección internacional de los derechos humanos, rige el principio *pro homine*, es decir, a favor del hombre, a favor de los derechos del hombre; y si hay duda hay que estar a favor de esa libertad o de ese derecho que concretamente haya sido garantizado. Los ingleses tienen dos palabras, *liberty* y *freedom*: en habla anglosajona, *liberty* es la libertad en abstracto, es la libertad frente a la esclavitud. El hombre es libre (es una expresión casi poética) y los “*freedom*” son los derechos concretos, tales como el derecho de prensa, el derecho de trabajar, el derecho de propiedad, el derecho de circular, el derecho de todo lo que pueda enumerarse o no enumerarse, pero que forman parte de los que se llaman “derechos subjetivos”. Preferimos —decididamente— esta denominación, sin dejar de respetar otras que circulan en el léxico habitual, como es el caso de los calificados con la nota de “derechos fundamentales”. Al respecto, no podemos ocultar nuestra perplejidad, pues se trata de enfatizar el valor de algunos derechos: nos preguntamos cuál es la “vara” para medir cuáles son ellos y cuáles (y por qué) quedan fuera de pertenencia otros. El entusiasmo hiperbólico crea mayor confusión, sobre todo tratándose de contenidos y de tiempos o épocas².

2 “Las palabras “derechos fundamentales” no vienen empleadas en los modelos históricos y comunes de los textos más antiguos, mientras representan si no una constante, al menos una presencia recurrente en las constituciones del segundo período de posguerra y en aquellas de reciente revisión (en América Latina) o rescritas *ex novo* tras la caída del Muro de Berlín (en la Europa centro-oriental y en la ex Unión Soviética). De “derechos fundamentales” no se habla, por ejemplo, en la Constitución estadounidense de 1787 ni el *Bill of Rights* de 1791. Tampoco se alude a ellos en la Constitución belga de 1831, aunque ha sido objeto de profunda revisión en años más próximos a nosotros (finales de 1993), la cual, al igual que la primera se refiere a “derechos y libertades”, y reclama una categoría doctrinal como la de los “derechos políticos”, o por otro lado, a los “derechos económicos, sociales, culturales”. Viceversa, algunos antiguos documentos revisados en los años próximos, como la Carta holandesa y la finlandesa, han introducido partes dedicadas, apunto, a los derechos fundamentales. De donde se extrae que la utilización de la categoría de derechos fundamentales es una invención relativamente reciente, que en algunos

En realidad la expresión “Derecho subjetivo” coincide con un derecho humano, porque si un derecho humano no tiene los ingredientes propios de un derecho subjetivo, es un derecho manco o trunco, un derecho incompleto. En esto el gran maestro Hans Kelsen tenía claro que para que se pudiera hablar realmente de Derecho subjetivo tenía que haber una acción, que esa acción se pudiera impetrar ante un tribunal independiente, que ese tribunal estuviera dotado de facultades para decidir, incluso prescindiendo de la norma que estuviera en violación del ordenamiento supremo del Estado (que por eso fue la creación kelseniana del Tribunal Constitucional cuando redactó la Constitución de la República de Austria en 1920), que además pudiera repararse el daño y que también pudiera hacerse responsable al autor de la violación del derecho. Es decir, que todos esos componentes hacían que en definitiva debía concebirse como “derecho” algo que diera lugar a una protección reparatoria integral; y eso es lo que propiamente son o deben ser los “derechos humanos”, pues si no hay una protección reparatoria total hay algo que está, en definitiva, fallando³.

En el Código Penal puede haber también muchas normas o cláusulas en las cuales hay un delio tipificado como –por ejemplo– el de atentar contra la “identidad nacional”, que da lugar a que se apliquen sanciones a aquellos que puedan decir o expresar cosas que vayan contra una religión oficial o contra una creencia o una versión histórica oficial: es el caso de Turquía (Art. 301 del Código Penal), que aspira a integrar la Unión Europea pero le han exigido que modifique, no solo el inhumano régimen carcelario tal como se veía en la película “Expreso de Medianoche”, sino también cláusulas como esa, que han permitido perseguir y sancionar al Premio Nobel de Literatura Pamuk y a otros escritores y autores de importancia, que han tenido la “osadía” de negar el genocidio de los armenios, perpetrado entre 1915 y 1923.

IV. En resumidas cuentas, el Derecho constitucional no se agota en sí mismo, pero como todo el Derecho (para usar la expresión de Von Ihering en su famosa obra “La lucha por el Derecho”) *si este no se realiza, no es derecho*: queda en una frustración y, como toda dejación, cuando se toma conocimiento de que el Derecho no se cumple, lleva a una situación de irritación y de resentimiento que suele ser el caldo de cultivo para caer en esa pendiente terrible que son los casos de anomia.

casos ocupa el puesto de aquellos derechos humanos consagrados en textos precedentes, y en otros refuerza la referencia a los solos “derechos” o “derechos y libertades” reclamados en el pasado. En conclusión, nada nos dice acerca de su contenido, por lo cual resulta indispensable analizar los textos que se refieren a esta categoría” (Confr. “Derecho Constitucional Comparado y uso conotativo de la palabra ‘Derechos’ (y de los adjetivos que la acompañan)” por PEGORARO, LUCIO en el Congreso internacional “El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, Puebla, 2, 3 y 4 de febrero de 2010.

3 Véase: VANOSSI, J. R., “Estado de Derecho”, 4ª edición, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, pp. 28 a 39, con citas de la “Teoría Pura del Derecho” y la “Teoría General del Estado” de Hans Kelsen (a mi modo de ver, el más importante jurista del siglo XX).

Así acontece cuando la sociedad percibe que no hay un marco regulatorio, que no hay una regla de calculabilidad o de previsibilidad que permita saber realmente por anticipado cuál es la consecuencia de los actos y de los hechos de quien los celebra. Y ahí cobra relevancia la figura del Estado de Derecho o Estado Constitucional de Derecho, cuando se lo menciona como el marco adecuado para que exista y se aplique la seguridad jurídica, pues entonces ello está indicando que no puede haber seguridad jurídica fuera del Estado de Derecho y no puede haber un Estado de Derecho que se lo conciba sin la nota de la seguridad jurídica. Porque la seguridad jurídica, como muy bien señalaba Max Weber, uno de los padres de la sociología contemporánea, es la regla de oro para entender el gran crecimiento que a partir de la revolución industrial tuvieron los países que fueron adoptando sucesivamente los regímenes codificados y, también, conteniendo el “*rule of law*”. A partir de la revolución inglesa, la revolución americana y la revolución francesa, que fueron esos tres grandes momentos que marcan el surgimiento de la “era constitucional”, es a partir de los cuales que resultó en definitiva la necesidad de contar con esas previsiones como paso previo al hecho de actuar: pongo como ejemplo que cuando nuevo esta mano, antes de hacerlo tengo que saber si esto es lícito o ilícito porque si esto es ilícito me abstengo de hacerlo. Del mismo modo y razón, cuando celebro un contrato con otra persona o con otras, tengo que saber si sobre eso recae un gravamen, paga un impuesto, una tasa o algo porque a lo mejor no lo concreto.

Es por eso que el dictado de “decretos de necesidad y urgencia” está estrictamente prohibido en materia penal y en materia fiscal, aunque a menudo se viola esa prohibición. La aplicación de los DNU fuera de esas materias debe ser aceptada nada más que para afrontar situaciones excepcionalísimas, en que realmente haya una urgencia y una necesidad de una gravedad tal que estén en juego valores muy superiores como la integridad nacional o la continuidad de las instituciones, porque el “decretazo” tiene como acompañante el factor sorpresa, que impide el debate previo a la sanción de las normas y esto es fundamental en un Estado de Derecho: el debate. Muchas veces me he preguntado por qué en Argentina se hace abuso del dictado de decretos de necesidad y urgencia, pues en cierto momento y con uno solo se elevó el presupuesto de la Nación a cifras siderales, de modo que vale como los centenares de decretos de necesidad y urgencia que se habían dictado en el período constitucional anterior. Algunas veces he comparado el caso de la República de Weimar con Argentina, a partir de la “decretomanía”; esto se vincula mucho con la sustancia del Derecho constitucional porque hay constituciones que desgraciadamente abren “puertitas” que después son ventanales para favorecer la concentración, el abuso o la desviación de poder. En Weimar, lo que ocurría era que no había mayorías y, entonces, muchas veces se tenían que aplicar los poderes de excepción para que el presidente de la República (que no era el Canciller, sino la figura que estaba representando a todo el Estado) autorizara ciertas medidas de

excepción. En el último tramo, poco antes de que ascendiera desgraciadamente Hitler al poder, casi era imposible la gobernabilidad sin los decretos de urgencia, pero ello era así porque había una dificultad parlamentaria debida a la crisis de los partidos políticos y a la imposibilidad de formar mayorías que aseguraran la posibilidad de sancionar las normas. Pero en Argentina, por lo general, los gobiernos cuentan con mayorías parlamentarias que después pierden por disensos internos y, en fin, por otras patologías que ya conocemos (no es el tema para esta ocasión). Me he preguntado por qué los presidentes que han tenido apoyo en las dos Cámaras hacen un uso abusivo con centenares de decretos de necesidad y urgencia; y *la única respuesta que encuentro es que quieren evitar el debate porque cuando hay ley y esta se trata en el Congreso, hay publicidad del proyecto, debate en la opinión pública*, los diarios publican comentarios con columnas a favor o en contra, notas editoriales, debate en las comisiones de las Cámaras, debate en recinto que es fundamental y que, además, debería ser televisado siempre, asegurando el acceso para que la ciudadanía vea cómo funcionan los órganos representativos. Y, luego, la posibilidad de que antes de que el presidente lo promulgue, pueda seguir el debate y hasta que haya un veto si es que se considera que la sanción es errónea. En cambio, con los “decretazos”, estos ucases salen publicados en el “boletín oficial” y el hecho ya queda consumado. En el extremo opuesto se ubica el constitucionalismo “dialógico” y “dialogístico” que expone Roberto Gargarella (UBA) en un contrapunto entre el régimen de “*checks and balances*” (frenos y contrapesos) y la “democracia deliberativa” con el argumento de vigorizar la “función de los derechos”. El autor de “*Por una justicia dialógica*” (Ed. Siglo XXI) extiende la proclama a la democracia toda sobre el supuesto de la aplicación del diálogo constitucional como íntimamente ligado a la idea de democracia deliberativa, pues subyace un elemento civilizatorio y educativo en la idea misma de discutir con otros, todo lo cual ayuda a que se ahuyenten temores por la vía de que los distintos poderes de gobierno alcancen “acuerdos conversacionales” (sic). Gargarella reconoce dificultades para concretar esta práctica y, en *in extremis*, acude a Habermas, explayándose así:

1. “Para intentar superar este problema, las definiré en relación con la particular concepción de democracia con la que, entiendo, se encuentran asociadas: *la deliberativa, que tomaré como ideal regulativo desde el cual es posible evaluar los particulares arreglos institucionales sobre los que nos toque reflexionar.*”

Los sistemas de democracia deliberativa, en contraste con los vinculados a la tradición de los *checks and balances*, buscan asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo. *Así, retoman la noción ‘habermasiana’ de que las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en los que intervienen en posición de igualdad todos los potenciales afectados.* El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que surja de una discusión amplia e inclusiva, en la que, en particular, se escuche a todos los que disienten, piensan distinto y desafían las decisiones

establecidas. Asimismo, la discusión entre todos los posibles afectados sirve a propósitos diferentes y valiosos: abre la posibilidad de que todos obtengamos información con la que no contábamos, corriamos errores a partir de las críticas que recibimos de los demás y, en consecuencia, nos obliga a pensar de qué modo nuestras iniciativas impactan sobre los otros y a considerarlos en nuestras propuestas. Además, nos compete a confrontar con quienes piensan distinto y a argumentar con ellos en lugar de simplemente descartar de forma prejuiciosa o dogmática sus puntos de vista.

2. “En todo caso, en mi opinión, el funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos: mientras que ese sistema, según veremos, se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales.

3. “Existe un relativo acuerdo en que un sistema institucional dialógico no se lleva bien con las formas más clásicas, digamos, de la revisión judicial, en las cuales el Poder Judicial—que es, por otro lado, el que posee las credenciales democráticas más débiles— se arroga la “última palabra” constitucional. Por otra parte, un sistema dialógico tampoco parece cuadrar con sistemas hiperpresidenciales, en los que la discusión se ve de hecho reemplazada por el poder de decisión más o menos discrecional del Ejecutivo. Tampoco parece justificable, desde una postura deliberativa, que los Congresos estén desvinculados de la sociedad, y mucho menos que existan ámbitos legislativos poco deliberativos, convertidos en mera poleas de transmisión de las decisiones ya elaboradas y cerradas por el Ejecutivo. En suma, aunque haya prácticas, todavía excepcionales con el sistema deliberativo, sigue habiendo muchas que se oponen a él.

Pero llega el párrafo “hilachudo” (mostrar la verdad) cuando se descubre el resto del hilo:

4. “Asimismo, y aquí reside uno de los principales beneficios de este tipo de soluciones, la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos “convencionales” ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba” que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad. En particular, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o en el riesgo de que, al “imponer la última palabra”, afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la “última palabra” y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente en el proceso de toma de decisiones.

Y “a confesión de parte, relevo de prueba”: hete aquí el reconocimiento de Gargarella acerca de una transparente viabilidad práctica de lo anteriormente (*ut supra*) predicado:

5. “Lo señalado hasta aquí define el contenido y los contornos de una peculiar concepción de la organización constitucional basada en la lógica agonal, del conflicto. Lo que se pretendía era utilizar al sistema institucional de modo tal de organizar y contener el conflicto social canalizando las energías de todos –los impulsos expansivos y/u opresivos propios de los integrantes de cada una de las ramas de poder– en pos del beneficio común y descansando, sobre todo, en mecanismos de control endógenos, antes que exógenos. Esto es, confiando en las capacidades, decisiones y poderes de funcionarios públicos dotados de los incentivos apropiados y no en las virtudes cívicas propias de una sociedad comprometida con los intereses de la comunidad” (Confr., “Noticias”, 26/VII/2014).

v. Como expresión de deseo, quiero señalar que podrá haber cambios en los planes de estudio que las Facultades de Derecho tienen, podrá darse mayor importancia a unas materias que a otras, pero estimo que el Derecho constitucional “llegó para quedarse”, toda vez que el porvenir de las libertades está muy ligado a la necesidad de que se enseñe, incluso, como ocurre en algunos colegios de enseñanza media, como el Colegio Nacional de Buenos Aires de la Universidad de Buenos Aires, o como anteriormente se enseñaba en una materia llamada “instrucción cívica”, para la cual uno de los grandes maestros, Don Joaquín V. González, escribió en 1897 su famoso “Manual de la Constitución”, que era suficientemente voluminoso para que uno creyera que era un texto universitario, pero en realidad lo escribió para la enseñanza secundaria. Era una época en que en el país la enseñanza secundaria, ya fuera para hombres o mujeres, bachillerato, normal o profesorado, aseguraba una idoneidad y una capacitación, que incluía precisamente la capacitación cívica, porque el civismo requiere un conocimiento, aunque sea mínimo, del Derecho constitucional, para saber con qué instituciones nos regimos y saber qué libertades tenemos y con qué garantías concretas podemos defender esas libertades.

Ojalá esto se cumpla así y vivamos todos en un régimen de libertad para siempre: es una aspiración que deben asumir todos los pueblos de América que deben conocer y entender que –como lo señalara la Corte Suprema de Justicia argentina hace tres cuartos de siglo– “fuera de la Constitución sólo cabe esperar la anarquía o la tiranía” (Fallos 191:197, año 1941, caso “Arjones”). A esta rotunda premonición me permito añadir que la primera (o sea, la anarquía), previo paso por la etapa del caos, suele deparar la segunda, ya sea en formas autoritarias o con alcances totalitarios. En cualquiera de estas dos hipótesis, el comienzo suele tener aires marciales y una poética triunfalista, plagada de ensueños e ilusiones; pero el deterioro final es inevitable, y de la canción pletórica se pasa a la triste entonación de la “endecha”, que es una letra triste y de lamento o, como define el DRAE, una combinación métrica repetida –hasta el hartazgo– en composición de carácter *luctuoso* (sic).

Ese *dictum* del máximo tribunal con competencia constitucional es de permanente actualidad, habida cuenta de que han surgido tendencias –felizmente minoritarias– que valiéndose de la enunciación retórica de un supuesto “neoconsti-

tucionalismo” (Alexy, Dworkin, Zagrebelsk)⁴, y otra corriente con el eufemismo de transitar hacia un “constitucionalismo popular”, pretenden hollar los fundamentos esenciales del régimen constitucional, con especial desprecio del control judicial de las normas, para abatirlo o comprimirlo a su mínimo alcance, cuando no a suprimirlo lisa y llanamente para reemplazarlos con una parodia de *recall* por vía de revocatorias electorales que convaliden las normas viciadas de inconstitucionalidad.

VI. Una tendencia que se dirija al apartamiento de la separación de poderes –que es un principio liminar y una nota perenne del republicanismo democrático al que la incipiente Corte Suprema reconoció como “un principio fundamental de nuestro sistema político” (Fallos 1:32)– echa sus raíces en el oculto propósito de aniquilar lo que no tenga intermisión, ya que el sistema de la democracia constitucional se sostiene sobre la base del continuo e incesante funcionamiento de sus instituciones. La fuente filosófica (o ideológica) de la aviesa demolición se encuentra anidada en el discurso del “populismo” como así también en los retumbes estentóreos del “neopopulismo”, no siendo este último otra cosa más que una nueva edición “en rústica” de aquel molde originario. Todos conocemos los postulados autoritarios de los regímenes antiliberales que pululan en ocasión de las crisis que llevan a la desesperación y desesperanza de las sociedades acuciadas por un fuerte malestar de su cultura cívica: se cae fácilmente en la desintegración y, que con muchísimo sacrificio, a veces se obtiene la re-vertebración. Desgraciada la suerte de los pueblos que no defienden a tiempo el principio de legalidad, los derechos de privacidad e intimidad, la moral pública y la ética en las funciones, la

4 Según LUIS PIETRO SANCHÍS (Universidad de Castilla - La Mancha), en “*Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales*” (en “*Jurisprudencia argentina*”, Bs. As., 05/1/11), se advierte la distinta visión europea con relación a la americana, que es a la que adherimos. Veamos: “En efecto, este (neo) constitucionalismo destaca por una vigorosa combinación de los dos rasgos enunciados: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos que se pueden adscribir al neoconstitucionalismo se caracterizan, en efecto, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Suelen recibir distintas denominaciones, como valores, principios, directrices, derechos o garantías, pero dado que se trata de normas, y más concretamente, de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en concreto, de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquella no era una verdadera fuente del derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial. Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización”.

ejemplaridad como modelo de vida pública y privada: en su obra “*Ejemplaridad pública*”, Javier Gomá Lanzón (Ed. Taurus) recuerda e invoca la “uniformidad de vida” que exigía Cicerón: ¡*O tempora, o mores!*!

En síntesis, afirmamos que:

El autonombrado “neoconstitucionalismo” es casi inofensivo en comparación con el pretendidamente revolucionario “constitucionalismo popular” (léase: “populista”), toda vez que el primero no se divorcia de los postulados clásicos de la era constitucional (el *prius* de la libertad, la separación de poderes, la representación política, la supremacía y el control de constitucionalidad, las garantías de los derechos, la responsabilidad de los gobernantes, la periodicidad de los cargos electivos, la descentralización horizontal y vertical del poder, la más amplia libertad de expresión, el acceso a la información, el monopolio de la fuerza y de la coerción por el Estado, las elecciones limpias y transparentes, entre otros elementos); mientras que el segundo apunta directamente a dinamitar los presupuestos del Estado de Derecho (constitucional) y a imponer la hegemonía mayoritaria en todos los órganos del Estado con el consiguiente debilitamiento (o la anulación) de la mayor parte de los derechos y libertades. Por ser así, bueno es recordar el tríptico de virtudes que Clodomiro Zavala reclamaba de los tres Poderes “que representan las tres facultades esenciales del hombre: el Legislativo la inteligencia, el Ejecutivo la voluntad, y el Judicial la conciencia” (tomado de las palabras de Manuel Quintana en la Cámara de Diputados, sesión del 31 de julio de 1863 al debatirse la Ley 48).

En una suerte de eclecticismo, autores como Luigi Ferrajoli formulan un intento de distinción entre: a) el constitucionalismo “principalista” (¿o principista?) que gira en redor de valores que están siempre en conflicto, lo que conduce al enervamiento de los principios constitucionales a través de una normatividad en constante riesgo de colapso y con el resultado de la degradación de los “derechos fundamentales” (?) que se minimizan hasta limitarse a indicaciones de índole ético-política; y, por otra parte: b) el rescate de un constitucionalismo potenciado, al que denomina “garantista” o “positivismo reforzado” en tanto y en cuanto su accionar convertiría en realidades a los contenidos de la Constitución escrita, fuerte y rígida, para superar así la discordia entre la violación “por acción” y el no cumplimiento “por omisión”, de tal manera de poder alcanzar un cumplimiento pleno en un marco inficionado de moral y de justicia⁵.

5 Según RODOLFO LUIS VIGO (conf., “*Fuentes del derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo*”): “Tampoco podemos ignorar que el mismo trabajo de los neoconstitucionalistas lejos está de ser pacíficamente entendido, y como ejemplo de ello vaya la acusación que le formula Fernando Atria a la teoría de Ferrajoli en el sentido que finalmente el profesor italiano estaría auspiciando un retorno al Estado de Derecho pre-moderno y a su iusnaturalismo” (en “*La Ley*”, 24/11/2012). Del importante estudio de Vigo se puede deducir que su idea del neoconstitucionalismo se aleja del “Estado de Derecho Legal” (EDL) para girar hacia lo que él llama el “Estado de Derecho Constitucional” (EDC), al que rebautiza con el nombre de “Estado de Derecho

Sin subestimar estas disquisiciones –y con el mayor respeto– me remito a las palabras de exclamación que pone William Shakespeare en boca de Polonio en la segunda escena de su memorable Hamlet: “palabras, palabras, palabras...”. Aplicado al tema, diríamos que al constitucionalismo se lo entiende sin necesidad de aditamentos.

VII. El constitucionalismo es el escudo protector de la libertad y de los derechos; ofrece garantías y exhibe su sensibilidad social; y en lucha tesonera por sobrevivir a los embates demolicionistas de un pretendido constitucionalismo “popular” (anárquico y renegado) se impondrán los principios liberales del Estado constitucional, democrático y social, de Derecho. La obstinación de los negacionistas de esos principios quedará en la Historia –y salvando las diferencias cronológicas y de las luchas guerreras– como la actitud empecinada de los numantinos de la antigua ciudad de la Hispania Citerior (en el año 134 a. C.) cuya resistencia al cerco fue tan extrema como precaria e inútil en sus posiciones y puntos de vista que, sin posibilidad de éxito, se la recuerda por el penoso sustantivo de un caso de “numantinismo”, es decir, de un extremismo. Es *mutatis mutandi* el equivalente al fanatismo de los fundamentalistas. El Derecho constitucional no es dogmatista y aspaftero: es principista y sus fuentes son liberales (aunque el vocablo “constitución” ya era empleado por los griegos...); y en lo que a nuestra adhesión se refiere, no escatimamos la afinidad con los pensamientos sucesivos de John Stuart Mill (1806–1873), Karl Popper (1902–1994) y de su discípulo Ralph Dahrendorf sin ocultar la admiración –como jurisconsulto– por Jeremy Bentham (1748–1832) por su contribución en los albores de la argentinidad (de Inglaterra provino la “Carta Magna” del Rey Juan Sin Tierra –1215– y Enrique III –1217– que si bien eran limitaciones a sus potestades, estaban “arrancadas” a la monarquía por exigencias de los nobles, que más adelante se extendieron a favor de todos los súbditos: así nacieron las garantías precursoras de las Constituciones propiamente dichas).

El Derecho constitucional y el constitucionalismo quedan registrados históricamente como conquistas imperecederas de civilización y cultura; porque de lo que se trata, en definitiva, es el mejor y mayor aseguramiento de la libertad a través del reconocimiento y ejercicio de los derechos y las garantías. Para ello es impres-

y Justicia”, apoyándose en Ferrajoli al afirmar que se trata del “...tránsito desde un Estado de “derecho débil” a un Estado de “derecho fuerte” en tanto ya nadie queda al margen o por encima del derecho, sino que éste consagrado en la Constitución limita a toda competencia jurígena; incluso el mismo pueblo cuenta con límites infranqueables, la democracia deja de ser meramente “procedimental” para convertirse en “sustancial” en donde hay cuestiones “no decidibles”, porque ya están decididas”. Y más adelante remata así: “Si bien el operador debe respetar la lógica formal, su trabajo más significativo en el EDC está en el terreno de la “ponderación” de los principios o en la tarea de la justificación “externa” del discurso jurídico, en donde además de derecho hay otros saberes. En definitiva, la dimensión teleológica que supone la Constitución y el EDC en general impone al jurista contar con una razón idónea para valorar las respuestas jurídicas disponibles y esforzarse por encontrar la mejor y argumentar en su respaldo”.

cindible el equilibrio de los poderes del Estado (*checks and balances*) y que medie entre sus órganos una suerte de “igualdad de valor” o equivalencia de valoración en la sociedad. No se trata de una medición de fuerza: se necesita evitar hegemonías de uno sobre otro u otros. Que cada uno sea equipolente, o sea, equivalente en el armónico ejercicio de sus facultades. La sociedad tiene que percibir que desde el punto de vista institucional actúan como ramas o departamentos con el mismo peso constitucional: no serán, acaso, “equipotenciales” (con la misma potencia de imposición), pero sí deben ser “equi-ponderables” en cuanto a sus respectivas investiduras y correspondientes funciones. Porque a veces acontece lo que alarmaba a Ítalo Calvino con relación al personaje del “caballero inexistente”: la investidura existe y se mueve, pero ha quedado vacía...

VIII. Las reflexiones precedentes nos ratifican en la convicción de que los anojos de buscar la sustitución del derecho constitucional *latu sensu* por un derecho constitucional “popular” o “revolucionario” reviste los caracteres de una moda ocasional, cuando en el fondo de la cuestión lo que pervive y lo que vale es el estilo y la sustancia de los valores ¿Por qué es así? La respuesta remite a la actualidad que persiste el gran tema de la adecuación de los métodos interpretativos en el Derecho constitucional y en la Constitución misma; ya sea que las denominaciones oscilen entre la interpretación “estática” (que mantiene el “cordón umbilical” con el espíritu de la sociedad que acompañó a “los padres fundadores”) y la interpretación “dinámica” (que emancipa las ataduras para lograr la supervivencia del texto a tenor de la axiología contemporánea al momento de resolver los conflictos justiciables). Los autores norteamericanos emplean los términos del “originalismo” (los conservadores) y la visión “progresista” (de los liberales). El análisis más crítico del originalismo tradicionalista puede apreciarse en las obras de Robert Post y Reva Siegel, catedráticos de la Universidad de Yale⁶. Mucha distancia media con relación a los que se enrolan en la interpretación “rupturista” o “revolucionaria”, cuya finalidad es invertir lisa y llanamente el orden de valores que comparte la sociedad. Pero esa es harina de otro costal.

A fin de redondear la idea en torno a la protección de los derechos, sin entrar a debatir *ad infinitum* la multiplicidad de adjetivaciones que acompañan al sujeto mencionado, señalamos que no sentimos reparos “cientificistas” con el empleo promiscuo de expresiones tales como “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “derechos y libertades” y otros términos más, sin perjuicio de nuestra preferencia por la invocación de “derechos subjetivos” como concepto integral de todos los elementos componentes de su invocación al momento de exigir la plenitud más cabal de su respeto o reparación.

6 “*Constitucionalismo democrático*”, versión en español de la Editorial Siglo XXI. En inglés, obras publicadas por los autores en 2006 y 2007.

Si se nos exige una enumeración de “derechos” no taxativa, optamos por ofrecer las que figuran en las grandes “Declaraciones de Derechos” que a través de la era constitucional han sido proclamados como inherentes a la “eminente dignidad de la persona humana” (al decir del gran renacentista Pico della Mirandola) y que adopta el Art. 1 de la Constitución alemana (“Ley Fundamental de Bonn”) entre otras. Pero como toda enunciación admite su extensión, también cobran entidad los derechos y las garantías “no enumeradas” pero que encuentran sustento en “principios” de índole y jerarquía suprema a tenor del ordenamiento constitucional respectivo y de las normas supranacionales correspondientes a la integración, interdependencia y globalización que sean aceptadas por la comunidad internacional o regional según los casos en cuestión. No nos adscribimos a los términos fabulosamente dimensionados, por cuanto todos ellos conducen a remisiones que en la faz concreta y aplicativa derivan inevitablemente a las “ponderaciones” y “criterios” de alta subjetividad, a los que no es ajena una cierta dosis de incerteza⁷. Cuando la incerteza se convierte en una constante de incertidumbre, viene a cuento la metáfora que el escritor Tomás Eloy Martínez incluye en su cuento “*Confín*” al observar que “En mi país, nunca terminamos nada.... El saber de lo que no está ha sido siempre nuestro sabor favorito. Los días de la semana son variables: a veces cinco, a veces tres, a veces ocho. Nunca la misma cifra, nunca la certeza de que

7 Tal es el caso del autor citado en la nota 3 de este trabajo de Luis Prieto-Sanchís. Veamos: “En la literatura sobre derechos fundamentales compiten dos teorías o doctrinas, que suelen llamarse interna y externa y que expresan estas dos posibilidades interpretativas.

La teoría *interna* sostiene que las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras *desde* los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio “típico” del derecho o libertad, y entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir, porque nuestra posición es inexpugnable incluso para el legislador; o nos movemos por fuera del ámbito protegido por el derecho, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir, porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades públicas. La teoría *externa*, en cambio, se hace cargo de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos, así como de la no menos inevitable vaguedad de fronteras entre los derechos y sus límites. Por eso para la teoría externa resulta perfectamente concebible que una misma conducta resulte ser en principio ejercicio de un derecho que, al mismo tiempo, y también en principio, represente la vulneración de otro derecho. De ahí que proponga que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental (o, lo que me parece equivalente, que pueda considerarse dentro del marco semántico de un enunciado relativo a derechos, incluida, pues, la zona de penumbra) deba ser tratado como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión; y ese “debe ser tratada” significa simplemente que el asunto debe ser visto como un asunto con relevancia constitucional o, si se quiere, como un asunto en el que concurren razones a favor de su reconocimiento (aunque también concurren razones en contra). Esto explica la necesidad de distinguir entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo: *prima facie* podemos considerar que el sacrificio de un cordero en el ámbito doméstico es un caso de ejercicio de la libertad religiosa, pero, asimismo, *prima facie* hemos de considerar las razones (sanitarias, por ejemplo) a favor de a prohibición legal del sacrificio de animales fuera de los recintos habilitados para ello. El *juicio definitivo* depende de la ponderación entre esas razones que son razones constitucionales, o que pueden encontrar fácil acomodo en la Constitución”.

algo, ni siquiera la arbitraria medida del tiempo, alcanzará la plenitud” (Confr., “*Tinieblas para mirar*”, Ed. Alfaguara, Bs. As., 2015).

IX. Siguiendo la lectura de Robert Post y Reva Siegel (ob. cit., *ut supra*) queda en evidencia el alto concepto que para el “constitucionalismo democrático” merece en el Derecho norteamericano el significado del término “nomos”, cuando dicen:

“Provisiones constitucionales como la cláusula del debido proceso, la primera enmienda y la cláusula de igual protección expresan ideales nacionales. Establecen un “mundo de significado” que Robert Cover denominó de forma memorable “nomos”. El Derecho encarna un nomos porque expresa una “identidad” nacional, lo cual resulta no obstante polémico, porque el pueblo estadounidense es heterogéneo en sus formas de comprender la identidad nacional”.

El término utilizado es útil para la comprensión del funcionamiento del sistema constitucional en USA y con respecto a la evolución de la interpretación a tenor de la jurisprudencia de sus tribunales. Para ello se aplica la palabra “nomos” en el sentido de ley como forma de justicia que distribuye o retribuye: es la palabra griega que significa “ley”. Así fue en la mitología griega, donde *nomos* era la personificación de las leyes, como que es sabido que la distinción entre la naturaleza (*physis*) y lo convencional (*nomos*) era uno de los temas principales de su filosofía, al extremo que practicaban el método “comparativo” a partir de contrastar las leyes griegas de unas polis con las de otras, y las griegas en general con las de otros pueblos de la Antigüedad, comprobando que eran a veces similares y otras veces diferentes, pero no por ello necesariamente mejores o peores, entendiendo por tal cosa que fueran más o menos adecuadas a los fines sociales que pudieran justificarlas. De la sabiduría de los griegos se traslada esta conceptualización al criterio científico contemporáneo, en que la sociología adopta un concepto confluyente de “nomos” que se extiende más allá de las leyes explícitas para comprender las normas, reglas, y convenciones sociales de todo tipo⁸.

8 Véase “*Diccionario de Filosofía*” de JOSÉ FERRATER MORA; “*Política*” de Aristóteles; “*La República*” de Platón; “*Historia de la Filosofía*”, volumen I: Filosofía Griega; ed. Edinumen. Véase también lo dicho por Eugenio Bulygin en “Derecho al Día”, Facultad de Derecho-UBA, 07/XI/2013, “*Lógica del Derecho*”: “El sistema escolástico de Derecho natural, bajo la influencia de Aristóteles, consideraba que el Derecho tenía una estructura parecida a la que proponía dicho filósofo, ya que existían normas de Derecho natural que eran evidentes y a partir de las cuales se podían deducir lógicamente las otras normas aplicables a las distintas áreas de las conductas humanas. El Derecho natural racional siguió el mismo criterio solo que sustituyeron el Derecho natural de origen divino por un Derecho natural racional.

Un gran cambio se produjo con la codificación napoleónica. La codificación se caracteriza porque el Derecho pasa de ser un Derecho natural a un Derecho positivo, creado por los hombres, y que son normas generales creadas por un Poder Legislativo, con la idea de que los jueces deben aplicar el Derecho y no modificarlo. Debido a esta última exigencia pasa a primer plano la exigencia de que el Derecho sea completo, que haya siempre una solución para cualquier conflicto que pueda presentarse y que el Derecho sea consistente (no

La postura de los progresistas Post y Siegel —como muchos otros— traslada la temática a las tendencias vivenciadas en mutaciones que registran el actuar de las orientaciones impulsadas por los *Chief Justices* de la Corte Warren y la siguiente Corte de Burger (liberales), que serían frenadas por los cambios a partir de los jueces Antonin Scalia y Clarence Thomas (conservadores). Pero “la sangre no llega al río” (sic) desde el momento que los procesos de renovación natural de los miembros de la Supreme Court provocan espontánea y pacíficamente el *corsi e ricorsi* según pasan los años.

Así lo reconocen —o lo insinúan— Post y Siegel en numerosos párrafos de su obra citada. Por ejemplo:

1. “La confianza en la sensibilidad del ordenamiento constitucional desempeña un papel crucial en la preservación de la autoridad de la Constitución. Cuando existe esta confianza los ciudadanos pueden aceptar juicios acreditados acerca del significado de la Constitución, que difieren de los suyos propios. Mantener esa confianza depende de que los ciudadanos tengan oportunidades significativas de persuadirse mutuamente de adoptar formas alternativas de comprender la Constitución. Paradójicamente, la posibilidad de que haya desacuerdos sobre el significado de la Constitución preserva su autoridad, ya que permite a personas con convicciones muy diferentes considerar que expresa sus compromisos más fundamentales y que constituye la norma fundacional.

2. “Debido a que los estadounidenses consideran como Derecho la interpretación que la Corte realiza de la Constitución, aceptarán los pronunciamientos judiciales acerca del *nomos* nacional aun cuando no acuerden con ellos en la medida en que cuenten con alguna válvula de escape para plantear objeciones y con la posibilidad de, algún día, influir la manera en la cual se configura el Derecho. Pero si la interpretación que la Corte hace de la Constitución parece no ser sensible en forma alguna, con el tiempo los ciudadanos la considerarán ilegítima y opresiva, y en consecuencia la repudiarán, como hicieron durante el New Deal.

3. “La política presidencial y las designaciones para la Corte Suprema son, no obstante, métodos poco frecuentes e ineficaces para ejercer influencia sobre el contenido del Derecho constitucional. Un camino más abarcador y continuo para lograr el cambio es impugnar normas, el cual procura transformar los valores que subyacen a las interpretaciones judiciales de la Constitución.

4. “Los originalistas conservadores no creen que la Constitución es simplemente derecho, sino que a su juicio es buen derecho. La genialidad del originalismo radica en que les brindó a los conservadores la confianza para afirmar que sus ideales constituían Derecho, lo cual los autorizaba para derribar los precedentes de la Corte Warren y la Corte Burger y, en consecuencia, imponerles valores constitucionales conservadores a los estadounidenses que discrepan con ellos.

existía incompatibilidad de normas). Ciertos juristas, Kelsen entre ellos, sustituyeron este ideal por la afirmación de que el Derecho es completo y consistente”.

5. “Los estadounidenses se movilizan porque valoran los ideales constitucionales. Argumentar que la necesidad más importante de los progresistas es contar con un método de interpretación constitucional no es ni más ni menos que un retroceso. Las teorías académicas sobre la justificación del Derecho no movilizan a la opinión pública: no inspiran a las campañas políticas populares para recuperar la Corte. Los argumentos académicos podrían en última instancia ayudar a darles forma jurídica a las aspiraciones y los reclamos prácticos, pero la movilización constitucional empieza mucho más allá del campo de la teoría del Derecho. Así como la Nueva Derecha desarrolló un *nomos* constitucional arraigado en imágenes de la familia, la religión y el control social, los progresistas necesitan articular de esta forma una perspectiva convincente que exprese sus propios compromisos característicos.

x. Por último, las opiniones de Charles R. Epp, de la Universidad de Kansas, en su obra “*La revolución de los derechos*” (Ed. Siglo XXI, en español) se fundamenta en las denominadas “cartas de derecho con raigambre constitucional” —que no son otra cosa que las “declaraciones de derechos y garantías” que obran en la parte dogmática o preceptiva de las Constituciones, también conocidas como *Bill of Rights* en el Derecho anglosajón— para sostener que sobre esa base cobran históricamente mayor fuerza los procesos de revisión judicial (*judicial review*) de las leyes comunes: o sea, el control de constitucionalidad, ya sea difuso (a cargo de todos los jueces) o concentrado (la concepción kelseniana de los Tribunales Constitucionales munidos del monopolio de esa competencia). Este autor toma en cuenta la experiencia de diversas naciones, poniendo el acento en la manida “revolución de los derechos” (lo que aparece como un dato positivo) aunque se alarma ante las manifestaciones del “activismo” de los tribunales judiciales, con lo que da a entender su preferencia por un *self restraint* u otras limitaciones a la potestad de enervar las normas emanadas del poder legislativo ¿En qué quedamos?

Veamos algunas de sus aseveraciones al respecto:

1. “Los constituyentes indúes (sic) deliberaron extensamente, a finales de la década de 1940, sobre los peligros que engendraba el estilo estadounidense de activismo judicial y luego, siguiendo los consejos del magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos Felix Frankfurter, eliminaron las referencias centrales de la cláusula propuesta sobre el debido proceso para poder limitar el poder de los requerimientos de un umbral básico⁹.

2. “Los debates mantenidos en Canadá sobre la adopción, en 1982, del Fuero de Derechos y Libertades se concentró en gran parte en la conveniencia de autorizar a los jueces a revisar la legislación; muchos canadienses se opusieron enérgicamente a la aprobación de esa legislación porque temían que permitiera lo que entonces llamaron un “activismo judicial al estilo estadounidense”. En Gran Bretaña, el debate acerca de si es conveniente o

9 Véase: VANOSI, J. R., “Felix Frankfurter (1882-1965) y su aporte a la jurisprudencia constitucional” en “*Teoría Constitucional*”, Ed. Abeledo-Perrot, 3a. edición, Bs. As. 2013, Tomo II, pp. 1109 y ss.

no establecer una carta de derechos escrita continúa girando alrededor de la confianza que se puede tener en los jueces si se aumentan excesivamente sus poderes.

3. “El debate sobre las cartas. Los proyectos de carta de derechos suscitan encendidos debates porque la idea de que los documentos producen efectos profundos está ampliamente difundida. Uno de los supuestos efectos es, como lo sugiere la investigación anterior, la expansión del poder judicial. Sin duda, las leyes a favor de los derechos individuales parecen otorgar grandes poderes –aunque poco definidos– al sistema judicial. En general, se estima que los jueces no pueden resistirse a la tentación de usar ampliamente esos poderes y, además, que una carta de derechos obstaculiza la posibilidad de que la Legislatura frene la acción judicial. Por eso, James Madison consideraba que una carta de derechos llevaría “naturalmente” a que los tribunales “resistieran todo cercenamiento a los derechos” ejercido por las legislaturas y el poder ejecutivo.

4. “Por consiguiente, el destino de una carta de derechos depende de fuerzas exteriores a ella. Por lo demás, en la perspectiva del ciudadano corriente, una carta de derechos por sí misma solo ofrece promesas, pero no proporciona los recursos ni los medios para movilizarlas dentro del sistema judicial. Así es como A. V. Dicey llegó a sostener que las garantías de derechos constitucionales no tenían ningún sentido si no existían los medios legales corrientes para invocarlas.

5. “Por supuesto, los jueces son quienes, en última instancia, deciden quién gana y quién pierde en los casos apelados y si se acepta o se rechaza una determinada demanda de derechos. A lo largo del tiempo, la suma de tales decisiones judiciales va modelando el desarrollo de la legislación. Por consiguiente, es indudable que no puede darse una revolución de los derechos sin jueces que estén a favor de la defensa de tales derechos. En el caso de los Estados Unidos, en particular, el liderazgo judicial siempre pareció un elemento crucial en la generación de esa revolución.

En 1953, Earl Warren asumió el liderazgo de una Corte Suprema en la que solo unos pocos miembros eran defensores consecuentes de los derechos civiles y las libertades civiles, aunque en pocos años su composición cambió con la incorporación de otros defensores que terminaron constituyendo una sólida mayoría liberal. Las decisiones de esa mayoría expandieron enormemente el alcance de los derechos constitucionales y contribuyeron en forma decisiva a la revolución de los derechos en los Estados Unidos.

6. “Como predijo Robert Yates, un crítico antifederalista de la Constitución de los Estados Unidos, respecto de los jueces de la Corte Suprema: “No hay ningún poder por encima de ellos, ningún poder que controle sus decisiones. No hay ninguna autoridad que pueda destituirlos ni pueden ser controlados por leyes de la legislatura. En suma, son independientes del pueblo, de la legislatura y de todo poder que existe bajo el cielo. Los hombres colocados en esa situación generalmente tardan muy poco en sentirse independientes del cielo mismo”.

Algunos proponentes de la explicación centrada en los jueces, con una visión expansiva de la libertad de la Corte Suprema y reconociendo el crecimiento del liberalismo de los magistrados durante las décadas de 1950 y 1960, han caracterizado la “revolución de

los derechos” de los Estados Unidos como la creación independiente de un puñado de jueces de la Corte Suprema.

7. “Al igual que la explicación de la “revolución de los derechos” centrada en la Constitución, la que se centra en la actuación de los jueces sin duda tiene mucha validez, especialmente en los Estados Unidos. Sin embargo, ni siquiera un conjunto de jueces liberales provistos del control de la elección de casos y de una carta de derechos arraigada puede hacer una legislación que defienda los derechos, salvo que reciban casos relativos a la defensa de los derechos individuales, y el proceso de movilizar tales casos hasta esa instancia reside en muchos otros factores además de las sentencias judiciales mismas. La explicación centrada en el quehacer de los jueces, sola o en combinación con la centrada en la Constitución, sigue siendo incompleta.

8. “La cultura y la conciencia de los derechos. Quienes atribuyen el origen de la revolución de los derechos a un fenómeno cultural consideran que la cultura popular ha influido de diversas maneras en la protección brindada por los jueces a los derechos del individuo. Lo primero que tienen en cuenta es que los jueces se forman influidos por los supuestos culturales de la sociedad en la que están inmersos, y por lo tanto, es poco probable que creen derechos no reconocidos por ella o que socaven los derechos que esa sociedad valora enormemente. En segundo lugar, la Corte carece del poder institucional para dictar sentencias que vayan en contra de las creencias defendidas ampliamente. Y, en tercer lugar, la cantidad y los tipos de cuestiones que los ciudadanos presentan ante las cortes como demandas de sus derechos dependen de cómo la cultura de una sociedad enmarca las disputas referentes a los derechos civiles.

Quienes proponen la tesis centrada en la cultura por lo general destacan estas tres influencias. Así tenemos el caso de Louis Hartz quien ha sostenido que el poder de la Carta de Derechos de los Estados Unidos y de la Corte Suprema es resultado no solo de la Constitución sino, en mucho mayor medida, del “credo lockeano” del individualismo liberal del pueblo estadounidense, que lo alienta a enmarcar sus ideales políticos atendiendo a los derechos individuales, a llevar sus preocupaciones ante los tribunales y a esperar que los tribunales establezcan una política sobre tales cuestiones.

9. “En el siglo XX, particularmente desde 1945, las burocracias estatales han crecido mucho más allá de la capacidad del proceso electoral y legislativo para ejercer cierto control directo, y en muchos países los críticos han lamentado esa falta de responsabilidad democrática. El control del proceso administrativo a nivel individual –sumado al control colectivo– se ha vuelto cada vez más atractivo. Los controles individuales que puedan aplicarse aparecen articulados en el lenguaje de los derechos. Como ha sostenido Jack Donnelly, las capacidades represoras (o dicho de una forma más benigna, las capacidades burocráticas) del Estado moderno exigen virtualmente una respuesta que ponga énfasis en los derechos individuales.

10. “En realidad, en todos los países incluidos en este estudio, a medida que el gobierno crecía, también comenzaban a desarrollarse la penetrante sensación de un poder gubernamental irrestricto que amenazaba importantes valores y el sentimiento de que era necesario sofrenar al menos algunos aspectos del poder gubernamental para ponerlo al servicio de

fines más igualitarios. En cada uno de los países estudiados, la opinión generalizada es que las cortes y los derechos individuales pueden constituir los mecanismos institucionales que permitan alcanzar esos objetivos.

XI. En el cierre de esta exposición –limitada en el tiempo y en el espacio– no debemos preterir el recuerdo de Dworkin en su versión personal del Derecho constitucional a través del valor del constitucionalismo en transición hacia nuevos desafíos, con un esforzado enfoque del valor de las reglas constitucionales en su remodelación y sin renegar de un pensamiento que proclamaba como “liberal”. Es difícil encasillar su pertenencia a determinada adjetivación de las tendencias o escuelas que se disputan la primacía hacia hoy. Me abstengo de encapsularlo con un mote o con una apología, y tan solo subrayo los datos más relevantes, a saber: Ronald Dworkin (1931–2013) comenzó sus estudios en Harvard y su carrera docente en la Universidad de Yale; luego fue sucesor de Hart en Oxford y, más adelante, en Londres y en la New York University. Tuvo influencia en Argentina en el ámbito de la filosofía jurídica y en el Derecho constitucional a través de la obra de Carlos Nino (“*Fundamentos de Derecho Constitucional*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992). Fue un crítico del “convencionalismo legal”, un activo dialéctico e “interpretativista”, tesis que predicó en nuestro medio a partir de su primera visita en 1985. En su prédica enfatizó la importancia de los “principios”, la relación entre la moral y el Derecho, la búsqueda de nuevas respuestas (la idea del Derecho como “integridad”) y la prevalencia de los derechos personales sobre los fines colectivos. Se consideraba “progresista” en la defensa de las libertades, advirtiendo a la vez la necesidad de avanzar en el plano de la igualdad para “llevar a cabo una vida digna” con educación y asistencia sanitaria, pero con políticas que solo serían legítimas si respetaban los derechos individuales concebidos estos como “triumfos frente a las mayorías”. No compartía el positivismo analítico de Hart. Olvidaba decir que tenía sentido del humor; y va como ejemplo su idea de la Constitución: “una novela por entregas”.

Sin duda alguna, lo más destacable y rescatable de Ronald Dworkin es su remisión constante al sustento moral que debe acompañar a las normas del Derecho que deberán ser aplicadas haciendo uso de la argumentación moral: un motivo más de admiración por parte de Carlos S. Nino, para quien no podían admitirse razones jurídicas que pudieran justificar acciones o decisiones con independencia de su derivación de razones morales (sic). Compartimos esos escrúpulos adhiriendo a la moral como sustancia inescindible de “la eminente dignidad de la persona humana”, con lo que corresponde excluir y anatematizar todo producto de la acción o de la legalidad que resulte aberrante, por llevar la mácula del desvío, del extravío y del apartamiento de la ética en su más profunda expresión. Aberrar no es excusable. Las ofensas a la justicia (Preámbulo) y a la equidad (Art. 75, inc. 19 C.N.) solo se pueden redimir con mucho más que un acto de contrición. Y si Dworkin disfrutaba del humor, qué mejor que concluir con la humorada que el genial Jorge Luis

Borges le adjudica a Thomas de Quincey (aunque existen otras hipótesis protagónicas) y que alude a que en un debate alguien le arroja una copa a la cara del rival, y el agredido –sin inmutarse– le responde al destemplado: “Esto es una digresión; ahora espero su argumento” (Confr., “El arte de injuriar”, en la obra “*Historia de la Eternidad*”, 1936). *Finis coronat opus*.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREOTTI, GIULIO. “Ore 13: *il Ministro deve morire*”, Milano 1974 y 1976, Ed. Rizzolo.
- BORGES, JORGE LUIS. “El arte de injuriar”, en *Historia de la Eternidad*, 1936.
- BULYGIN, EUGENIO. “Derecho al Día”, Facultad de Derecho-UBA, 07/XI/2013, “Lógica del Derecho”.
- CHARLES R. EPP *La revolución de los derechos*, Ed. Siglo XXI, 2013.
- ELOY MARTÍNEZ, TOMÁS. *Tinieblas para mirar*, Ed. Alfaguara, Bs. As., 2015.
- GARGARELLA, ROBERTO. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, 2014.
- GOMÁ LANZÓN, JAVIER. *Ejemplaridad pública*, Ed. Taurus, 2009.
- LUIS VIGO, RODOLFO. “Fuentes del derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo”, en *Teoría del Derecho y argumentación jurídica*. Coord. RAMÓN ORTEGA GARCÍA. Tirant lo Blanch, 2013.
- NINO, CARLOS. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PEGORARO, LUCIO. “Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra ‘Derechos’ (y de los adjetivos que la acompañan)” en el Congreso internacional “El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, Puebla, 2, 3 y 4 de febrero de 2010.
- POST, ROBERT y SIEGEL, REVA. *Constitucionalismo Democrático*. Editorial Siglo XXI. 2013.
- SALERNO, MARCELO U. “Las Bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi”, en *Anales*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2010;
- SANCHÍS, LUIS PIETRO. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 05/1/11
- VANOSI, JORGE REINALDO. *Estado de Derecho*, 4º edición, Ed. Astrea, Bs. As. 2008.

VANOSI, JORGE REINALDO. “Felix Frankfurter (1882-1965) y su aporte a la jurisprudencia constitucional”, en *Teoría Constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, 3° edición, Bs. As. 2013, Tomo II.

VANOSI, JORGE REINALDO. “Universidad y Derecho Constitucional (Fortunios e infortunios de las Cátedras)”, en *Anales de la misma Academia*, Buenos Aires, 2013.

CAPÍTULO I

CREACIÓN Y CAMBIO DE LAS CONSTITUCIONES

MANUEL ARAGÓN REYES*

*¿Cambiar la Constitución para adaptarla
o para transformarla?
Requisitos y límites de la reforma constitucional*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Significado y sentido de la rigidez constitucional. 3. Las formas de la rigidez. 4. Los procedimientos de reforma constitucional. 5. Constitución y democracia: los límites de la reforma constitucional. 6. Los límites heterónomos de la reforma. 7. El control de constitucionalidad de la reforma. 8. Las exigencias políticas de la reforma.

I. INTRODUCCIÓN

Estimados amigos, señoras y señores: no puedo ocultarles mi satisfacción por intervenir en este duodécimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se celebra, además, en mi querida Universidad Externado. Al encontrarme, pues, aquí, debo expresar, ante todo, un emocionado recuerdo al gran rector y amigo que fue Fernando Hinestrosa (que desgraciadamente ya no se encuentra entre nosotros) y a mi también querido amigo Carlos Restrepo, a quien los achaques de su avanzada edad le impiden estar hoy acompañándonos. En justo homenaje a ellos celebramos precisamente este Congreso.

Mi satisfacción y mi gratitud por la invitación a participar en este acto se acentúan por el hecho de que me haya pedido que en esta primera sesión del Congreso hable de la reforma constitucional, tema que siempre me ha interesado profundamente y al que he dedicado algunas de mis publicaciones.

Este tema de la reforma constitucional me parece uno de los más cruciales del Derecho Constitucional, porque es ahí donde se ponen de manifiesto el *valor* y el *riesgo* de las constituciones: el valor para acomodarse a nuevas situaciones, esto es, para, mediante el cambio, perdurar; y el riesgo de dar saltos en el vacío, o más aún, de cambiar para destruir. El cambio, por sí solo, no tiene connotaciones, pues se puede cambiar para mejorar o para empeorar. Son, pues, el modo y los objetivos del cambio los que pueden ser evaluados.

De ahí que esas dos características, valor y riesgo, deban ser tenidas muy en cuenta a la hora de plantearse el problema de las reformas constitucionales. Quizás por ello he titulado mi intervención de la siguiente manera: “¿Cambiar la cons-

* Manuel Aragón Reyes es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, de cuya Facultad de Derecho ha sido Decano. Ha dirigido el Centro de Estudios Constitucionales de España, ha sido Consejero de Estado y Presidente del Consejo Económico y Social de la Comunidad Autónoma de Madrid. Es académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Ha sido profesor invitado y extraordinario de diversas universidades españolas y otras, como Externado de Colombia y UNAM de México. Ha sido Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia (Italia). Autor de una docena de libros y de más de doscientos trabajos científicos en materia de Derecho Constitucional, especialmente en interpretación y significado de la Constitución, Justicia Constitucional, Organización territorial del Estado, Derechos Fundamentales, Fuentes del Derecho, Derecho Constitucional Económico y Derecho Parlamentario.

titudin para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional”.

2. SIGNIFICADO Y SENTIDO DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Es bien conocido que el significado de la rigidez constitucional se corresponde con la idea de que las reglas para modificar la constitución son distintas (y de mayor dificultad) que las que existen para modificar la legislación ordinaria. De ahí deriva la distinción entre constituciones rígidas y flexibles (cuya modificación no requiere de procedimientos distintos de los que existen para reformar el Derecho ordinario). Hoy las constituciones, salvo escasos ejemplos (el más representativo es el del Reino Unido), son rígidas, y de ahí que la rigidez se haya convertido en una característica general de la constitución, pues se ha hecho universal el concepto de Constitución racional-normativa que, entre otras cosas, descansa en la distinción entre poder constituyente y poder constituido, la forma escrita del documento constitucional y la diferencia formal entre constitución y ley. La constitución es, pues, una norma supralegal, que goza de superior jerarquía sobre la ley y que por ello no puede ser modificada por esta. La sumisión de la ley a la constitución se encuentra, además, jurisdiccionalmente controlada.

Ahora bien, esa diferencia formal, que describe bien la rigidez constitucional, no la explica suficientemente. Es decir, nos proporciona su significado, pero no por completo su sentido. Es cierto que la rigidez está al servicio de la estabilidad constitucional, esto es, de la consolidación de la forma política que la constitución establece, difícil de lograr si estuviese sometida al designio voluble de las mayorías políticas de cada momento. Pero esta consideración basada en la eficacia y que ha sido muy utilizada en el pasado para fundamentar la rigidez, siendo importante, no es por sí sola suficiente. A ella ha de añadirse la que deriva del entendimiento de la constitución democrática, o si se quiere, de la democracia constitucional. Que supone, necesariamente, aceptar que entre Constitución y ley no solo hay una diferencia formal, sino también material. Y por ello que la rigidez constitucional, además de basarse en la eficacia, se basa, sobre todo, en la legitimidad, de tal manera que el procedimiento (rígido) de reforma no es más que un instrumento, una forma, al servicio de una determinada concepción de la democracia: la democracia constitucional, que consiste en la idea de que hay valores, principios y reglas que deben estar sustraídos a la voluntad de las mayorías políticas ordinarias, precisamente para garantizar la conservación de la democracia misma. Y ese es, creo, el más cabal sentido de la rigidez.

La soberanía de la nación, los derechos fundamentales y la separación de poderes, notas definitorias de la democracia, quedan así garantizadas por la Constitución y por

ello sustraídas a la voluntad de los poderes constituidos. Idea que ya estaba presente en el conocido art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. De ahí se deriva el concepto de democracia constitucional, que se basa en distinguir la democracia “de la constitución” de la democracia “en la Constitución”, o en otras palabras, la democracia de la constitución de la democracia de la ley. La primera opera en el plano del poder constituyente, y por lo mismo, en el de la reforma constitucional; la segunda en el plano del poder constituido; la primera es una democracia de consenso, y la segunda una democracia pluralista, cuya libertad de opciones políticas está constreñida al marco fijado por la constitución. En ese sentido cabría decir, de manera general y aproximada, que la constitución democrática lo que ha venido es a positivar el viejo iusnaturalismo.

De ese modo, la democracia se ha juridificado a través de la constitución, de manera que esta se presenta como la garantía jurídica de la democracia. De ahí la exigencia de no separar democracia y Estado de Derecho, pues la democracia¹ “de la Constitución” ha de estar jurídicamente garantizada a través del control de constitucionalidad de las leyes, y la democracia “en la Constitución” ha de estar igualmente garantizada mediante el control de legalidad de los actos de todos los poderes públicos. La rigidez constitucional adquiere, pues, su más hondo sentido como instrumento al servicio de la democracia constitucional. Y en ese plano es donde se plantean los problemas más importantes acerca de los procedimientos y límites de la reforma constitucional, sobre lo que después volveré, pues antes conviene decir algo más acerca de la rigidez constitucional.

3. LAS FORMAS DE LA RIGIDEZ

Las reglas constitucionales sobre la rigidez poseen una doble finalidad práctica. De un lado, permiten que la constitución pueda revisarse y, de otro, impiden que ello pueda hacerse a través de la vía ordinaria de modificación de las leyes. La irreformabilidad de la constitución repugnaría tanto al principio democrático, pues la voluntad popular del presente no puede imponerse totalmente a la voluntad popular del futuro, cuanto al carácter mismo de las normas constitucionales como normas jurídicas, de las que, como productos históricos que son, no cabe predicar la inmutabilidad, pues han de estar abiertas a recoger los cambios que la experiencia y las necesidades políticas y sociales puedan exigir. Por otro lado, la flexibilidad de la constitución haría desaparecer, simplemente, la distinción entre poder constituyente

¹ MANUEL ARAGÓN REYES, “Constitución, democracia y control”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 11-17; también “La Constitución como paradigma” y “Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución”, ambos en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 196-198 y 216-219, respectivamente.

y poderes constituidos, destruyendo la razón de ser de la misma constitución, su significado más genuino: el de ser una norma fundamental que regula, y por lo mismo limita, el poder del Estado de una manera que se pretende jurídicamente efectiva, esto es, de cumplimiento necesario y no meramente voluntario.

En tal sentido, la rigidez acompaña al concepto mismo de Constitución. De ahí que salvo contadísimas excepciones, como antes se dijo, el texto constitucional prevea un procedimiento más complicado, difícil (o agravado) para su reforma que el dispuesto para revisar las leyes. Incluso en el caso del Reino Unido, la flexibilidad constitucional no solo está hoy puesta en cuestión (auspiciándose por determinadas iniciativas políticas y académicas implantar la rigidez), sino también modulada, en términos jurídicos, ya que allí el Derecho de la Unión Europea y las cláusulas del Convenio Europeo de Derechos Humanos se imponen sobre el propio Derecho británico.

La rigidez constitucional, en suma, se ha convertido, pues, en una regla general, de tal manera que en la teoría y en la práctica resulta hoy, como acaba de decirse, un elemento indisociable del concepto de constitución o, más exactamente, del concepto jurídico de Constitución.

De todos modos, la idea de que la constitución tiene un valor superior al Derecho ordinario ni aparece solo cuando los textos constitucionales modernos establecen la rigidez, pues también estaba presente en lo que, en términos imprecisos, podríamos denominar “constituciones antiguas”, ni deja de proyectarse incluso en las constituciones flexibles. El ejemplo más claro, como ya he dicho, de Constitución flexible, el del Reino Unido, al margen del actual cuestionamiento de esa flexibilidad, ha logrado mantener con estabilidad (mediante adaptaciones graduales y prudentes) la forma política a la que esa constitución está dedicada porque, pese a no existir (al menos hasta hace muy poco tiempo) obstáculos jurídicos para su cambio, incluso repentino y radical, ha habido una general aceptación de que esos cambios radicales, aunque pudiesen lograrse jurídicamente, políticamente no debían realizarse. Lo que quiere decir que siempre ha existido allí una regla política, comúnmente admitida, que limitaba la plena libertad de acción de la regla jurídica. Y esa regla política consiste en la creencia de que la constitución es algo sumamente valioso que debe conservarse frente al cambiante Derecho ordinario y, por ello, que los cambios constitucionales precisan de dos requisitos: maduración en el tiempo y evolución y no revolución en las formas.

Hace ya muchos años² sostuve, y sigo sosteniendo, en relación con lo que acabo de decir, que todas las constituciones (sean flexibles o rígidas) tienen “supremacía”, entendida esta como una cualidad política de la constitución que la hace de más valor

2 MANUEL ARAGÓN REYES, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, hoy en *Estudios de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 171-190.

que el resto del ordenamiento. Y que esa supremacía descansa, no en una garantía jurídica, sino en una garantía política: el respeto a la constitución y su aceptación por las instituciones y la sociedad. Ello es lo que explica, me parece, el caso del Reino Unido. Lo que sucede es que, en determinados países, hoy prácticamente en todos, los textos constitucionales han añadido (y creo que ello ha sido afortunado) a la garantía política una garantía jurídica de la constitución: la rigidez; con lo cual, la supremacía se encuentra reforzada por la suprallegalidad.

Ya alertó G. Jellinek, hace más de un siglo³, que las garantías del Derecho público son jurídicas, políticas y sociales, y que la conjunción de las tres es necesaria. El propio J. Bryce⁴ ya dijo, por aquellos años, que “la estabilidad de cualquier constitución depende no tanto de su forma como de las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen”. No obstante, me parece que Jellinek era más exacto y que Bryce devalúa un poco la importancia de las garantías jurídicas. Creo más correcto sostener que, además de las garantías jurídicas, una constitución también precisa de garantías políticas y sociales. El Derecho, en materia constitucional, no lo puede todo; pero sin el Derecho, la constitución, simplemente, no existe, al menos como la entendemos hoy: una constitución democrática, es decir, una constitución que anuda, necesariamente, democracia y Estado de Derecho.

Por ello, hoy, la suprallegalidad, como dije, resulta inseparable de la constitución. Y esa suprallegalidad se manifiesta en dos planos: normativo, mediante las cláusulas constitucionales que regulan el procedimiento de reforma; y jurisdiccional, mediante los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. No en vano Kelsen señalaba que la inconstitucionalidad de una ley (por contraria a la constitución) lo era siempre por razones de forma: por no haber seguido las reglas que la propia constitución ha previsto para cambiarla. Es decir, por no haber emanado la norma en cuestión, dado su contenido, a través del procedimiento previsto para ello, el de reforma constitucional, y haberlo hecho, sin embargo, por el mero procedimiento legislativo.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Las especialidades del procedimiento de reforma constitucional adquieren distintos modos en el Derecho comparado: en unos ordenamientos se exige la participación del pueblo mediante referéndum, en otros se requieren mayorías cualificadas en el parlamento, en otros se precisa de la intervención de dos legislaturas sucesi-

3 GEORG JELLINEK, *Teoría general del Estado*, 1ª edic. 1900, se cita de la traducción española, Editorial Albatros, Argentina, 1970, pp. 591-596.

4 JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 1901, se cita de la traducción española editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 26.

vas e incluso hay supuestos en que se confía a una asamblea *ad hoc* (distinta del parlamento ordinario) la revisión constitucional. Hay ejemplos también, muy extendidos, de sistemas mixtos, en los que se mezclan algunas de las modalidades procedimentales antes aludidas. Es cierto que en las normas infraconstitucionales la rigidez no siempre se identifica con la jerarquía, pudiendo existir reservas de procedimiento entre normas del mismo rango (ya sean legales o reglamentarias). En el ordenamiento español, y también en el colombiano, existen ejemplos de ello, y no solo el que representan las leyes orgánicas. Sin embargo, en el plano de la Constitución (que no puede relacionarse con las demás normas del ordenamiento de manera horizontal, sino vertical) la rigidez significa, inevitablemente, jerarquía o, dicho de otro modo, sin la rigidez no habría supralegalidad ni, por ello, control de constitucionalidad de la ley.

Dicho esto, debe advertirse que los procedimientos de reforma han de huir de dos extremos altamente perniciosos: el de una gran facilidad para reformar, esto es, el de una rigidez tan poco acentuada que prive a la constitución de estabilidad; y el de una aguda dificultad para reformar, es decir, el de una rigidez tan excesiva que, en la práctica, prive a la constitución de su posibilidad de ser modificada. De ahí la prudencia con que deben establecerse los procedimientos de reforma, de tal manera que, de un lado, se diferencie bien la exigencia de una rigidez que salvaguarde la democracia de consenso frente a la democracia de la simple mayoría y, de otro, no se ahogue la capacidad de que la democracia de consenso pueda revisar sus propias decisiones. Y en este punto es donde se pone de relieve la necesidad de distinguir la transformación constitucional de la adaptación constitucional, o si se quiere, la alteración de la constitución en sus elementos esenciales y la modificación de la constitución en sus elementos contingentes o secundarios⁵.

En tal sentido, la Constitución española distingue entre “revisión constitucional” y “reforma constitucional” y por ello se articulan dos procedimientos diferentes (mucho más agravado el primero que el segundo), según sea una u otra la modificación que se pretende. En otros ordenamientos, muy significativamente el alemán, esa distinción a lo que conduce es al establecimiento de cláusulas de intangibilidad, de tal manera que la alteración de los elementos sustanciales de la Constitución no está permitida, declarándose tales elementos irreformables.

5 MANUEL ARAGÓN REYES, “La reforma constitucional: procedimientos, límites y control”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 233-244.

5. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA: LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL⁶

Al tratar de estos problemas, conviene recordar algo obvio: que una cosa es la reforma y otra bien distinta la ruptura de la constitución. La reforma implica seguir el procedimiento constitucionalmente previsto para ello, de tal manera que, en ese sentido, reformar la constitución es también cumplirla. En cambio, cuando, sin atenerse a las previsiones constitucionales para la reforma, se cambia de Constitución, esto es, se adopta un nuevo texto, ya no cabe hablar de reforma, sino de puro y simple quebrantamiento de la Constitución. La evidente disociación entre Constitución y Estado de Derecho que significa la ruptura constitucional la hace indeseable y, por ello, debe huirse de la misma en todo caso. La constitución democrática lo que pretende es justamente lo contrario: positivar el viejo derecho a la rebelión, por lo que ya no es preciso apartarse de las reglas del Derecho para alterar la forma política, pues el Derecho mismo garantiza, mediante la reforma constitucional, que ese cambio está jurídicamente garantizado. Como también, la constitución democrática positivó el viejo derecho de resistencia frente a los actos injustos del poder, al garantizar jurídicamente las libertades y derechos de los ciudadanos.

No puedo tratar, lamentablemente, dada la limitación de espacio de esta ponencia, el problema de la mutación constitucional, que es también un cambio de la constitución sin seguir el procedimiento de reforma. solo puedo apuntar que ese problema, más coherente con el caso de las constituciones flexibles que con el de las constituciones rígidas, donde tiene propiamente su asiento es el campo de la interpretación constitucional, más especialmente en el de la llamada interpretación “evolutiva”, que permite adaptar las prescripciones constitucionales a nuevas realidades. A mi juicio, esa interpretación evolutiva tiene sus límites, en el supuesto de las constituciones rígidas, ya que en ellas debe rechazarse la mutación auténtica, es decir, el cambio de sentido de la norma constitucional, por vía interpretativa, en contradicción absoluta con su tenor literal inequívoco. Tal cambio no significaría otra cosa que el quebrantamiento, cierto, de las normas constitucionales sobre la reforma, algo que la constitución democrática de Derecho no puede admitir.

Las consideraciones anteriores nos ponen de frente al problema crucial de los límites a la reforma constitucional. Límites que pueden ser temporales, circunstanciales o materiales. Los temporales, no muy frecuentes (se pueden señalar los casos de la Constitución francesa de 1791 y la española de 1812), consisten en la prohibición de efectuar reformas de la constitución durante los primeros años de

⁶ Para todo lo que sigue en este apartado puede verse MANUEL ARAGÓN REYES, *Constitución, democracia y control*, ob. cit., pp. 11-35.

su vigencia, y tienen por objeto asegurar un tiempo de asentamiento del nuevo texto constitucional. Los circunstanciales consisten en la prohibición de reformar la constitución en determinados momentos o situaciones excepcionales, así el art. 169 de la Constitución española dispone que “no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de algunos de los estados previstos en el artículo 116” (alarma, excepción o sitio); habrá que interpretar que ni proseguirse, aunque estuviese iniciada antes, la reforma constitucional en esos casos, pues las circunstancias excepcionales alteran el desenvolvimiento regular de los derechos de los ciudadanos y de las instituciones públicas. Y ejemplos parecidos podemos encontrar en otros ordenamientos.

Los límites materiales, a diferencia de los límites anteriores, que son meramente condicionales, o mejor, relativos, se presentan como absolutos, pues tienen por objeto impedir que determinadas previsiones constitucionales puedan reformarse, esto es, declaran que ciertas decisiones de la constitución son intangibles y, por ello, quedan sustraídas al poder de reforma. Esos límites son los que importan a efectos de las reflexiones que estoy realizando, porque se insertan en el problema de la democracia “de” la Constitución. Aunque conviene, antes de detenerse en ellos, disipar una confusión, que es frecuente, y que consiste en que, para algunos, las cláusulas sobre el procedimiento de reforma constitucional son también límites: límites procedimentales. No lo creo así, pues el procedimiento no es exactamente un límite, sino una garantía, esto es, una condición necesaria para el válido ejercicio del poder de reforma, asegurando que la constitución ha de reformarse conforme a Derecho. Deriva, en consecuencia, de la exigencia de que Estado de Derecho y Constitución no pueden disociarse. Sin seguirse el procedimiento establecido no habría ninguna garantía de la regularidad y fehaciencia de la propia reforma constitucional.

Volvemos, pues, a los límites materiales, cuyo primer problema consiste en la distinción entre límites materiales explícitos y límites materiales implícitos. Los primeros son claros: las cláusulas de intangibilidad constitucional previstas en el propio texto de la constitución. Así sucede, por ejemplo, en Alemania, cuya Constitución contiene un amplio elenco de ellas, declarándose irreformables la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y la forma de Estado federal (art. 79.3); o en Francia, donde la Constitución establece que la forma republicana de gobierno es irreformable (art. 89.3); o en Italia, donde la Constitución dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana (art. 139). En tales supuestos es claro que el poder constituyente, mediante la Constitución, se ha autolimitado, lo que ha conducido a sostener, coherentemente, que partir de la constitución ya no hay soberano, en términos jurídicos, esto es, como poder absoluto solo regido por normas procedimentales para disponer de toda la constitución sin límites materiales. El poder de reforma se presenta, entonces, no como

un poder constituyente jurificado, sino como un poder constituido, sometido a los límites materiales que la propia Constitución le impone. De ahí que haya podido afirmarse⁷ que, en tales casos, la soberanía ya no radica en el pueblo, sino en la propia Constitución.

Además de estos límites materiales expresos, suele aceptarse (aunque sea discutible, como después se razonará) la existencia de límites materiales implícitos que, a diferencia de las cláusulas expresas de intangibilidad, no están formulados directamente como prohibiciones de revisión, sino deducibles de otros preceptos constitucionales no dedicados a la reforma e incluso del mismo concepto de constitución democrática. Dentro de estos límites implícitos sería posible distinguir entre dos especies: de un lado, los derivados de ciertas definiciones constitucionales, no expresadas directamente como límites a la reforma, pero sí como cualidades de una realidad que se declara permanente (y por ello, cabría deducir, no modificable). Así, por ejemplo, las frecuentes definiciones de que el Estado (o la nación) es indivisible, que encontramos, entre otras, en las Constituciones francesa (art. 1: “Francia es una República indivisible”), italiana (art. 5: “La República es una e indivisible”), o española (art. 2: “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”). Tales previsiones, pues, podrían conducir a sostener que la integridad territorial de esos Estados está jurídicamente blindada frente a su reducción (no tanto, me parece, frente a su expansión), y que ello supone un límite a la revisión constitucional. O incluso pudieran encontrarse también esos límites en las definiciones constitucionales que proclaman la inviolabilidad y permanencia de determinados valores o derechos (así, por ejemplo, la cláusula contenida en el art. 10.1 de la Constitución española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la paz y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”). En este caso podría argumentarse que también de la constitución se deduce un límite que impide, mediante la reforma, la eliminación de esos valores y principios. Y dejo fuera de estas consideraciones, porque mi ponencia no puede abarcarlo todo, el arduo problema de los límites que pudieran derivar de la proclamación constitucional de sumisión a determinados tratados internacionales, aunque, en principio, tal caso me parece que habría que tratarlo como una especie de límite implícito similar al de las definiciones constitucionales ya referidas.

De otro lado, al margen de las previsiones constitucionales, cabría hacer derivar también límites implícitos de la propia teoría constitucional, esto es, del concepto material de constitución democrática, basado en el axioma de que la democracia no

7 Por todos, C. MORTATI, en el comentario a la Constitución italiana (Branca), al analizar el art. 1, en relación con el art. 139 de esa Constitución.

puede destruirse a sí misma y que, por ello, el núcleo de la constitución democrática (soberanía nacional, derechos fundamentales, división de poderes) alberga unos principios que no pueden destruirse a través de la revisión constitucional, pues, si así se hiciera, se hubiera producido, no un cambio, sino una ruptura de la misma constitución, esto es, la constitución habría desaparecido.

A mi juicio, y como antes dije, los problemas que plantean los límites materiales a la reforma solo pueden ser abordados a través de la relación entre Constitución y democracia. Desde el punto de vista dogmático, me parece claro que la existencia de límites materiales expresos significa que la soberanía popular “constitucionalizada” solo tiene el poder que la constitución le otorga y, en consecuencia, que ese poder está constitucionalmente limitado a la hora de disponer de la constitución misma. Ello está perfectamente reflejado en el art. 1.2 de la Constitución italiana: “La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y dentro de los límites de la Constitución”. Por supuesto que la limitación no está en las formas, en el procedimiento que ha de seguirse, que ello, como antes dije, no es un límite, sino una garantía del ejercicio veraz de la soberanía, sino en los límites materiales, que son los auténticos límites (y por ello la Constitución italiana, correctamente, distingue entre “formas” y “límites”). El poder de reforma, al estar materialmente limitado, no es, entonces, y no me importa repetirlo, un poder constituyente juridificado (esto es, atenido solo a un procedimiento), sino un poder verdaderamente constituido (y por ello limitado en su ámbito de actuación). La constitución democrática, en consecuencia, no admite en esos casos que, mediante su cambio, pueda dejar de ser constitución democrática. En coherencia con ello, la interpretación italiana y francesa de la cláusula de intangibilidad de la forma republicana de gobierno la entienden como comprensiva no solo de la mera forma “república” (en oposición a “monarquía”), sino de la forma “república democrática”.

Desde el punto de vista teórico tampoco me ofrece dudas de que esos límites impiden sostener que la constitución haya positivado el viejo derecho a la rebelión, pues el abandono de la democracia solo podría hacerse fuera de la constitución misma, esto es, incumpléndola. La conclusión es que, en tales casos, la soberanía popular carece de un poder absoluto. Entiéndase bien, de un poder materialmente absoluto, pues en el Estado constitucional, que ha de ser necesariamente Estado de Derecho, las exigencias procedimentales son consustanciales al mismo y, por ello, no suponen, como dije, un límite a la soberanía. En otras palabras, la soberanía popular está jurídicamente garantizada cuando puede hacerlo todo, disponer de toda la constitución, aunque, eso sí, siguiendo las reglas que la constitución ha previsto.

Ahora bien, la limitación (autolimitación) material expresa de la soberanía popular, que puede plantear problemas en el plano de la teoría, problemas de los que me he

ocupado algunas veces⁸ pero para los que ahora carezco de espacio para tratar, no tiene, sin embargo, por qué entenderse contradictoria con el significado jurídico de la Constitución democrática, ya que resulta perfectamente defendible, en el plano dogmático, que la Constitución democrática haya limitado materialmente, de manera expresa, su reforma, precisamente para que sus cambios no permitan su destrucción. El problema, en ese plano, solo estaría en la mayor o menor extensión de esas limitaciones, es decir, en el contenido de las cláusulas de intangibilidad.

Cuestión distinta es el problema que plantean los límites materiales implícitos, que no están amparados por una expresa prohibición constitucional de revisión. Y ese problema se agudiza cuando tales límites se construyen, no mediante la interpretación de definiciones constitucionales acerca del valor permanente de determinados valores o estructuras (en cuanto que pudiera quizás interpretarse que tales definiciones valen en tanto la constitución, mediante su reforma, no las cambie), sino cuando esos límites solo se deducen, teóricamente, del mismo concepto de constitución.

Mi opinión acerca de tales límites implícitos es que solo pueden aceptarse en Derecho cuando en la reforma constitucional no participa el pueblo, de manera definitiva, mediante referéndum, en la reforma constitucional, pues, de lo contrario, si solo participan en la reforma los representantes del pueblo, cabe sostener, coherentemente, que esos representantes carecen de poder para anular aquello a lo que representan: la soberanía popular. Pues tal soberanía resultaría violada tanto cuando se modificase su sujeto, extirpándose al pueblo una parte de él (secesión territorial) o cuando se eliminase su carácter de soberano, estableciéndose un Estado no democrático. Por una cuestión de principio, los poderes constituidos, incluso actuando en la reforma constitucional, no pueden disponer de la soberanía. Ello solo puede hacerlo, ateniéndose, claro está, al procedimiento establecido, el poder constituyente popular, por supuesto si la constitución lo ha permitido al no establecer expresamente límites materiales para reformarla.

Por ello, y en ausencia de cláusulas expresas de intangibilidad, si es el pueblo, en referéndum, el que definitivamente aprueba la reforma, parece coherente sostener que no cabe oponer límites materiales implícitos a tal decisión. De manera que si lo que se realiza mediante la revisión constitucional es el abandono, por el soberano, de la propia democracia, tal decisión habría que entenderla jurídicamente válida. Esa ha sido hasta ahora, y sigue siéndolo, mi opinión⁹, aunque sé que no es muy compartida entre los autores que se han dedicado a la materia. Ahora bien, tal decisión, dogmáticamente válida, no sería, sin embargo, teóricamente legítima,

8 Sobre todo en *Constitución, democracia y control*, ob. cit., pp. 11-35 y 66-78.

9 Que vengo sustentando desde hace muchos años. Para mayor detalle argumentativo me remito a mi libro ya citado *Constitución, democracia y control*, en especial pp. 11-35.

pues el producto de la revisión ya no podría llamarse constitución, esto es, constitución democrática (que es la única constitución auténtica). La crítica que, sin duda, merecería una decisión así, por contradictoria con la teoría de la constitución democrática, no cabe hacerla, a mi entender, desde el plano del Derecho sino desde el plano de la política, o más exactamente, de las ideas y la práctica políticas. Me parece claro que, desde ese plano, o si queremos desde las razones, no de la dogmática constitucional, sino de la política constitucional, tal cambio sería sumamente reprochable y, con toda seguridad, lamentable para el pueblo que haya adoptado esa válida pero ilegítima decisión, pero el Derecho, por sí solo, no puede remediarla. Solo la cultura constitucional y la conciencia cívica pueden ponerle coto. Lo que nos conduce nuevamente a la constatación de que para tratar de las reformas constitucionales no valen únicamente los argumentos del Derecho, siendo también necesarios los argumentos de la política, o dicho en otras palabras, a recordar que la preservación de la constitución no se logra solo por sus garantías jurídicas (siendo estas tan necesarias), sino también por sus garantías políticas y sociales.

6. LOS LÍMITES HETERÓNOMOS DE LA REFORMA

Además de los límites que se han venido exponiendo, que son autónomos o internos, en cuanto que derivan, o pueden derivar, de la constitución nacional (de su texto o incluso de su significado), cabe encontrar otro tipo de límites que son heterónomos, puesto que proceden o pueden proceder de fuera del ordenamiento estatal como consecuencia de dos fenómenos actuales: la globalización económica y la integración de determinados Estados en entidades políticas supranacionales. En el primer caso, se trata de límites *de facto*, pero a nadie se le escapa que determinadas reformas constitucionales pueden ser muy efectivamente impedidas por el dominio que sobre las economías nacionales ejercen el mercado internacional y sus instituciones. En el segundo caso, se trata de límites jurídicos, pues la sumisión a un ordenamiento superior al estatal, como sucede en los países de la Unión Europea, hace que sus constituciones nacionales no puedan, mediante su reforma, introducir cambios que contradigan lo estipulado en ese Derecho de la Unión, si es que quieren seguir perteneciendo a ella. Aunque la opción de separarse y recuperar la plenitud de soberanía ya es por sí sola un riesgo de tal magnitud que muy pocos Estados europeos están en disposición de correr.

Cuestión enlazada con esta, pero bien distinta, es la sumisión de determinados Estados a tratados (convenios o pactos) supranacionales de Derechos, como sucede en Europa con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en América con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ambos casos, la sumisión está garantizada por la existencia de un tribunal supranacional y el reconocimiento estatal de su jurisdicción. Ahora

bien, la compulsión que ello suponga como límite a la reforma de las respectivas constituciones estatales tiene, al menos en mi opinión, una naturaleza diferente y un menor grado de eficacia jurídica que el derivado de la pertenencia a una auténtica Comunidad de Derecho, como es el caso de la Unión Europea.

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

En todo caso, el control de las garantías jurídicas de la reforma constitucional está (o debe estar) encomendado a la justicia constitucional. Incluso en países (por ejemplo, España) donde expresamente no está atribuida esa competencia al Tribunal Constitucional, creo que ha de entenderse que la tiene, derivada implícitamente de su reconocimiento constitucional y legal como supremo intérprete y guardián jurídico de la Constitución. Lo contrario significaría despojar de la condición de normas jurídicas los preceptos de la Constitución sobre su propia reforma.

Tal control lo será, siempre, por motivos formales, esto es, para juzgar sobre si se ha seguido o no el procedimiento constitucionalmente previsto para la reforma. Pero también puede serlo, además, por razones de fondo, o lo que es igual, por motivos materiales, allí donde la Constitución posee cláusulas de intangibilidad o cuando, no habiéndolas (como es el caso de España) existen dos procedimientos: uno más agravado para la revisión total de la Constitución o la modificación de partes determinadas (las nucleares) de la misma, que a ese procedimiento especial (que exige, además, y necesariamente, el referéndum popular) están reservadas, y otro más sencillo o menos agravado para la modificación de cualesquiera otros preceptos constitucionales. En el primer supuesto, el control de constitucionalidad solo puede serlo, a mi juicio, por motivos formales. En el segundo, además de por motivos formales, puede ser el control por motivos materiales, esto es, por haber modificado materias reservadas al otro procedimiento más agravado; aunque, en realidad, también podría decirse que incluso en este caso los motivos cabría entenderlos como formales: no haberse seguido el procedimiento constitucionalmente previsto.

Descartadas las opiniones que sostienen la impertinencia del control de constitucionalidad de la reforma, pues descansan en la concepción, jurídicamente insostenible, de que hay una parte de la constitución (la relativa a la reforma) que no es constitución, esto es, que carece de fuerza de obligar, el problema más arduo que plantea el control constitucional de la reforma reside en su enjuiciamiento en relación con los límites materiales implícitos (ya he dicho que no me plantea problemas el enjuiciamiento por motivos formales e incluso por motivos materiales si existen cláusulas de intangibilidad). Mi opinión ya la he adelantado: ese enjuiciamiento debe ser posible si en el poder de reforma no ha participado directamente la soberanía popular mediante referéndum. Y es muy discutible en caso contrario,

pues el razonamiento del órgano jurisdiccional, que, basado en límites materiales implícitos, siempre habrá de descansar, más que el Derecho Constitucional, en la Teoría Constitucional, podría ser más controvertido por las fuerzas políticas y la sociedad si el pueblo (en el que reside la soberanía) ya se ha pronunciado sobre la reforma. Y en consecuencia, la legitimidad del órgano jurisdiccional de control puede quedar seriamente afectada. Nuevamente estamos en presencia, y esa es una constante en los problemas de la reforma constitucional, de la necesidad de enfocarlos no solo a través de consideraciones jurídicas, sino también, y muy especialmente, mediante consideraciones políticas.

8. LAS EXIGENCIAS POLÍTICAS DE LA REFORMA

Es claro que, mediante la reforma de la constitución, esta puede adaptarse a nuevas circunstancias, corregir pasados errores que la experiencia haya mostrado, mejorar el texto e, incluso, modificar radicalmente algunas de sus partes. Pero igualmente es claro que la finalidad de la reforma no es destruir la constitución sino adaptarla, esto es, contribuir a su permanencia. Estas consideraciones de política constitucional no deben olvidarse, como tampoco que no debe salirse de la Constitución para cambiarla, o lo que es igual, que es indeseable abrir nuevos períodos constituyentes, salvo, quizás, en los supuestos en que la rigidez es tan extrema que la reforma se hace prácticamente imposible; pero de una rigidez así no hay ejemplos, creo, en el Derecho comparado, donde existen, por supuesto, exigencias de un consenso altamente superior al de la mayoría para reformar las constituciones, pero no barreras de tal calibre que la hagan imposible. En tal sentido, los requisitos de mayorías reforzadas de las cámaras, incluso de dos tercios o tres cuartos, la necesidad de pronunciamiento en dos legislaturas sucesivas, la realización de referéndum, etc. no pienso que puedan considerarse exageradas, sobre todo en aquellos ordenamientos en los que no existen cláusulas de intangibilidad constitucional. Lo que conduce también a otra reflexión acerca de la conveniencia de no introducir en el texto constitucional regulaciones de excesivo detalle o de cuestiones secundarias, salvo que se prevean dos procedimientos de reforma: uno más sencillo, aunque, claro está, más difícil que el de la reforma de las leyes, para cuestiones no nucleares respecto de la forma de Estado, y otro notablemente más agravado cuando sean esas cuestiones nucleares las que pretendan cambiarse.

La Constitución tiene, por principio, vocación de estabilidad, y sus garantías políticas y sociales descansan en el hecho de que la constitución sea generalmente aceptada y respetada. Por ello, cuando se decide reformarla, ha de ponerse especial cuidado en que esas garantías no decrezcan respecto del nuevo texto que se pretende poner en vigor. Por ello, cabe considerar como exigencias políticas de la reforma el que esta se haga con prudencia, con suficiente maduración, con alto

consenso social y político y con solvencia técnica. Nada es más contrario a la idea de la Constitución democrática que las llamadas constituciones de partido, o la de utilizar un proyecto de reforma como pura bandera electoral, o la de improvisar reformas sin la necesaria reflexión y preparación.

La Constitución es un instrumento muy delicado, que exige tocarlo con prudencia y con pericia. Y con sumo respeto. El capricho, la improvisación, la parcialidad política, el descuido por las consecuencias económicas y sociales de la reforma constitucional no son aconsejables a la hora de llevarla a cabo, pues la reforma constitucional, y esto no importa repetirlo una vez más, no tiene por objeto abandonar la constitución, sino, por el contrario, conservarla, introduciendo en ella las medidas necesarias para afianzarla, dotándola de mayor eficacia jurídica, precisamente para adecuarla a nuevas circunstancias, o para subsanar las deficiencias que la práctica hubiese detectado, pero siempre cuidando, por supuesto, de que mediante la reforma se mantenga, e incluso, si es posible, se amplíe, el consenso político y social que toda constitución democrática requiere.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, MANUEL. “Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. *Constitución, democracia y control*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. “La reforma constitucional: procedimientos, límites y control”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. “La Constitución como paradigma”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- BRYCE, JAMES. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- JELLINEK, GEORG. *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Argentina, 1970.

RUTI TEITEL*

Constitucionalismo y transiciones

Este escrito se ocupa de la relación entre constitucionalismo, cambio y transiciones. Para comenzar, es preciso resaltar la relación existente entre el constitucionalismo y los valores de cambio y discontinuidad, es decir, la relación presente entre constitucionalismo y transformación. Así, en términos generales, es posible identificar constituciones y constitucionalismo de cambio y de no cambio.

La Constitución de los Estados Unidos ha sido un referente global y ha fungido como un modelo de constitución durante muchas décadas. Pues bien, tal como lo desearon y diseñaron quienes la escribieron, esta Constitución es justamente un texto político de no cambio, de estabilidad. Los *founding fathers* de esta constitución siempre comentaron y discutieron en sus escritos sobre las constituciones de Roma y de las ciudades griegas. Estas constituciones antiguas se caracterizaron por su breve vigencia y por su carácter realmente transitorio. Por esta razón, los *founding fathers* siempre las tuvieron presentes y, en consecuencia, pretendieron que la nueva Constitución de EE. UU. tuviere una vocación de permanencia.

¿Qué Constitución es paradigma de cambio? Como ejemplo de este tipo de constituciones se cita constantemente la sudafricana. En efecto, la Constitución de Sudáfrica se caracteriza por ser un texto dinámico y atado a la transición política de este país. No obstante, existen también otras constituciones denominadas “militantes”, las cuales se proponen generar procesos de transformación y la superposición de una cultura democrática sobre una cultura constitucional precaria en valores democráticos. Ejemplos de este tipo de constitucionalismo se encuentran en Alemania y otros países europeos. Tras la Segunda Guerra Mundial, varios países de Europa aprovecharon tal coyuntura política para introducir principios y mecanismos de control a la sociedad y a la democracia siempre que precisamente la voluntad democrática atentara contra las libertades y derechos fundamentales de las personas. Justamente, el denominado *basic law* de Alemania contiene tales cláusulas.

Recientemente, también se han reportado algunas experiencias de este constitucionalismo militante. Las experiencias constitucionales de la primavera árabe y, en particular, de Egipto, se enmarcan dentro de este concepto de constitucionalismo. Pues bien, estos casos también ejemplifican intentos constitucionales de establecer controles a la sociedad y a la democracia en aras de salvaguardar principios constitucionales como los derechos fundamentales.

Tras mencionar tales ejemplos, es preciso resaltar que existen al menos dos dimensiones de las relaciones entre el constitucionalismo, las transiciones políticas y la justicia transicional. En primer lugar, la Constitución de EE. UU. y las constituciones del siglo XX tuvieron como eje fundamental y preocupación básica el poder del Estado y buscaban dar respuesta a regímenes autoritarios; el texto constitucional se concebía como un conjunto de límites a la acción del Estado y, por

* Profesora de la Universidad de Nueva York.

lo tanto, las libertades públicas se concebían como derechos negativos. Esta idea de constitucionalismo como límite al accionar del Estado también está presente en la Convención Europea de Derechos Humanos y en otras constituciones europeas de la segunda posguerra. Justamente, la ponderación, el balance y la proporcionalidad surgen en el marco de una preocupación latente en el constitucionalismo, relativa a limitar el poder del Estado.

En segundo lugar, el constitucionalismo del siglo XXI representa otro estadio distinto: el entendimiento del constitucionalismo como *lex publicae*. Justamente, este estadio está caracterizado por una influencia mutua entre constitucionalismo y justicia transicional. Si bien en las escuelas de abogacía los cursos de Derecho constitucional y Derecho internacional se presentan como independientes, lo cierto es que tales áreas están intrínsecamente relacionadas. En efecto, ha existido mucha influencia recíproca entre ambas áreas del Derecho; las cortes de ambos órdenes y sus decisiones, en muchas ocasiones, surten efectos en las dos esferas: doméstica e internacional. Ello ha conllevado un gran esfuerzo de conceptualización sobre la influencia de otras áreas del Derecho en el constitucionalismo.

Tras la Guerra Fría, se registró una oleada de transiciones políticas que generó un cambio en el constitucionalismo y las Constituciones. Sudáfrica es, de nuevo, un referente de este movimiento. No obstante, en América Latina y Europa del Este también existen otros ejemplos de transiciones que implicaron cambios constitucionales. En este último grupo de países, dicho movimiento constitucional estuvo muy ligado al colapso de la Unión Soviética y la crisis del comunismo a nivel global. Pero, ¿cómo cambió el constitucionalismo en este periodo?

Este periodo se caracterizó por una gran influencia del dinamismo del proyecto de transformación y transición política sobre las constituciones. Normalmente, los balances sobre la transición y el constitucionalismo de Sudáfrica están asociados a concepciones ligadas al *ubuntu*¹ y la reconciliación. No obstante, es preciso resaltar que tales iniciativas de reconciliación fueron parte activa del nuevo proyecto constitucional. En efecto, este nuevo proyecto constitucional se desarrolló en paralelo a las iniciativas de justicia transicional, como la Comisión de la Verdad y la Reconciliación.

¿Por qué es importante resaltar esta relación entre proyecto constitucional y justicia transicional? Porque la legitimidad de todo el proyecto de transformación política estuvo sustentada en el consenso social generado justamente por un proceso de transición desarrollado en dos etapas y que contó finalmente con la ratificación popular.

Justamente por esas características, se ha intentado exportar (o implantar en otros lugares) el modelo sudafricano de relación entre constitucionalismo, tran-

1 Es un término de la lengua *nguni bantu* para describir la “amabilidad humana”.

sición política y justicia transicional. Ante tales iniciativas, es preciso tener en cuenta que ese modelo es producto de su particular contexto social, así como de la muy excepcional relación entre el proceso constitucional y el proyecto de transición que se desarrolló en Sudáfrica. Así, pese a las dificultades relacionadas con su emulación, el modelo sudafricano resulta de utilidad para entender otros contextos u otras transiciones que carecen bien de un proyecto constitucional o de una transición política.

Esta relación entre proyecto constitucional y transición política es susceptible de ser analizada desde dos perspectivas distintas. De un lado, una idea de Constitución basada en una perspectiva de cambio, esto es que pretende cambiar el pasado. O, de otro lado, una idea de Constitución basada en una perspectiva de conservación, es decir, con la pretensión de dotar de estabilidad y darle continuidad al proyecto constitucional.

Habida cuenta de lo anterior, resulta necesario señalar que también en América Latina existen muchos ejemplos de transiciones políticas en las que las Cortes Constitucionales ocuparon un lugar preponderante, tal como ocurrió en Sudáfrica. En esta región, incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un especial rol al pronunciarse sobre las leyes de amnistía y las decisiones sobre verdad y reconciliación. En tales términos, guardadas las diferencias, los casos de Sudáfrica y Argentina son susceptibles de ser analizados en paralelo.

Retomando el caso sudafricano, la tensión entre el constitucionalismo de continuidad y constitucionalismo de transformación fue amplia. A pesar de que en Sudáfrica se registró un proyecto de transformación, lo cierto es que no se implementaron juicios ni programas de reparación. Pues bien, tal tensión fue llevada directamente a la Corte Constitucional de Sudáfrica y esta señaló que “este es nuestro constitucionalismo, esta idea de transformación política está completamente vinculada con valores de *ubuntu* y de humanidad que la sociedad sudafricana eligió al cambiar la Constitución”.

Así, la pregunta que surge al respecto es si es posible escindir el proyecto constitucional y el proyecto de transición política. Dado el desarrollo del Derecho internacional, en particular el de ciertos tribunales como la Corte Penal Internacional y algunas cortes de derechos humanos, se ha empezado a crear una suerte de *Common Law* o *customary law* sobre la justicia transicional, representada en famosos casos como Barrios Altos (Perú) y otros en contra de Uruguay, Chile y, recientemente, Brasil.

Esta dinámica normativa amerita la siguiente consideración. Todos estos casos y precedentes han surgido en periodos de normalidad, de no transición, y reabren debates o dilemas del pasado de estas sociedades. De esta manera, estas dinámicas revelan un contraste entre dos periodos. De un lado, el periodo en que estas cuestiones eran domésticas y competían únicamente a la democracias y a las

instituciones internas. De otro lado, particularmente con el advenimiento del siglo XXI, periodo en que estas cuestiones no solo competen a las instituciones domésticas o a la democracia interna, con lo cual se ha generado cierta inestabilidad legal.

Este último escenario pone de presente la cuestión relativa a cómo podrían dotarse de legitimidad democrática y constitucional las decisiones sobre transiciones habida cuenta de los límites normativos propios del Derecho internacional. Al respecto, es innegable la existencia de otros centros de toma de decisiones y de deliberación, ante lo cual la cuestión difícil es determinar cómo influyen los unos en los otros. En estos términos, lo único que puede ser afirmado con total certeza es el surgimiento de un nuevo orden o Derecho global.

Este nuevo orden global no es, a mi juicio, un orden normativo y central, tal como lo describe el gran filósofo Jürgen Habermas, ni un orden global del que los Estados Unidos están aislados, tal como lo señala el juez Stephen Breyer. No existen instituciones centralizadas ni un gobierno global. Incluso Naciones Unidas esta constituida, en sus órganos básicos, por los representantes de los países que la integran. Así, la decisión relativa al cambio y su intensidad se ha desplazado de terrenos domésticos y políticos a terrenos internacionales y judiciales, con lo cual la relación entre constitucionalismo y transformación política se torna aún más interesante.

Para finalizar, formulo la siguiente pregunta: ¿Los proyectos políticos de transición solo son realizables a través del constitucionalismo o dichos proyectos se pueden llevar a cabo mediante otras formas normativas o de contrato social?

CARLOS BERNAL PULIDO*

*El argumento del poder constituyente y la naturaleza
del poder para sustituir la Constitución*

SUMARIO

i. La sustitución de la Constitución. ii. El poder para sustituir la Constitución y el poder constituyente. iii. La naturaleza de la naturaleza. iv. La sustitución de la Constitución y el argumento del poder constituyente. v. Un análisis crítico del argumento del poder constituyente.

I. LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo menos desde la paz de Westfalia, la sustitución de la Constitución ha sido la manera habitual de ejercer el poder de creación constitucional. Durante los últimos 40 años, por ejemplo, Iberoamérica ha sido un campo fértil para las sustituciones constitucionales. En Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Uruguay, República Dominicana y Venezuela se han expedido nuevas constituciones que sustituyen a las anteriores. Las razones han sido variadas: la transición a la democracia (como en España y en Chile)¹, el restablecimiento de la democracia tras un golpe de Estado (como en Guatemala mediante la expedición de la Constitución de 1985), la búsqueda del fin de una situación de anomia (como en Colombia)², o los lamentables intentos de presidentes con tendencias autoritarias de instaurar nuevas constituciones menos democráticas que les facilitarían perpetuarse en el poder o aminorar o eludir controles judiciales o políticos (como en Venezuela, Bolivia o Ecuador)³.

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Doctor en Filosofía por la Universidad de la Florida; especialista en Derechos Humanos del Instituto Internacional de los Derechos Humanos René Cassin, Strasbourg (France) y Magíster en Filosofía por la Universidad de la Florida. Profesor de Derecho Constitucional y Jurisprudencia en la Universidad Externado de Colombia.

1 Cfr. Sobre España: JUAN J. LINZ, “La transición española en perspectiva comparada”, en JAVIER TUSELL Y ALVARO SOTO (eds.), *Historia de la transición, 1975-1986* (Madrid: Alianza, 1996) 21-45, y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El texto constitucional”, en: JOAQUÍN PRIETO, SANTOS JULIÁ DÍAZ y JAVIER PRADERA (coord.), *Memoria de la transición* (Madrid: Taurus, 1996) 328-331; y, sobre Chile: HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”, 6 (2) *Estudios constitucionales* (2008) 325-370.

2 El concepto de anomia fue configurado por ÉMILE DURKHEIM para referirse a la inexistencia de normas o a la incapacidad de las normas para guiar a la sociedad. Cfr. *Le suicide. Étude de sociologie* (1897) (Paris: Les Presses Universitaires de France, 2a ed., 1967) libro 1, capítulo v. Cfr. Sobre la anomia en las circunstancias que rodearon la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991: JORGE ANDRÉS HERNÁNDEZ, “La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional”, 79 *Colombia Internacional* (2013) 49-76 en la p. 56.

3 DAVID LANDAU denomina a este fenómeno constitucionalismo abusivo. Cfr. Un análisis de estos casos en: “Abusive Constitutionalism”, 47 *University of California Davis Law Review* (2013) 189-200, en la p. 195. Tiene traducción al castellano de María José Viana Cleves, en: DAVID LANDAU, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 15-160.

Una sustitución constitucional es el reemplazo de una Constitución por otra distinta. Una sustitución constitucional puede tener lugar por medio de procedimientos previstos en la Constitución –como, por ejemplo, la convocatoria a una Asamblea Constituyente o a un referéndum– o por vías extra-constitucionales⁴, casi siempre incitadas o iniciadas por movimientos populares⁵.

La sustitución de una Constitución se diferencia conceptualmente de la reforma constitucional. La reforma ajusta o introduce modificaciones menores a algunos elementos de la constitución. En contraste, la sustitución es un cambio total o parcial del texto de la constitución de gran “trascendencia y magnitud”⁶, que reemplaza uno o varios elementos esenciales del modelo de Estado⁷, o que altera la “estructura básica de la Constitución”⁸. Mientras la reforma busca preservar la identidad y la continuidad de la constitución existente, la sustitución es antagónica a ella. En este

- 4 Cfr. RICHARD ALBERT, “Nonconstitutional Amendments”, 22 (1) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2009, p. 10-11: “Los cambios constitucionales extraconstitucionales derivan su legitimidad de fuentes externas al texto de la constitución”, como, por ejemplo, la apelación al concepto de autodeterminación del pueblo.
- 5 Un ejemplo reciente de este tipo de sustituciones constitucionales se encuentra en los movimientos de la primavera árabe. Cfr. Al respecto, el informe de WILLIAM PARLETT, “The Dangers of Popular Constitutional Making”, publicado en la página de Internet de la Brookings Institution en diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2012/12/constitution-making-partlett/11-constitution-making-partlett.pdf>. (15.07.2015). Cfr. Asimismo, CATHERINE TURNER, “Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring”, 64 (2) *International and Comparative Law Quarterly* (2015) 267-291.
- 6 Cfr. Sobre este aspecto: Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-551/2003, M. P. EDUARDO MONTELAEGRE LYNETT; y C-1200/2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Asimismo, GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, 18 *Revista de Derecho del Estado* (2006) p. 10.
- 7 La tesis según la cual si una reforma reemplaza un elemento esencial o “definitorio” de la constitución no puede catalogarse como reforma sino como sustitución ha sido una constante en la doctrina de la sustitución de la Constitución, creada y utilizada por la Corte Constitucional de Colombia. Cfr. Sobre este aspecto, las Sentencias C-970/2004, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL; C-971/2004, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; C-1040/2005, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; C-588/2009, M. P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO; C-141/2010, M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; C-397/2010, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ; C-574/2011, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ; C-170/2012, M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO; C-249/2012, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ; C-288/12, M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; C-317/2012, M. P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA; C-1056/2012, M. P. NILSON PINILLA PINILLA; C-010/2013, M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; C-579/2013, M. P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB; y C-577/2014, M. P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.
- 8 Desde el caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, la Corte Suprema de la India ha sostenido que el poder de reforma constitucional que ostenta el Parlamento no comprende la competencia de alterar la estructura básica de la constitución. En *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, la Corte Suprema asoció el concepto de estructura básica con la idea de “identidad” de la Constitución. Con todo, una pregunta aun sin una respuesta clara es: ¿Qué elementos forman parte de dicha estructura? Cfr. Al respecto: SUDHIR KRISHNASWAMY, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 71 y ss. Sobre la doctrina de la estructura básica en perspectiva comparada, cfr. AHARON BARAK, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, 44 *Israeli Law Review*, 2011, pp. 321-341.

sentido, es anticonstitucional⁹. Busca menoscabar el orden constitucional vigente de una forma pacífica o violenta.

II. EL PODER PARA SUSTITUIR LA CONSTITUCIÓN Y EL PODER CONSTITUYENTE

Las constituciones escritas adquieren existencia por medio de un acto fundacional. Este acto, como explican Martin Loughlin y Neil Walker, “pretende instituir una asociación política al establecer un marco de gobierno y definir los elementos esenciales del vínculo político entre el pueblo (los ciudadanos del Estado) y las autoridades”¹⁰. La sustitución de la constitución es un caso específico de acaecimiento de este acto fundacional.

¿Quién lleva a cabo ese acto fundacional? Una respuesta consabida para este interrogante es: el pueblo mediante el ejercicio del poder constituyente¹¹. Esta concepción entiende el poder de sustitución constitucional como una especie del poder constituyente¹². Aquí me referiré a ella como la concepción del poder constituyente. De acuerdo con esta concepción, como poder constituyente, el poder de sustitución constitucional es fundacional, jurídicamente ilimitado y soberano.

Primero, este poder es fundacional, se sostiene, porque es la fuente primigenia de la autoridad jurídica¹³. De este modo se rompe la circularidad inmanente al fundamento de la autoridad jurídica, a saber, que una autoridad es jurídica solo si una norma de este tipo le atribuye competencia para serlo; y una norma solo puede ser jurídica si ha sido creada por una autoridad de esta índole. Esta circularidad se elimina, sin originar a su vez un regreso al infinito, si se acepta que existe una autoridad prejurídica capaz de crear la constitución. De este carácter fundacional deriva, a su vez, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, así como la sujeción de estos a aquel. Los poderes constituidos derivan su autoridad

9 Cfr. RICHARD ALBERT, “Nonconstitutional Amendments”, ob. cit., p. 10.

10 MARTIN LOUGHLIN y NEIL WALKER, “Introduction”, en: Id. (eds), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 1-8, en la p. 3.

11 La creación o sustitución de una constitución no es la única forma de ejercicio del poder constituyente. En la literatura se encuentran alusiones a otras. Un ejemplo es la autoridad absoluta del Parlamento inglés representar al pueblo británico. Cfr. Al respecto: MARTIN LOUGHLIN, “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice”, en: *The Paradox of Constitutionalism*, ob. cit., pp. 27-48.

12 Como ha mostrado JOEL COLÓN-RÍOS, aunque los orígenes del concepto de poder constituyente pueden encontrarse en el derecho inglés de mediados del Siglo XVII, la caracterización del poder del pueblo para crear o sustituir una constitución como una especie de ejercicio del poder constituyente proviene de la revolución francesa. Cfr. Al respecto: “Five Conceptions of Constituent Power”, 130 *Law Quarterly Review*, 2014, p. 307.

13 MARTIN LOUGHLIN, “The Concept of Constituent Power”, 13 (2) *European Journal of Political Theory*, 2014, pp. 218-237, p. 219.

jurídica del poder constituyente, y deben sujetarse a los límites jurídicos, formales y materiales de la competencia que este les confiere.

Segundo, la concepción del poder constituyente sostiene que, como tal, a diferencia de los poderes constituidos, el poder para crear o sustituir la Constitución es jurídicamente ilimitado¹⁴. Sieyès denotó esta propiedad al sostener que el poder constituyente no solo está desvinculado “de la Constitución, sino que tampoco puede ni debe serlo”¹⁵, pues es de él de donde emana todo el Derecho. El poder constituyente no está sujeto a límites jurídicos formales ni materiales. Es libre para crear una constitución o para sustituir la constitución existente y para dotarla del contenido que a bien tenga mediante cualquier procedimiento. Así lo pregonó Carl Schmitt, para quien el poder constituyente, en el que estriba el fundamento de la validez de la Constitución¹⁶, es una “decisión” o “voluntad política” que, sin sujeción a límites jurídicos, define “el tipo y la forma” del ente político en el que un pueblo se constituye¹⁷.

Por último, la concepción del poder constituyente cataloga al poder para crear o sustituir una Constitución como soberano, al señalar que, como poder constituyente, ostenta la autoridad suprema para crear normas jurídicas y que ninguna otra autoridad puede invalidar sus decisiones. Como ha mostrado Andreas Kalyvas¹⁸, la atribución de la soberanía al poder constituyente supuso una mutación del entendimiento original de la soberanía como “el poder superior para mandar”, que fuera fraguado por Jean Bodin¹⁹. La soberanía del poder constituyente²⁰ no es un poder para imponer un mandato sino una competencia para crear normas jurídicas²¹.

14 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts”, en: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991), pp. 90-112.

15 EMMANUEL-JOSEPH SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789) (Paris: Pagnerre, 1839) 132. Cabe aclarar que para SIEYÈS el titular del poder constituyente no era el pueblo sino la nación.

16 CARL SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928) (Berlín: Duncker & Humblot, 5a ed., 1970), p. 22.

17 Ídem, 82.

18 ANDREAS KALYVAS, “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”, 12 (2) *Constellations* (2005) 223-244, en la p. 225.

19 JEAN BODIN, *Les six livres de la République* (1583) (Paris: Librairie Générale Française, 1993) 74.

20 ANDREAS KALYVAS, “Constituent Power”, en: *Political Concepts: A Critical Lexicon*. Disponible en Internet en: <http://www.politicalconcepts.org/constituentpower/> (10.07.2015).

21 La diferencia entre las dos concepciones es patente. Ella puede ilustrarse mediante una referencia a la distinción entre mandato y norma jurídica que se situó en el centro del debate entre JOHN AUSTIN y H.L.A. HART. De acuerdo con Austin, el derecho es un conjunto de mandatos. Un mandato es la expresión de un deseo del soberano, de que alguien lleve a cabo o se abstenga de algún acto. Esta expresión suele estar respaldada por la amenaza de una sanción que se impondrá al destinatario en caso de que no obedezca el deseo. *Cfr.* JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, WILFRID E. RUMBLE (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) 21. En contraste, la existencia de una norma supone, de acuerdo con HART, que la desviación de lo prescrito por un estándar de conducta dé lugar a la crítica y a la imposición de sanciones; que la crítica a la desviación y la imposición de sanciones sea considerada como legítima, justificada o fundada en buenas razones; y el denominado aspecto interno de las normas, es decir, que los agentes “consideren al comportamiento establecido por la norma como un estándar general que debe ser obedecido por el grupo

El poder para sustituir una constitución es, sin lugar a dudas, una manifestación de poder de creación constitucional. Por ello, de él se ha predicado la concepción del poder constituyente. En lo que no existe acuerdo en la literatura es en cuanto a si el poder de reforma de la constitución es una especie del poder constituyente. Carré de Malberg, por ejemplo, considera que así es²², y distingue entre el poder constituyente dentro del marco del establecimiento de la primera Constitución del Estado, por una parte, y dentro del marco de un Estado ya formado, por otra²³, y explica las características del poder constituyente del órgano legislativo –la Asamblea Nacional– para llevar a cabo reformas constitucionales de acuerdo con lo previsto por la Constitución²⁴. En contra de esta postura, por ejemplo, Carl Schmitt sostiene que las instituciones que ejercen el poder de reforma de la Constitución no ostentan el poder constituyente de forma permanente²⁵.

Dentro de este contexto, el objetivo de este escrito es responder a la pregunta de si la caracterización del poder para sustituir una constitución como emanación del poder constituyente es plausible. Como se muestra en la sección III, a la caracterización del poder para sustituir la constitución como una especie del poder constituyente –fundacional, ilimitado y soberano– se ha aludido recientemente en la práctica para justificar el acaecimiento de algunas sustituciones constitucionales, así como la imposición de límites al poder de reforma de la constitución. No obstante, el poder para sustituir una constitución ni es ni debe ser ilimitado, así como tampoco es soberano ni fundacional –en el sentido de que opere *ex nihilo*– (sección IV). Como consecuencia, y esta es la tesis central que aquí se defiende, no es plausible caracterizar el poder para crear o sustituir la constitución como una especie del poder constituyente. Esta caracterización es conceptualmente incoherente y normativamente incorrecta.

III. LA NATURALEZA DE LA NATURALEZA

Antes de proceder, sin embargo, es preciso llevar a cabo una aclaración metodológica acerca de la perspectiva desde la que se lleva a cabo el presente análisis. Sobre este aspecto, la pregunta pertinente es: ¿Qué se entiende por ‘naturaleza’ cuando se indaga sobre la ‘naturaleza del poder para sustituir la Constitución’?

social”. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 55-66. La atribución de la soberanía del poder constituyente implica reconocer su competencia para establecer estándares de conducta con estas propiedades.

22 Cfr. RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, Paris: Recueil Sirey, 1922, tomo 2.

23 Cfr. Ídem, pp. 489-490 y 492-495.

24 Cfr. Ídem, pp. 501 y ss. y 568 y ss.

25 Cfr. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), ob. cit., p. 100.

El poder de sustitución de una Constitución puede estudiarse desde una pluralidad de perspectivas. En cada jurisdicción se suelen llevar a cabo estudios históricos que dan cuenta de los acontecimientos que rodearon una determinada sustitución constitucional²⁶. A la vez, desde el punto normativo, se trata de establecer qué condiciones debe satisfacer una sustitución constitucional para ser democrática o legítima. Desde esta óptica, se trata de establecer criterios para evaluar la legitimidad procesal de los procesos de sustitución constitucional—referidos, sobre todo, a la inclusión real del mayor número de ciudadanos posibles y a las posibilidades efectivas de deliberación—²⁷, así como la legitimidad de la sustancia del texto constitucional resultante—sobre este aspecto, los criterios suelen versar sobre la institucionalización de los derechos humanos y de los principios del Estado de Derecho y de la democracia deliberativa, así como sobre la creación de instituciones que posibiliten una protección constitucional efectiva de los ciudadanos—²⁸. Junto a ello, desde la perspectiva estratégica, se pregunta: ¿Cómo debe diseñarse la sustitución constitucional—el proceso y la elección de los contenidos constitucionales— para obtener ciertos resultados favorables en términos democráticos y de respeto a los derechos humanos en la comunidad política que se constituye?²⁹. La mirada comparada, por su parte, se ocupa de contrastar diversos modelos de sustitución constitucional para establecer un electo de las mejores prácticas³⁰. Junto a ello, la perspectiva conceptual escudriña cuáles son las diferentes concepciones existentes del concepto de sustitución constitucional, y la ontológica de indagar acerca de la naturaleza de un acto de esta índole.

A este respecto, por ‘naturaleza’ se entiende la identificación de las condiciones necesarias y suficientes que un fenómeno debe cumplir para poder ser denominado apropiadamente con un determinado concepto³¹. En este sentido, por ejemplo, Joseph Raz y Robert Alexy han afirmado que la elucidación de la naturaleza del Derecho implica enunciar un conjunto de “proposiciones acerca del Derecho que

26 Cfr. Por ejemplo, un estudio histórico del proceso en el que se fraguó la Constitución Política de Colombia de 1991: JAIME BUENAHORA FEBRES-CORDERO, *El proceso constituyente*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.

27 Cfr. ANGELA M. BANKS, “Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities”, 49 *William & Mary Law Review*, 2008, p. 1.046.

28 Cfr. CLAUDE KLEIN y ANDRÁS SAJÓ, “Constitution-Making: Process and Substance”, en: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 419-425.

29 Cfr. Una interesante contribución desde este punto de vista en: TOM GINSBURG, ZACHARY ELKINS y JUSTIN BLOUNT, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, 5 *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, pp. 201-223.

30 Cfr. Por ejemplo, sobre esta perspectiva: XENOPHON CONTIADES (ed), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Londres, Routledge, 2012.

31 Cfr. JULES COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis,” en Id. (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 108.

sean necesariamente verdaderas”³² o afirmar “de manera necesaria, verdades acerca del Derecho”³³. Algo es necesariamente verdadero si, y solo si, es verdad en todos los mundos posibles. Entonces, en relación con la naturaleza del Derecho, las proposiciones necesariamente verdaderas no pueden ser todas sus propiedades –incluidas las contingentes³⁴– sino solo aquellas sin las cuales el Derecho no sería tal, sino un fenómeno distinto. Se trata, entonces, de esclarecer las propiedades que confieren a un fenómeno su “identidad”³⁵ o, en otras palabras, las propiedades “esenciales”³⁶. Si se utiliza este marco conceptual para el fenómeno de la sustitución de la constitución, deberá decirse que la aproximación ontológica pretende, entonces, elucidar las propiedades esenciales de un acto de sustitución constitucional.

En este artículo se conectan tres perspectivas: la ontológica, la conceptual y la normativa. El objetivo central es ontológico, es decir, elucidar cuáles son las propiedades esenciales de un acto de sustitución constitucional. Sin embargo, la vía más plausible para comprender dichas propiedades es el análisis del concepto de sustitución constitucional. De esa forma, se parte de la base de que las propiedades esenciales que componen la realidad de un acto de sustitución constitucional pueden captarse mediante la comprensión de este concepto. El presupuesto básico de esta metodología consiste en aceptar que los conceptos median entre el pensamiento y la realidad que ellos describen³⁷, de tal manera que por medio de ellos el pensamiento puede acceder a la realidad a la que se refieren³⁸.

A esta conexión entre las perspectivas ontológica y conceptual se suma la conexión entre las perspectivas ontológica y normativa. Tenía razón Carlos Santiago Nino cuando señalaba que la elucidación de conceptos atinentes a competencias jurídicas, como la de sustituir la constitución, no tiene una finalidad científica descriptiva sino también necesariamente un propósito normativo. Dicha elucidación

32 Cfr. JOSEPH RAZ, “Can There Be a Theory of Law?,” en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNDSON (eds), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2005) 324–325. Tiene traducción al castellano como: JOSEPH RAZ, “¿Puede haber una teoría del derecho?,” en ROBERT ALEXY, JOSEPH RAZ y EUGENIO BULYGIN, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

33 Cfr. ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law,” 21 *Ratio Juris* 3, 2008, p. 284. Tiene traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido en: ROBERT ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.

34 Cfr. Sobre de la distinción entre verdades necesarias y contingentes acerca del derecho: JULIE DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 18.

35 Cfr. SCOTT SHAPIRO, *Legality*, Cambridge Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 10. Tiene traducción al castellano de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ledaña como: SCOTT SHAPIRO, *Legalidad*, Barcelona, Marcial Pons, 2014.

36 Cfr. JOSEPH RAZ, “Can There Be a Theory of Law?,” ob. cit., p. 324.

37 Cfr. Sobre este aspecto: SCOTT SHAPIRO, *Legality*, ob. cit., capítulo primero.

38 Cfr. KENNETH EINAR HIMMA, “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy,” en MICHAEL FREEMAN and ROSS HARRISON (eds.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 4.

persigue justificar actos y decisiones³⁹. Por ejemplo, el elucidar la competencia para sustituir una constitución que tiene una determinada Asamblea Constituyente –cuya convocatoria no había sido prevista en la constitución vigente– implica necesariamente llevar a cabo justificaciones acerca del carácter vinculante o no de los actos de dicha asamblea⁴⁰. En este sentido, resulta incuestionable la pertinencia de la tesis de Dworkin, según la cual la descripción de cualquier fenómeno central del Derecho ni es ni puede ser neutral⁴¹. Se trata, más bien, siempre de una “interpretación” fundada en juicios y convicciones de la moral política⁴². En ese sentido, el análisis acerca de la naturaleza del poder para sustituir la constitución implica necesariamente consideraciones provenientes de la filosofía política.

IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y EL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE

Algunas de las sustituciones constitucionales que han tenido lugar en las últimas décadas –sobre todo en América Latina– se han llevado a cabo por vías extraconstitucionales, es decir, por medio de mecanismos no previstos en la Constitución vigente. La intervención de los más altos tribunales de justicia para validar estos procesos de sustitución constitucional ha sido crucial en algunos de estos casos⁴³. Este hecho no debe extrañar. Como sugiere Andrew Arato, los tribunales de justicia y, en especial, las cortes constitucionales, son instituciones idóneas para garantizar la transparencia procesal en los procesos de creación constitucional⁴⁴. En sus decisiones, al menos en varios casos representativos, estos altos tribunales han invocado la caracterización del poder para sustituir la constitución como un caso especial de ejercicio del poder constituyente –fundacional, ilimitado y soberano– como argumento para justificar la sustitución de la constitución por vías

39 Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, en EUGENIO BULYGIN, MARTÍN DIEGO FARRELL, CARLOS SANTIAGO NINO y EDUARDO RABOSI (eds.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 353.

40 Ídem., p. 361. NINO sugiere que una elucidación semejante solo puede llevarse a cabo mediante justificaciones construidas con “juicios de adhesión normativa, que presuponen tanto juicios acerca de principios morales [... así] como juicios fácticos acerca de la vigencia de normas jurídicas”.

41 Cfr. RONALD DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 140-141. Tiene traducción al castellano de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno como: *La justicia con toga*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

42 Cfr. RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 404. Tiene traducción al castellano de Horacio Pons como: *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

43 Cfr. FRANCISCO SOTO BARRIENTOS, “Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, 12 (1) *Estudios Constitucionales*, 2014, pp. 397-428, en la p. 403.

44 ANDREW ARATO, “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, 22 *International Journal of Politics, Culture and Society*, 2009, pp. 427-443, en la p. 433.

extraconstitucionales. Aquí es pertinente considerar dos ejemplos: uno proveniente de Colombia y el otro de Venezuela.

En la Sentencia 138 de 9 de noviembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia de Colombia controló la constitucionalidad del Decreto 1926 de agosto del mismo año, mediante el cual se dictaban medidas para que el pueblo convocara a una “asamblea nacional” para que reformara la Constitución Nacional de 1886, entonces vigente. Esta constitución no preveía la posibilidad de reforma mediante una Asamblea Constituyente. El decreto regulaba el número de miembros de la asamblea, el temario que esta institución debía considerar y el procedimiento que debía seguirse para expedir una nueva Constitución. La Corte Suprema sostuvo que el mencionado Decreto se ajustaba a la Constitución al convocar esta asamblea extraconstitucional, pero no al imponerle límites que excedían aquellos establecidos por el pueblo en la votación mediante la cual se había manifestado a favor de dicha convocatoria (el 27 de mayo de 1990). Según el argumento capital de la sentencia, “la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados”⁴⁵. “Como la nación colombiana es el constituyente primario —continúa la Corte—, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba”⁴⁶. “Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos”⁴⁷. De estas premisas derivó la Corte Suprema de Justicia la conclusión de que el pueblo, mediante el ejercicio de su poder constituyente primario, soberano e ilimitado, podía sustituir la Constitución Nacional de 1886 por un mecanismo no previsto en ella⁴⁸.

La Corte Suprema de Justicia de Venezuela invocó un argumento similar en 1999. Tras su elección como presidente en 1998, Hugo Chávez anunció la convocatoria de una Asamblea Constituyente, un mecanismo de cambio constitucional no previsto por la Constitución de 1961, entonces vigente⁴⁹. Un grupo de ciudadanos solicitó a la Corte Suprema de Justicia interpretar el artículo 181 de la Ley

45 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Colombia, *Sentencia 138, de 9 de noviembre de 1990*, M. P. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA y FABIO MORÓN DÍAZ.

46 *Ídem.*

47 *Ídem.*

48 *Cfr.* Un análisis de la sentencia en su contexto en: GONZALO ANDRÉS RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 437 y ss.

49 *Cfr.* Sobre este proceso constituyente: CARLOS M. AYALA CORAO, “Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007”, en: JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA (ed.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 333-405.

Orgánica del Sufragio y Participación Política. Dicho artículo atribuía al presidente la competencia para “convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”⁵⁰. Los solicitantes preguntaron a la Corte si en ejercicio de tal competencia, el presidente podría organizar un referendo para que el pueblo decidiera sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente con el fin de sustituir la constitución. En el Fallo n.º 17 de 19 de enero de 1999^[51], la Corte invocó la concepción del poder constituyente. Sostuvo que “El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional”. A diferencia del poder de reforma de la Constitución, el Poder Constituyente Originario “es previo y superior al régimen jurídico establecido”. Se trata de un poder que no está “subrogado permanentemente al Poder Constituido”. El artículo 4 de la Constitución de 1961 atribuía la soberanía al pueblo. Es cierto que el ejercicio de dicha soberanía se delega a los poderes constituidos. Con todo, el pueblo siempre retiene su soberanía. Por ello, el pueblo conserva “su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo”. El poder constituyente originario no puede considerarse incluido en los procedimientos de reforma constitucional. No puede impedirse su ejercicio con el argumento de que el mecanismo por medio del cual se quiere ejercer –por ejemplo, un referéndum– no está previsto en la Constitución. “Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario –concluye la Corte– el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aun cuando estos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente”.

El 2 de febrero de 1999, el presidente Chávez expidió el Decreto número 3, mediante el cual ordenó llevar a cabo “un referéndum para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente”. Este decreto fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia y dio lugar a varias sentencias que decidieron litigios concernientes al método de elección de la Asamblea, a si esta institución debía respetar algún tipo de límites y a las competencias de los poderes constituidos existentes⁵². La Corte apeló de nuevo a la concepción del poder cons-

50 El texto de dicha disposición era el siguiente: “El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, El Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros presentes, o un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional. La celebración de los referendos en materias de interés propio de los Estados y Municipios se registrará por lo establecido en las normas que los rigen, respectivamente”.

51 Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Fallo n.º 17 de 19 de enero de 1999, M. P. HUMBERTO J. LA ROCHE.

52 *Cf.* Sobre los entresijos de este proceso constituyente a partir del Decreto dictado por Chávez, el análisis crítico

tituyente para argumentar que la Asamblea Constituyente tenía un poder “supra-constitucional” ilimitado para reformar la estructura de los poderes constituidos⁵³. De esta forma, la Corte Suprema permitió el cierre de las principales instituciones estatales existentes, incluso de ella misma⁵⁴.

V. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARGUMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE

En la teoría del Derecho son bien conocidas las críticas a la teoría del poder constituyente. Carlos Santiago Nino se refirió a ella como un “serio trastorno conceptual que afecta el pensamiento de juristas y jueces”⁵⁵. No es mi objetivo aquí llevar a cabo una diatriba en contra de esta teoría. Más bien, me limitaré a señalar cuáles son los problemas que suscita aludir a ella para dar cuenta de la naturaleza del poder de sustitución constitucional, por medio del que antes denominé el argumento del poder constituyente.

El problema principal consiste en que, según el argumento del poder constituyente, el poder de sustitución constitucional es ilimitado. Este predicado no es correcto. El poder de sustitución constitucional ni es ilimitado –tiene límites conceptuales–, ni debe ser ilimitado –tiene límites normativos–.

En cuanto a lo primero, los límites conceptuales derivan de dos argumentos: el argumento del resultado y el argumento de la competencia.

El argumento del resultado sostiene que el poder de sustitución constitucional está limitado porque, como el propio concepto lo indica, es un poder para sustituir una constitución por otra. Esto quiere decir que el resultado del ejercicio del poder de sustitución constitucional no puede ser cualquier tipo de arreglo institucional, sino solo uno reconocible como una constitución. En este sentido, el arreglo institucional resultante debe contener por lo menos tres elementos: la protección de derechos fundamentales, el principio del Estado de Derecho, y el principio de separación de poderes. Este contenido mínimo que debe tener un arreglo institucional reconocible como constitución está enraizado en la cultura

de: ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 117 y ss. Asimismo, DAVID LANDAU, “Abusive Constitutionalism”, ob. cit., pp. 205 y ss.

53 Caso Vicepresidente del Congreso de la República vs. Asamblea (Decreto 25-8-99), Oct. 14, 1999 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plenaria). Publicado en: 77-80 *Revista del Derecho Público*, 1999, p. 111.

54 ALLAN R. BREWER-CARIÁS, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, 77-80 *Revista de Derecho Público* (1999) p. 502. Asimismo, ALLAN R. BREWER-CARIÁS, *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 59.

55 Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, ob. cit., p. 40.

jurídica del Derecho continental⁵⁶ desde los Artículos 2 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El Artículo 2 establece que la finalidad de todas las asociaciones políticas [creadas por medio de una Constitución] es la preservación de los derechos del individuo. De acuerdo con el Artículo 16, una “sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. La intuición que subyace a estos artículos es que el uso apropiado del concepto de constitución se refiere a un conjunto de normas que establecen los poderes políticos en una forma en que están separados, y en la cual su ejercicio está regulado por el Derecho y debe respetar los derechos fundamentales. Una constitución no puede dejar de tener estos elementos sin transformarse en una entidad de un tipo diferente. Por consiguiente, el poder de sustitución constitucional no tiene competencia para expedir un cuerpo normativo que establezca una institucionalidad carente de por lo menos estos tres elementos esenciales del concepto de constitución.

Por su parte, el argumento de la competencia sostiene que el poder de sustitución constitucional está limitado porque este poder es una competencia jurídica y todas las competencias jurídicas tienen una limitación. Este argumento puede comprenderse si se toman en cuenta cuatro aspectos. Primero, el poder de sustitución constitucional no implica la existencia de un poder fáctico —la capacidad efectiva de imponer normas constitucionales— sino, sobre todo, la competencia jurídica para crearlas. Por ello, segundo, aun si un poder de sustitución constitucional fuese fácticamente ilimitado —por ejemplo, se trata de una autoridad con influencia absoluta sobre el resto de los individuos—, de ello no podría derivar una competencia jurídica ilimitada para crear normas constitucionales de cualquier contenido. Como lo advirtió de manera preclara Genaro Carrió, una derivación semejante incurre en la falacia naturalística, pues pretende que un enunciado atinente al mundo del deber se siga lógicamente de un enunciado concerniente a aspectos del mundo del ser⁵⁷. Tercero, toda competencia jurídica —y más aún la competencia para crear una constitución— es necesariamente limitada. Es una competencia solo para llevar a cabo ciertas acciones autorizadas. La propia idea de constitución está basada sobre el presupuesto de que toda expresión del Derecho y todo ejercicio de un poder jurídico, o en otros términos, de una competencia jurídica, debe ser limitada. Esto es así porque la idea de constitución se fundamenta en el reconocimiento de que los individuos tenemos una libertad natural originaria, para cuyo ejercicio en la colectividad debe ser regulada por el Derecho, pero solo en cuanto sea estrictamente necesario. Como es bien sabido, esta idea emergió originalmente en el campo de la

56 En el *Common Law* es posible que una Constitución no tenga un catálogo de derechos fundamentales. La Constitución australiana es un ejemplo de ello.

57 GENARO CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973, pp. 48 y ss.

Filosofía Política en tiempos de la Ilustración, en momentos en que se discutía el origen del Estado, y la justificación de la coerción. Los filósofos que defendían la teoría contractualista del Derecho natural afirmaban que los seres humanos han sido dotados con libertad, y que esta libertad antecede a toda asociación política. De acuerdo con la obra pionera de Locke, en el Estado de naturaleza, cada ser humano es “amo y señor de sí mismo y de sus posesiones”⁵⁸. Todo individuo puede ejercer su libertad sin restricción alguna. Sin embargo, en este “estado de barbarie” –como lo llamaba Kant–, la libertad de los seres humanos es susceptible de una constante usurpación por la ley de la sobrevivencia del más fuerte⁵⁹. Por lo tanto, los individuos se ven en la necesidad de adherir a un pacto civil, por medio del cual someten el ejercicio de su libertad al imperio de la ley. A cambio, el Estado se obliga a proteger sus vidas, su libertad y sus propiedades. En este esquema, entonces, la libertad personal debe ser protegida en la sociedad civil como algo inherente a cada individuo. El Estado tiene la facultad de restringir la libertad mediante la Constitución y el Derecho para satisfacer exigencias que emanan de los derechos de otros individuos⁶⁰, o del bien común⁶¹. Sin embargo, el mayor disfrute posible de la libertad debe ser la regla general, y las limitaciones estatales a la libertad deben ser la excepción y deben circunscribirse solo a alcanzar el fin perseguido por ellas. Esta finalidad únicamente se consigue si conceptualmente se asume que las competencias de las autoridades estatales, incluidas aquellas que ejercen el poder de sustitución constitucional, son siempre limitadas. Por ello, cuarto, todas las competencias de creación constitucional, individuales o colectivas, tienen límites. Los individuos que participan como electores en referendos o en la elección de miembros de asambleas constituyentes tienen la competencia limitada de optar por las opciones del referendo o de votar por los candidatos de su predilección, dentro del marco de las reglas electorales que se tracen para tal fin. Asimismo, las asambleas constituyentes suelen tener un mandato claro, delimitado desde el punto de vista temático y, en algunas ocasiones –como en el caso de la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Constitución Política de Colombia de 1991–, limitado en el tiempo (esa Asamblea tenía como fecha límite para la expedición de la Constitución el 4 de julio de 1991).

58 JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Libro II, Capítulo 5, Párrafo 44, 298.

59 IMMANUEL KANT, ‘Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose’, en *Kant: Political Writings*, ed. Hans Reiss, y trad. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 47.

60 Según KANT, “El derecho no es más que la limitación de la libertad de unos, de tal manera que su libertad pueda coexistir con la mía de acuerdo con una ley universal”. Cfr. “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’” (trad. alt.) en IMMANUEL KANT, *Kant: Political Writings*, ob. cit., pp. 75-76.

61 LOCKE afirma que el poder del legislador está “limitado por el bien común de la sociedad”. Cfr. JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, ob. cit., Libro II, Capítulo XI, Párrafo 135, p. 357.

El poder de sustitución constitucional también tiene unos límites normativos. Estos límites existen porque las constituciones son entidades intencionales. Son entidades de creación humana. Nosotros, el pueblo, actuando mancomunadamente de forma intencional, las creamos, bien por medio de una declaración solemne relativa a la validez de un determinado conjunto de enunciados escritos (en el caso de las constituciones escritas) o por medio de una práctica social en la que participamos (en el caso en que la constitución es un conjunto de reglas no escritas). Asimismo, como ocurre con todas las entidades intencionales⁶², nosotros creamos las constituciones con ciertos propósitos específicos, tales como la solución de los problemas más profundos de coordinación y nuestros problemas morales básicos cuyas soluciones son objeto de discusión y contienda⁶³. Es posible resolver este tipo de problemas de variadas formas. Cada proceso de creación constitucional y cada constitución implican una decisión acerca de la adopción de un cierto sistema político que implica una manera particular de resolver estos problemas morales básicos y estos problemas profundos de coordinación.

En el proceso de sustitución de una constitución se adoptan dos tipos de decisiones que son relevantes desde el punto de vista normativo. Por una parte, se decide la forma en que se va a institucionalizar un sistema político mediante el proceso de sustitución constitucional. Por otra, se eligen los arreglos institucionales que conformarán dicho sistema político y que quedarán incorporados en el texto de la constitución. En el sentido en que lo apunta la teoría de Carl Schmitt, es innegable que estas decisiones son hechos sociales contingentes, a saber, son el resultado del ejercicio del poder fáctico de quien domine la escena política durante el proceso de sustitución constitucional. Pero, además, el ejercicio del poder de sustitución constitucional también tiene una dimensión crítica o ideal⁶⁴. En esta dimensión, este poder necesariamente eleva una pretensión de corrección relativa a la elección del procedimiento de sustitución y en cuando a la adopción de un determinado sistema político, en el sentido de que dicho sistema respetará ciertos principios básicos de justicia. Esta pretensión está implícita en el propio ejercicio del poder de sustitución de la Constitución. Si se me permite una paráfrasis de un conocido texto de Alexy, sería absurdo que, por ejemplo, una Asamblea Constituyente decretara en su primer día de funcionamiento: esta Asamblea, en representación del pueblo, sustituirá la constitución existente mediante un procedimiento injusto⁶⁵. También sería absurdo que dicha Asamblea, al cabo de sus

62 Cfr. Una explicación de las instituciones sociales como entidades fundadas en acciones intencionales colectivas en: JOHN SEARLE, *Making the Social World*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en especial el capítulo 1.

63 Cfr. Sobre este propósito del derecho: SCOTT SHAPIRO, *Legality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2011, p. 170.

64 ROBERT ALEXY, "The Dual Nature of Law" 23 (2) *Ratio Juris*, 2010, p. 167.

65 Ídem, p. 170.

labores, estableciera en el preámbulo de la Constitución que expide algo como lo siguiente: esta Asamblea, en representación del pueblo, expide esta Constitución que institucionaliza un sistema político injusto⁶⁶. Como explica Alexy, estos dos enunciados contienen un absurdo que deriva de una contradicción performativa, es decir, la contradicción que se forma entre la pretensión implícita consistente en aprobar la Constitución mediante un procedimiento justo y de establecer un sistema político justo, que la Asamblea eleva mediante sus expresiones, y lo que explícitamente declara, es decir, que el sistema político que establece es injusto o que así lo será el procedimiento de sustitución constitucional. La existencia de esta contradicción pone de manifiesto que la sustitución de una Constitución implica que el poder de sustitución constitucional necesariamente debe pretender adoptar un sistema político correcto mediante un procedimiento correcto.

La pregunta es entonces, como evaluar, primero, si un procedimiento de sustitución constitucional es correcto, y segundo, si el arreglo institucional que resulta de la sustitución constitucional es correcto. Sobre estos aspectos, el rasero de corrección política más apropiado que se conoce en el constitucionalismo democrático actual es el que deriva del concepto de democracia deliberativa. A pesar de que existe un fuerte debate acerca del concepto de democracia deliberativa⁶⁷, en general se entiende como un sistema que establece un ideal de legitimidad política que, en lo que concierne al objeto de este trabajo, puede aplicarse tanto al proceso de sustitución constitucional como a su resultado. En este sentido, debe entenderse que el procedimiento de sustitución constitucional será legítimo, en la dimensión ideal, si se estructura como un procedimiento discursivo, inclusivo de todas las personas a quienes la expedición de la constitución les concierne—que deben poder participar directamente o por medio de sus representantes— y en el que las decisiones políticas se justifiquen y se adopten por medio de un intercambio público de argumentos esgrimidos con racionalidad e imparcialidad⁶⁸. *Mutatis mutandi*, el arreglo institucional resultante de la sustitución de la constitución será legítimo no solo si reconoce tres elementos esenciales genéricos de una Constitución (derechos fundamentales, el principio del Estado de Derecho y el principio de separación de poderes), sino también si favorece la institucionalización de la democracia deliberativa en la comunidad política por medio del establecimiento de la garantía de determinados derechos fundamentales (tales como los de libertad personal,

66 Ídem, p. 170.

67 Cfr. CRISTINA LAFONT, “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, en SAMANTHA BESSON y JOSÉ LUIS MARTÍ (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 3-25.

68 JON ELSTER, “Introduction”, en Id. (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) 8. También: AMY GUTMAN y DENNIS THOMSON, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

libertad de expresión y libertad de asociación política, entre otros) y por medio de particulares procedimientos democráticos de toma de decisiones políticas⁶⁹.

Asimismo, la relevante doctrina ha enfatizado en que el Derecho internacional de los derechos humanos representa un límite para el poder de sustitución constitucional, tanto en relación con el procedimiento para su ejercicio como en cuanto al resultado⁷⁰. Esta tesis es correcta. En el marco de este análisis, sin embargo, el respeto por el Derecho internacional de los derechos humanos ya está incluido dentro del concepto de democracia deliberativa –que implica reconocer los derechos humanos de los participantes en el discurso– como en el concepto de constitución –que institucionaliza los derechos humanos mediante su transformación en derechos fundamentales–⁷¹.

Más interesante es el límite que el marco internacional y transnacional sobre la justicia transicional impone a los procesos de sustitución constitucional y que no está comprendido en los conceptos de democracia deliberativa y de Constitución explicados hasta el momento. Este límite es muy relevante desde el punto de vista práctico, dado que una buena parte de los procesos de sustitución constitucional tienen lugar en el marco de un proceso de justicia transicional. De acuerdo con el Secretario General de la Naciones Unidas, el concepto de justicia transicional hace referencia a un conjunto de “procedimientos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por dar término a una larga historia de abusos a gran escala, en aras de garantizar la responsabilidad, servir a la justicia y alcanzar la reconciliación”⁷². En la mayoría de los casos, una transformación formal o informal del marco constitucional de la sociedad en transición acompaña a la creación y el empleo de estos procedimientos y mecanismos. En la transición, una sociedad que ha sufrido una violación severa y sistemática de los derechos humanos persigue su distanciamiento del pasado y la reparación y restablecimiento de las instituciones públicas dentro de un marco constitucional, regido por el principio del Estado de Derecho, que permita obtener los objetivos de responsabilidad, justicia y reconciliación⁷³. Desde el punto de vista de la filosofía política, mediante la justicia transicional se busca restablecer la legitimidad del Estado que se ha perdido o que ha sido menoscabada a causa de la violación de los derechos humanos por parte de

69 ROBERT ALEXY, “Discourse Theory and Human Rights”, 9 *Ratio Juris*, 1996, pp. 209-235.

70 Cfr. JORGE TAPIA VALDÉS, “Poder constituyente irregular: los límites meta-jurídicos del poder constituyente originario”, 6 (2) *Estudios Constitucionales* (2008) 121; y MATTHIAS J HERDEGEN, “Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany’s Recent Confrontation with the Past”, 32 *Columbia Journal of Transnational Law* (1994-1995), p. 605.

71 Cfr. ROBERT ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, 30 *Doxa*, 2007, pp. 237-248.

72 United Nations Secretary-General, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies” (2004). Disponible en: <http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (04.03.2015).

73 JUAN E. MÉNDEZ, “Constitutionalism and Transitional Justice”, en: MICHEL ROSENDELFF y ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 1271.

los organismos del Estado o del fracaso de la organización política en impedir que otros agentes perpetraran violaciones significativas de los derechos humanos⁷⁴. Para lograr este fin, la justicia transicional implica la introducción de cambios políticos radicales. Es de esperarse que como resultado de tales cambios emerja un nuevo marco constitucional que pueda ofrecer una nueva legitimidad al Estado.

Es cierto que no existe en los tratados internacionales una regulación vinculante en materia de justicia transicional que pueda considerarse como un límite jurídico para las autoridades que llevan a cabo una sustitución constitucional. Sin embargo, por una parte, el Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, de 23 de agosto de 2004^[75], provee un marco conceptual apropiado para la comprensión de la naturaleza de los procesos y mecanismos de la justicia transicional. Este informe establece como elementos principales de la justicia transicional la aplicación del Derecho penal y la implementación de mecanismos idóneos para el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la reforma institucional y la prohibición de participación política futura para agentes que hayan perpetrado violaciones a los derechos humanos⁷⁶. Por otra parte, los pilares del sistema jurídico internacional, esto es, el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario⁷⁷, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los refugiados, incluyen un conjunto de estándares mínimos que no pueden ser desconocidos en un proceso de justicia transicional. Como quiera que los países latinoamericanos son miembros del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos⁷⁸, en nuestra jurisdicción y en otras del subcontinente también son vinculantes

74 STEPHEN WINTER, "Towards a Unified Theory of Transitional Justice", 7 *International Journal of Transitional Justice*, 2013, p. 226.

75 United Nations Secretary-General, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies" (2004), disponible en: <http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (13.05.2016). Otros documentos internacionales sobre temas relacionados con la justicia transicional son: UN Commission on Human Rights, "Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity", E/CN.4/2005/102/Add.1, February 8, 2005 y los informes adjuntos de D. Orentlicher, "Independent Study on Best Practices, Including Recommendations, to Assist States in Strengthening Their Domestic Capacity to Combat All Aspects of Impunity", E/CN.4/2004/88, February 27, 2004 y "Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity", E/CN.4/2005/102, February 18, 2005 (disponibles en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement> (13.05.2016)); y: UN General Assembly, "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", A/RES/60/147, March 21, 2006. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (13.05.2016).

76 United Nations Secretary-General, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies" (2004), disponible en: <http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf> (13.05.2016) 9.

77 Sobre las exigencias del derecho internacional humanitario atinentes a la justicia transicional, *cf.* ELIZABETH SALMÓN G., "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana", 88 (862) *International Review of the Red Cross*, 2006, pp. 1-30.

78 Sobre las fuentes primarias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la justicia transicional,

los estándares mínimos establecidos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en su jurisprudencia que, como en las sentencias de los ya citados casos *Barrios Altos* y *Almonacid*, ha reconocido el derecho de las víctimas a la reparación (a pesar de la existencia de una ley de amnistía válida en el Derecho interno), y los informes 28 y 29 de 1992 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay⁷⁹. Asimismo, son relevantes las consideraciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha formulado sobre algunos de los mecanismos de justicia transicional establecidos en el Marco Jurídico para la Paz actual de Colombia, sobre todo en cuanto a la posibilidad de que la estrategia de priorización de la investigación penal solo hacia los máximos responsables implique la renuncia “a la investigación y procesamiento de serias violaciones a los derechos humanos” y sea “en principio incompatible con las obligaciones del Estado” frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸⁰.

El Derecho transnacional sobre la justicia transicional especifica aún más este marco conceptual y otros estándares mínimos de observancia obligatoria. Las autoridades encargadas de la sustitución constitucional en medio de una transición operan en un ambiente transnacional en el que no pueden desconocer las estructuras de Derecho internacional y transnacional, ni las referencias al Derecho comparado⁸¹. El Derecho transnacional relacionado con la justicia transicional establece que los mecanismos de procesamiento penal, esclarecimiento de la verdad, reparación, reforma institucional y prohibición de participación política futura a actores del conflicto, deben implementarse e interpretarse de una forma holística, es decir, dentro de un sistema que en su conjunto está diseñado para alcanzar ciertas metas. Estas metas son la reparación de las víctimas, la promoción de la confianza cívica

cf.: ARIEL E. DULITZKY, “The Inter-American Commission on Human Rights”, en: *Victims Unsilenced The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America* (Washington: Due Process of Law Foundation, 2007) 129-150; y DOUGLAS CASSEL, “The Inter-American Court of Human Rights”, en el mismo volumen, en las pp. 151-166. También existen algunas fuentes atinentes a la justicia transicional en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la materia, *cf.*: EVA BREMS, “Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights”, 11 *International Journal of Transitional Justice*, 2005, pp. 282-303.

79 Inter-American Commission of Human Rights, Annual Report 1992-93, Report 28/92, Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, and 10.311, Argentina, October 2, 1992, and Report 29/92, Cases 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374, and 10.375, Uruguay, October 2, 1992.

80 Inter-American Commission of Human Rights, *Annual Report 2014*, Capítulo 5, 572.

81 Sobre este concepto de derecho transnacional, *cf.*: VICKI C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press, 2009) 63. Sobre el derecho constitucional transnacional, *cf.*: MARK TUSHNET, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, 49 *Virginia Journal of International Law*, 2009, pp. 985-1.006.

y la reconciliación, el fortalecimiento de la democracia⁸², la obtención de la paz⁸³, el castigo a los delincuentes, la adopción de medidas adecuadas para “obligar la restitución de propiedades adquiridas de forma ilegítima”⁸⁴, la restitución de tierras, la reconstrucción colectiva e incluyente de la nación⁸⁵, y la reparación a vulneraciones de los derechos económicos y sociales⁸⁶.

Estos marcos jurídicos, internacional y transnacional, establecen límites normativos insoslayables a las autoridades que en medio de un proceso de justicia transicional pretendan sustituir una constitución.

Por último, aquí también es preciso refutar el argumento del poder constituyente por caracterizar al poder de sustitución constitucional como un poder soberano y fundacional. En cuanto a lo primero, a la tesis de la soberanía del poder de sustitución constitucional –según la cual el poder de creación constitucional ostenta la autoridad suprema para crear normas jurídicas y ninguna otra autoridad puede invalidar sus decisiones– puede esgrimirse una objeción fáctica y una conceptual. Desde el punto de vista fáctico, relacionado con el ser del Derecho y de la institucionalidad jurídica y política nacional e internacional, es evidente que existen autoridades nacionales e internacionales con competencia para controlar el respeto de los límites conceptuales y normativos por parte de quienes sustituyen la Constitución. En el plano nacional, cada vez tienen más relevancia las actuaciones de tribunales constitucionales y supremos en los procesos de cambio constitucional. En el plano internacional, tanto los tribunales regionales de derechos humanos como la Corte Penal Internacional pueden asumir competencia para hacer efectivos, por lo menos algunos de los límites normativos al poder de sustitución constitucional atinentes, respectivamente, al respeto de los derechos humanos, y al respecto del Derecho penal internacional en tiempos de justicia transicional. Además, desde el punto de vista conceptual, si se analiza con detenimiento se llegará a la conclusión de que la tesis de la soberanía del poder de sustitución de la constitución implica una contradicción en los términos. De acuerdo con esta tesis, como poder constituyente,

82 PABLO DE GREIFF, “Theorizing Transitional Justice”, en MELISSA WILLIAMS, ROSEMARY NAGY, y JON ELSTER (eds), *Transitional Justice*, Nueva York y Londres, New York University Press, 2012, pp. 31 y ss.

83 J. ELSTER, “Justice, Truth, Peace”, ob. cit., 80. Cfr. También: CATHERINE TURNER, “Delivering Lasting Peace, Democracy and Human Rights in Times of Transition: The Role of International Law”, 2 *International Journal of Transitional Justice*, 2008, p.142.

84 ERICA. POSNER y ADRIAN VERMEULE, “Transitional Justice as Ordinary Justice”, 117 (3) *Harvard Law Review*, 2004, p. 764.

85 Cfr.: WILL KYMLICKA, “Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism”, en P. ARTHUR (ed.), *Identities in Transition: Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 303-333.

86 DIANA SANKEY, “Towards Recognition of Subsistence Harms: Reassessing Approaches to Socioeconomic Forms of Violence in Transitional Justice”, 8 *International Journal of Transitional Justice* (2014) 121-140; e ISMAIL MUVINI, “Sitting on Powder Kegs: Socioeconomic Rights in Transitional Societies”, 3 *International Journal of Transitional Justice*, 2009, p. 163-182.

quien tiene poder para sustituir una Constitución es una “autoridad suprema”. Esta expresión implica una contradicción en los términos porque si alguien es una autoridad es porque está autorizada para algo. Si está autorizada es porque recibió una autorización de alguien diferente. Y si una autoridad recibió una autorización de alguien diferente, por definición, ya no puede ser suprema —será supremo aquel que concedió la autorización—.

En fin, esta contradicción se vincula con la tesis del carácter fundacional. Como Bruce Ackerman ha sostenido en el ámbito de la teoría constitucional⁸⁷, los procesos de creación constitucional no parten de una *tabula rasa* sino que tienen lugar en medio de una institucionalidad previa. Algunos elementos de dicha institucionalidad previa se adaptan de una manera no ortodoxa. Esta adaptación sirve como catalizador del cambio de sistema constitucional. Es por ello que el poder de sustitución constitucional no opera *ex nihilo*. Dicho poder ni es ni puede ser totalmente prejurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE. *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, vol. 2, 2000.
- ALBERT, RICHARD. “Nonconstitutional Amendments”, 22 (1) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2009.
- ALEXY, ROBERT. “¿Derechos humanos sin metafísica?”, 30 *Doxa*, 2007.
- ALEXY, ROBERT. “Discourse Theory and Human Rights”, 9 *Ratio Juris*, 1996.
- ALEXY, ROBERT. “On the Concept and the Nature of Law”, 21 *Ratio Juris* 3, 2008.
- ALEXY, ROBERT. “The Dual Nature of Law” 23 (2) *Ratio Juris*, 2010.
- ARATO, ANDREW. “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, 22 *International Journal of Politics, Culture and Society*, 2009.
- AUSTIN, JOHN. *The Province of Jurisprudence Determined*, WILFRID E. RUMBLE (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- AYALA CORAO, CARLOS M. “Venezuela: De la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007”, en JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA (ed.), *Procesos constituyentes*

87 BRUCE ACKERMAN sostiene que en todo proceso de revolución o sustitución constitucional se lleva a cabo una “adaptación no-convencional” de instituciones preexistentes. Cfr. *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. 2, 2000, pp. 11-13.

- contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- BANKS, ANGELA M. “Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities”, 49 *William & Mary Law Review*, 2008.
- BARAK, AHARON. “Unconstitutional Constitutional Amendments”, 44 *Israeli Law Review*, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, ERST-WOLFGANG. “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts”, en: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BODIN, JEAN. *Les six livres de la République* (1583), Paris: Librairie générale française, 1993.
- BREMS, EVA. “Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights”, 11 *International Journal of Transitional Justice*, 2005.
- BREWER-CARIÁS, ALLAN R. “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción,” 77-80 *Revista de Derecho Público*, 1999.
- BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- BUENAHORA FEBRES-CORDERO, JAIME. *El Proceso Constituyente*, Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1991.
- CARRÉ DE MALBERG. *Raymond. Contribution à la Théorie Générale de l’Etat*, Paris: Recueil Sirey, 1922.
- CARRIÓ, GENARO. *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires: Astrea, 1973.
- CASO VICEPRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA VS. ASAMBLEA (Decreto 25-8-99), Oct. 14, 1999 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plenaria), en 77-80 *Revista del Derecho Público*, 1999.
- COLEMAN, JULES. “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Id. (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLÓN-RÍOS, JOEL. “Five Conceptions of Constituent Power”, 130 *Law Quarterly Review*, 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-010/2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1040/2005, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, ÁLVARO TAFUR GALVIS, y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1056/2012, M. P. NILSON PINILLA PINILLA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1200/2003, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-141/2010, M. P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-170/2012, M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-249/2012, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12, M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-317/2012, M. P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-397/2010, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-551/2003, M. P. EDUARDO MONTE-LAEGRE LYNETT.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-574/2011, M. P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-577/2014, M. P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-579/2013, M. P. JORGE IGNACIO PRE-TELT CHALJUB.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-588/2009, M. P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-970/2004, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-971/2004, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sentencia 138, de 9 de noviembre de 1990, M. P. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA y FABIO MORON DÍAZ.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE VENEZUELA, Fallo n.º 17 de 19 de enero de 1999, M. P. HUMBERTO J. LA ROCHE.
- DE GREIFF, PABLO. “Theorizing Transitional Justice”, en MELISSA WILLIAMS, ROSEMARY NAGY, y JON ELSTER (eds.), *Transitional Justice*, Nueva York y Londres: New York University Press, 2012.
- DICKSON, JULIE. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2001.
- DULITZKY, ARIEL E. “The Inter-American Commission on Human Rights”, en: *Victims Unsilenced The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*, Washington: Due Process of Law Foundation, 2007.
- DURKHEIM, ÉMILE. *Le suicide. Étude de sociologie* (1897), Paris: Les Presses Universitaires de France, 2a ed., 1967.
- DWORKIN, RONALD. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, RONALD. *Justice in Robes*, Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- EINAR HIMMA, KENNETH. “Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en MICHAEL FREEMAN and ROSS HARRISON (eds.), *Law and Philosophy. Current Legal Issues*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ELSTER, JON. “Introduction”, en Id. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- GINSBURG, TOM, ZACHARY ELKINS, y JUSTIN BLOUNT, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, 5 *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, pp. 201–223.
- GUTMAN, AMY y THOMSON, DENNIS. *Why Deliberative Democracy*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

- HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HERDEGEN, MATTHIAS J. “Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany’s Recent Confrontation with the Past”, 32 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994-1995.
- HERNÁNDEZ, JORGE ANDRÉS. “La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional”, 79, *Colombia Internacional*, 2013.
- INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS, *Annual Report 2014*.
- JACKSON, VICKI C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- KALYVAS, ANDREAS. “Constituent Power”, en *Political Concepts: A Critical Lexicon*. 10.07.2015.
- KALYVAS, ANDREAS. “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”, 12 (2) *Constellations*, 2005.
- KANT, IMMANUEL. ‘Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose’, en KANT: *Political Writings*. Ed. Hans Reiss, y trad. H. B. Nisbet, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- KLEIN, CLAUDE y SAJÓ, ANDRÁS. “Constitution-Making: Process and Substance”, en: MICHEL ROSENFELD y ANDRÁS SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KRISHNASWAMY, SUDHIR. *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KYMLICKA, WILL. “Transitional justice, federalism, and the accommodation of minority nationalism”, en P. ARTHUR (ed.), *Identities in Transition: Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- LAFONT, CRISTINA. “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, en SAMANTHA BESSON y JOSE LUIS MARTI (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Farnham: Ashgate, 2009.
- LANDAU, DAVID. “Abusive Constitutionalism”, 47 *University of California Davis Law Review*, 2013.
- LANDAU, DAVID. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el Derecho comparado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

- LINZ, JUAN J. “La transición española en perspectiva comparada”, en Javier Tusell y Alvaro Soto (eds.), *Historia de la transición, 1975-1986*, Madrid: Alianza, 1996.
- LOCKE, JOHN. *Two Treatises of Government*. Ed. Peter Laslett, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOUGHLIN, MARTIN y WALKER, NEIL. “Introduction”, en: Id. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LOUGHLIN, MARTIN. “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice”, en: *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LOUGHLIN, MARTIN. “The Concept of Constituent Power”, 13 (2) *European Journal of Political Theory*, 2014.
- MÉNDEZ, JUAN E. “Constitutionalism and Transitional Justice”, en: MICHEL ROSENDELFF y ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MUVINI, ISMAIL. “Sitting on Powder Kegs: Socioeconomic Rights in Transitional Societies”, 3 *International Journal of Transitional Justice*, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “La evolución político-constitucional de Chile 1976- 2005”, 6 (2) *Estudios constitucionales*, 2008.
- PARLETT, WILLIAM. “The Dangers of Popular Constitutional Making”, publicado en la página de Internet de la Brookings Institution en diciembre de 2012.
- POSNER, ERIC A. y VERMEULE, ADRIAN. “Transitional Justice as Ordinary Justice”, 117 (3) *Harvard Law Review*, 2004.
- RAMÍREZ CLEVES GONZALO A. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, 18 *Revista de Derecho del Estado*, 2006.
- RAMÍREZ CLEVES, GONZALO ANDRÉS. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- RAZ, JOSEPH. “Can There Be a Theory of Law?”, en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNDSON (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2005.

- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “El texto constitucional”, en: JOAQUÍN PRIETO, SANTOS JULIÁ DÍAZ y JAVIER PRADERA (coord.), *Memoria de la transición*, Madrid: Taurus, 1996.
- SALMÓN G., ELIZABETH. “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, 88 (862) *International Review of the Red Cross*, 2006.
- SANKEY, DIANA. “Towards Recognition of Subsistence Harms: Reassessing Approaches to Socioeconomic Forms of Violence in Transitional Justice”, 8 *International Journal of Transitional Justice*, 2014.
- SANTIAGO NINO, CARLOS. “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, en EUGENIO BULYGIN, MARTÍN DIEGO FARRELL, CARLOS SANTIAGO NINO y EDUARDO RABOSI (eds.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- SCHMITT, CARL. *Verfassungslehre* (1928), Berlín: Duncker & Humblot, 5a ed., 1970.
- SEARLE, JOHN. *Making the Social World*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SHAPIRO, SCOTT. *Legality*, Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, SCOTT. *Legality*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2011.
- SIEYÈS, EMMANUEL-JOSEPH. *Qu’est-ce que le Tiers-Etat?* (1789), París: Pagnerre, 1839.
- SOTO BARRIENTOS, FRANCISCO. “Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”, 12 (1) *Estudios Constitucionales*, 2014.
- TAPIA VALDÉS, JORGE. “Poder constituyente irregular: los límites meta-jurídicos del poder constituyente originario”, 6 (2) *Estudios Constitucionales*, 2008.
- TURNER, CATHEIRNE. “Delivering Lasting Peace, Democracy and Human Rights in Times of Transition: The Role of International Law”, 2 *International Journal of Transitional Justice*, 2008.
- TURNER, CATHERINE. “Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring”, 64 (2) *International and Comparative Law Quarterly*, 2015.
- TUSHNET, MARK. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, 49 *Virginia Journal of International Law*, 2009.
- UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, 2004.

WINTER, STEPHEN. "Towards a Unified Theory of Transitional Justice", 7 *International Journal of Transitional Justice*, 2013).

XENOPHON CONTIADES (ed.). *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Londres: Routledge, 2012.

SERGIO DÍAZ RICCI*

*Sobre la naturaleza jurídica de las reglas
de reforma constitucional*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Terminología: ¿Reforma o Revisión? ¿Cuál de estos dos términos es el más apropiado para mencionar correctamente a nuestra institución?
3. Peculiaridad constitucional.
4. Origen.
5. Paradoja teórica.
6. Principio de las generaciones constituyentes.
7. Naturaleza de las reglas de reforma constitucional.
8. Sentido de las normas de oferta.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de reforma constitucional, podemos hacerlo en dos sentidos: el “medio” que se emplea en el procedimiento de revisión o aquel “resultado” que se manifiesta en la modificación de algunos contenidos constitucionales (añadido, derogación o enmienda de preceptos). En otros términos, si por Reforma Constitucional se quiere aludir a la Reforma-procedimiento o a la Reforma-resultado, o como distingue González Encinar entre normas “sobre” la Reforma (procedimiento) y normas “de” Reforma¹.

La palabra “reforma” refleja el doble sentido indicado más arriba: a) como acción o proceso de modificación, y b) como efecto o resultado obtenido. En suma, por un lado, existe la acción de “reformular” (verbo)² y, por otro, un objeto “reformado” (adjetivo) o “lo reformado” (sustantivo).

* Abogado. Diploma de especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor de Derecho Público y de Derecho Constitucional Provincial de la Universidad de San Pablo, Tucumán. Profesor en universidades de Argentina, España, Brasil, Italia, México, Perú, Bolivia. Miembro de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, y de Derecho de Córdoba; Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Miembro del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Decano de la facultad de Estudios Sociales y Políticos de la USPT. Director de la Maestría en Derecho Parlamentario, USPT. Director del Instituto de Derecho Parlamentario de la UNT. Vocal del Tribunal de Cuentas. Fue legislador y Defensor del Pueblo de Tucumán. Autor de libros *Teoría de la Reforma Constitucional*, 2004; *Digesto ambiental de Tucumán, el NOA y la Nación*, 2006 y publicaciones en Argentina, España, Italia, Portugal, Perú, Colombia, México. Autor del *Código Procesal Constitucional de Tucumán*.

1 Cf. GONZÁLEZ ENCINAR, ob.cit., p. 382. Ídem LOEWENSTEIN, ob.cit., p. 164-165. Teniendo en cuenta los dos aspectos a que hace alusión el concepto de Reforma Constitucional podemos distinguir dos significados: (I) Partiendo de su dimensión procesal, MORODO señala que “la reforma constitucional es, pues, un instrumento procedimental jurídico que permite modificar, parcial o radicalmente, un sistema constitucional” (Cf. MORODO, RAÚL: “Doctrinas Políticas sobre la Reforma Constitucional” en *Estudios de Pensamiento Político*, Madrid, Ed. Túcar, 1977, p. 203).

2 El verbo “reformular” (que viene del latín *reformare*) alude a una acción de “volver a formar, rehacer”, “reparar, restaurar, restablecer, reponer”; “arreglar, corregir, enmendar, poder en orden”.

En efecto, el concepto de Reforma Constitucional comporta dos significaciones: la acción de reformar y el efecto de reformar (lo reformado). La primera identifica aquel “proceso” (formal) reglado a través del cual se lleva a cabo la actividad modificatoria. La segunda se refiere al resultado obtenido por medio de dicho procedimiento, o sea, alude a una cuestión de contenido que expresa con nuevas disposiciones constitucionales ciertos objetivos políticos. En suma, la expresión Reforma Constitucional se refiere tanto a una actividad formal-procesal (empleo del procedimiento de revisión), cuanto a un resultado formal-sustancial de creación normativa³ (las nuevas normas constitucionales sancionadas).

Las reglas de reforma constitucional que aquí nos ocuparemos se refieren a esta primera dimensión “procesal” puesto que esta nos permite desarrollar un esquema teórico y crítico con proyecciones prácticas. En cambio, el aspecto referido al “resultado”, o sea, a los contenidos concretos reformados, son aleatorios pues varían en cada caso inmerso en circunstancias históricas particulares difícilmente generalizables.

Una “Teoría de la Reforma Constitucional” es posible porque esta perspectiva procedimental nos permite arribar a algunos postulados de validez general para los sistemas de democracia constitucional. Estado Constitucional es aquel donde el poder proviene del pueblo, cuya autoridad se hace efectiva a través de una compleja técnica de actuación representativa y de control. Por ello solo en un Estado Constitucional Democrático es posible —y alcanza su verdadera dimensión y sentido— una Teoría de la Reforma Constitucional⁴.

Toda la construcción teórica de la Reforma Constitucional se apoya inescindiblemente sobre su basamento democrático. En efecto, solo el imperativo político de sostener el principio de la Soberanía del Pueblo explica, justifica y funda la técnica jurídica de la Reforma Constitucional pues, como dice De Vega, “cuando el Estado se vertebra sobre supuestos ideológicos distintos, como serían los derivados del principio monárquico frente al principio democrático, la temática de la reforma pierde todo su sentido”⁵. Desde los albores del Constitucionalismo, claramente,

3 En igual sentido, ver LOEWENSTEIN, para quien el concepto de Reforma Constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal, se entiende la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal y como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución. En este sentido es —o, por lo menos, debe serlo cada vez— modificación del texto constitucional... La Reforma Constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido (ob.cit., p. 164-165).

4 En palabras de GONZÁLEZ ENCINAR, “la teoría de la Constitución no es un *prius* de la teoría de la reforma, sino que es esta la que, en cierto modo, viene a ser un *prius* de los restantes aspectos de la teoría de la Constitución” (cf. GONZÁLEZ ENCINAR, ob.cit., p. 349, vid pp. 348/351. Ídem PEDRO DE VEGA, ob.cit., p. 24).

5 Cf. DE VEGA, PEDRO: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, ob.cit., p. 23. Ídem PÉREZ ROYO, quien afirma que “la Reforma de la Constitución sólo puede desarrollarse y llegar a alcanzar el nivel de garantía jurídica cuando el Estado es una realidad incontestable. Y en este sentido —concluye— la reforma de la Constitución, el que se puede hacer uso de ella con normalidad, es uno de los mejores índices

fue así entendido. Por ello, la Convención francesa por Decreto del 21 de marzo de 1792 sintió la necesidad de declarar “Que no puede haber más Constitución que aquella que es aceptada por el Pueblo”.

Como una primaria aproximación conceptual, podemos decir con Biscaretti Di Ruffia que “la Reforma Constitucional en sentido propio indica, por tanto, aquella actividad normativa desplegada para modificar parcial o radicalmente una Constitución rígida, valiéndose del particular procedimiento predeterminado por ella”⁶.

La Reforma Constitucional supone: un texto constitucional “escrito”⁷ que contiene un procedimiento especial (“rigidez”⁸) para alterar sus propias disposiciones constitucionales (las que, además, no pueden ser modificadas por el procedimiento legislativo ordinario)⁹; y una voluntad colectiva (imperativo) de cambio constitucional que, por razones de validez y legitimidad, pone en movimiento un mecanismo de elaboración normativa (reglas de reforma constitucional). En consecuencia, la Reforma Constitucional incorpora un factor formal a los cambios institucionales.

2. TERMINOLOGÍA: ¿REFORMA O REVISIÓN? ¿CUÁL DE ESTOS DOS TÉRMINOS ES EL MÁS APROPIADO PARA MENCIONAR CORRECTAMENTE A NUESTRA INSTITUCIÓN?

El significado etimológico de estos términos no nos arroja demasiada luz sobre la cuestión¹⁰; solo podemos colegir que mientras el término “revisión” se refiere solamente a una acción de revisar, la palabra “reforma” alude tanto a la acción como al efecto de reformar, con lo que tendríamos que esta última tiene una carga semántica más amplia, más sustancial, que aquella. Se puede revisar algo sin llegar

para medir la salud del Estado democrático de que se trate”, claro está siempre que también el procedimiento sea democrático. (“La Reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, 1986, N° 22-Primavera 1986, p. 7, nota 1).

6 Cf. BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO: *Derecho Constitucional*, ob.cit., p. 247.

7 Vid. DÍAZ RICCI, SERGIO: “Sentido y valor de una constitución escrita” en *Revista Jurídica* n.º 9 (invierno de 2005) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, 2005, pp. 164-197.

8 DÍAZ RICCI, S.: “La rigidez constitucional. Un concepto toral” en AA. VV. (Coord. CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H.; GONZÁLEZ-PÉREZ, L.R.; VALADÉS, D.): *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, Tomo IV, vol. 1, pp. 551-587.

9 Cf. PEDRO DE VEGA: “La reforma constitucional”, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978, p.220. Ídem LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Ariel, 1983, p. 170; BISCARETTI DI RUFFIA; *Derecho Constitucional*, ob.cit., p. 149-150.

10 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra “reforma” es un sustantivo femenino que se refiere a la “acción y efecto de reformar o reformarse”, o “lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora de alguna cosa”. El término “revisión”, del latín *revisio* + *-onis*, alude a la “acción de revisar”. A su vez el verbo “revisar” (del latín *re-* y *visar*) significa “ver con atención y cuidado”; “someter una cosa a un nuevo examen para corregirla, enmendarla o repararla” (Cf. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984 (20ª edición), p. 1160 y p. 1187, vol. II).

a reformar, pero no se puede reformar algo sin antes haberlo revisado y sin que efectivamente sea modificado. En suma, el concepto de reforma es más comprensivo que el de revisión, pues se refiere tanto a la actividad modificatoria en sí como al resultado de la reforma¹¹.

La locución “reforma constitucional” es la expresión usual del Derecho constitucional escrito en castellano¹²; en cambio, la palabra “revisión” es la más aceptada por un buen número de constituciones de Europa occidental.

Vamos, entonces, a mantener el uso del término “reforma constitucional”, como es habitual en el Derecho constitucional hispanoparlante.

3. PECULIARIDAD CONSTITUCIONAL

Las normas jurídicas están sujetas a dos principios generales de sustitución normativa: I. una norma superior modifica a la inferior jerárquica (*lex superior derogat inferiori*), y II. una norma posterior en el tiempo deroga a la anterior de igual rango que la contradiga (*lex posterior derogat priori*). Sin embargo, la primera regla, obviamente, no rige en el orden constitucional, porque la Constitución se ubica en la cúspide de la jerarquía normativa interna del Estado por tanto no existe ninguna otra norma superior en el Derecho interno que pueda modificarla. Aquí solo rige el principio *lex posterior derogat priori* porque solo las normas constitucionales posteriores en el tiempo, por emanar de una fuente normativa de igual rango, pueden derogar las normas constitucionales anteriores.

La Constitución es el único cuerpo normativo que presenta la singularidad de contener, insertas en su propio texto, las reglas procedimentales por medio de las cuales deben efectuarse las modificaciones de sus propias normas. Una nota excepcional de la Constitución que la distingue de los demás órdenes normativos es la singularidad de establecer, por sí y para sí, el procedimiento a que debe suje-

11 En alguna medida, la Convención Nacional francesa llegó a percibir esta diferencia de matices y la plasmó en la Constitución de 1793, en cuyo artículo 25 estableció que “*Le peuple à toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution*”. También en la Reforma de 1949 de la Constitución argentina, la Ley 13.233 (3.9.1948) del Congreso al declarar la necesidad de una revisión hizo uso de ambas expresiones: “Declarase necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional...” (art. 1), para indicar que se impulsaba una reforma extensa e intensa –para emplear una expresión guardiniana– de la Constitución argentina.

12 Colombia (art. 374), Argentina (art. 30), México (art. 135). En España: la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 375 y conc.); la Constitución “*non nata*” de 1856 (art. 87 y conc.); la Constitución de 1869 (art. 225), la Constitución de la República de 1931 (art. 125) y la Constitución de 1978, que denomina al Título X: “De la reforma constitucional”, el Estatuto Real de 1834, Constituciones de 1837, 1845 y 1876 no abordaron el tema. En Iberoamérica, “reforma” es el término más empleado en Venezuela: Constituciones de 1811 (art. 135-136), de 1821 (art. 190)); en Paraguay, Constituciones de 1844 (Capítulo X: art. 12), de 1870 (art. 122-125), de 1940 (art. 94), de 1967 (art. 219-231), de 1992 (art. 289)); en Uruguay, Constituciones de 1830 (art. 152-159), de 1918 (art. 284), de 1942 (art. 281), de 1952 (art. 331), de 1966 (art. 331); en Perú, (Constitución de 1980: art. 306; de 1993 art. 206).

tarse la reforma de sus propias disposiciones. La Constitución contiene en sí misma las reglas que regulan la actividad de su propia fuente normativa. Mientras que en los demás órdenes normativos la fuente de Derecho con aptitud derogatoria se encuentra ubicada en un nivel jerárquico superior al de la norma derogada.

4. ORIGEN

Corresponde a Norteamérica el título de creadores de la Reforma Constitucional¹³. En efecto, “fueron los Estados Unidos –recuerda Pérez Royo– los que introdujeron la técnica de la Reforma como instrumento democrático de protección de la Supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos”¹⁴.

Aunque el primer documento constitucional que previó en su texto un procedimiento para su propia revisión fue la Carta de Privilegios de la Colonia de Pensilvania de comienzos del siglo XVIII, no fue sino después de la Declaración de Independencia de 1776 que esta técnica legal pasa a ser incorporada en ocho de las Constituciones de los Estados locales. En efecto, fue la Constitución de Maryland de 1776 la primera moderna que introduce un procedimiento para la reforma en su normativa¹⁵.

Pero la difusión y aceptación definitiva de esta mecánica proviene de la Constitución Federal de 1787, que estableció un procedimiento de reforma en el Artículo V¹⁶. Desde entonces, la incorporación de un procedimiento de revisión se ha convertido en un contenido permanente de todos los textos constitucionales democráticos.

13 Los primeros documentos constitucionales como las “Fundamental Orders” de Connecticut de 1639 y la Carta de Rhode Island de 1641, no previeron un procedimiento especial para su propia modificación. Así tampoco el proyecto de constitución denominado “Agreement of the People” (1648) y el “Instrument of Government” (1653) que establecieron su inviolabilidad absoluta porque fueron considerados instrumentos supremos e intangibles. No obstante, en virtud del iusnaturalismo y del contratualismo social que los inspiraban, podemos inferir que admitían la posibilidad de producir nuevas normas constitucionales empleándose la misma vía por las que habían sido creadas.

14 Cf. PÉREZ ROYO, ob.cit., p. 13. Ídem FRIEDRICH, ob.cit., vol. I, p. 282.

15 En su art. 69, establecía un procedimiento de reforma mediante la aprobación de la enmienda por una doble legislatura que luego era sometida a la ratificación de los *Town Meetings*.

16 En la génesis del Artículo V de la Constitución norteamericana de 1787, encontramos las siguientes fuentes: 1) Los Artículos de Confederación de 1777 (art. XIII) “tampoco se hará en lo sucesivo alteración alguna en ninguno de ellos, a menos de que tal reforma sea aprobada en un Congreso de los Estados Unidos y confirmada enseguida por las legislaturas de todos los Estados”. 2) El plan originario de Virginia, fuente del art. V, contenía una disposición relativa a la forma de introducir enmiendas. Uno de los delegados de Virginia, Mason, la fundaba diciendo que “el plan que ahora se formula será por cierto defectuoso, como se ha probado que es la Confederación. Serán, pues, necesarias enmiendas, y será mejor preverlas en una forma sencilla, normal y constitucional, que dejarlos librados a azar o a la violencia” (Cf. PRITCHETT: *La Constitución americana*, Buenos Aires, ed. TEA, 1965, p. 50).

5. PARADOJA TEÓRICA

La técnica de la Reforma Constitucional es una innovación introducida por el constitucionalismo norteamericano¹⁷, que resolvió el dilema del siglo XVIII de sostener, por un lado, que la Nación podía siempre cambiar la Constitución de conformidad a “*les lois de l’histoire et l’invincible poussée du progrès*”, y negarle, por el otro, al Parlamento representativo la posibilidad de modificar la normativa constitucional. ¿Cómo proceder, entonces, a una enmienda de la Constitución? Surgieron, entonces, según enseña Esmein¹⁸, tres soluciones para hacer posible una reforma constitucional:

a. Por consentimiento unánime de todos los ciudadanos¹⁹.

b. De cualquier manera, pues no existe formalidad alguna porque la Nación puede cambiar las leyes constitucionales con toda libertad, sin sujetarse a ninguna forma²⁰.

c. De conformidad con las reglas determinadas por la propia Constitución: Esta posición entiende que la Constitución puede ser modificada y revisada por la autoridad y por el procedimiento que ella misma determina. Esta fue la doctrina definitivamente consagrada por la práctica constitucional, según el principio racionalmente formulado por Rousseau, quien sostuvo que “es contra la naturaleza del cuerpo social imponerse a sí mismo leyes que no pueda revocar, mas no es contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocar esas leyes sino a través de las solemnidades empleadas al establecerlas. Aquí está toda la cadena que puede darse para el futuro”²¹. Desde entonces, las constituciones escritas con fundamento

17 “La idea de Constitución tradicional en Europa (incluida Inglaterra) de comienzos de la Edad Moderna—enseña Stourzh—descansaba todavía en la doctrina aristotélica de las formas de Estado y su sustitución violenta, las reformas de la Constitución como mutaciones en forma de ruptura o (desde 1689) eran concebidas como ‘revoluciones’. A esta tradición aristotélica—continúa diciendo este autor— en los siglos XVI y XVII, se incorpora la teoría del derecho de resistencia del pueblo cuya utilización en la lucha contra el dominio tiránico podrá llevar consigo cambios en la constitución. Pero reformas en la Constitución de manera pacífica, sin aplicación de la violencia, con ayuda de un procedimiento regulado, era algo nuevo” Cf. STOURZH, GERALD: *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Granz, 1974, p. 19, cit. por PEREZ ROYO, ob.cit., p. 12 (nota 17).

18 Ver ESMEIN, A. (H. Nezard): *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1921 (7e. ed.), vol. I, pp. 568-572.

19 Esta doctrina, sostenida por Vattel, se funda en la asimilación de la Constitución escrita al Contrato Social, y conduce, por lo tanto, en la práctica, a la inmutabilidad absoluta del texto constitucional. Sin embargo, Vattel entiende que cuando la decisión se toma por la mayoría de los ciudadanos, debe reconocerse a la minoría disidente el derecho a separarse de una sociedad que no ha respetado el Pacto Social (VATTEL; *Droit des gens*, ob. cit., Libro V, Cap. III, parágrafo 33, cit. por Esmein, ob.cit., vol.I, p. 568).

20 Tal fue la premisa general expuesta por SIEYÈS, quien sostuvo que la Constitución somete a los poderes constituidos pero no a la Nación de quien emana. Sin embargo, esta premisa aplicada al principio representativo, condujo a atribuir a los representantes la misma libertad absoluta que goza la Nación. Esta posición transporta los atributos de la soberanía del monarca al Pueblo.

21 Cf. ROUSSEAU, J.J.: *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en 1772*, ob.cit.;

democrático incorporaron un procedimiento de reforma para modificar su propia normativa²².

La nota distintiva de una Reforma Constitucional, que la diferencia de los demás procedimientos de alteración normativa, es la presencia de un procedimiento y demás condiciones establecidos por la propia Constitución que se modifica.

La Reforma Constitucional, en la dimensión formal aquí adoptada, expresa, por lo tanto, una técnica procedimental dirigida a regular la actuación del Pueblo en el ejercicio de la función (constituyente) de dictarse normas de jerarquía constitucional, o sea, en ejercicio de su Poder Constituyente. Las exigencias derivadas de esta intervención del Pueblo, como entidad colectiva, en la tarea de formulación normativa impone llevar a cabo un proceso a través de sucesivas etapas de intermediación para alcanzar un resultado normativo de valor constitucional. Precisamente, la institución de la Reforma Constitucional se dirige a encauzar este proceso de manifestación popular dentro de un sistema democrático e, inversamente, dentro de un orden democrático puede desarrollarse un proceso de Reforma Constitucional como vía de la actuación del pueblo en el supremo ejercicio de su función constituyente.

Aquí entramos en el *quid* de la cuestión de la Reforma Constitucional. ¿Cómo puede una Constitución regular su propio proceso de cambio? ¿Puede un cuerpo normativo reglar la actividad del centro productor de Derecho que a ella misma la ha establecido? En otras palabras ¿puede la Constitución regular el ejercicio del Poder Constituyente, autor de la misma Constitución y por lo tanto superior a esta? La resolución de este dilema ha sido el desvelo de toda la doctrina que ha tratado el tema de la Reforma Constitucional generando las más diversas interpretaciones del Poder Constituyente de Reforma.

Participamos de la posición que sostiene que tanto en el momento de sancionarse una nueva Constitución como en las sucesivas modificaciones que se produzcan en ella durante su vida normativa, hay siempre ejercicio de Poder Constituyente. Entendemos que tanto en el dictado primigenio como en las sucesivas reformas de normas constitucionales siempre hay ejercicio del Poder Constituyente Popular.

En suma, hay Poder Constituyente tanto en el dictado originario de las normas constitucionales como en cualquier revisión ulterior. Por ello, cuando tiene lugar una Reforma Constitucional democrática se ejercita auténtico Poder Constituyente, entonces el Pueblo reaparece en un momento ulterior ejercitando su función

VATTEL: *Sur le Jus Naturae de Wolff*, t. VIII, parágrafo 37; ídem FROCHOT en la Asamblea Nacional en la sesión de fines de agosto de 1791, criterio adoptado por la Constitución Francesa de 1791 (art. 1, Tit. VII); cit. por Esmein, ob.cit., vol. I.

22 Las Cartas constitucionales otorgadas (*Chartes Otrroyées*) y los Pactos constitucionales, en razón de su origen monárquico o convencional, no previeron un procedimiento especial de revisión porque cualquier modificación habría de operarse por el mismo procedimiento de formación: el monarca o las partes del acuerdo.

constituyente. Además, nos encontramos ante el fenómeno singular: que un ulterior Poder Constituyente –fuente de toda normación constitucional– debe sujetarse a las normas constitucionales previstas por un análogo Poder Constituyente anterior.

El componente subjetivo que ejercita su Poder Constituyente en un momento histórico determinado no es exactamente el mismo que se manifiesta en un tiempo ulterior. Ya dijimos que si bien la “función constituyente” (o Poder Constituyente entendido como facultad, como atribución o cualidad) es la misma, sin embargo, los sujetos que en cada una ejerce tal función constituyente varía, ha cambiado.

Dos cuestiones deben ser dilucidadas: a) ¿Qué valor tienen las normas de reforma previstas por la Constitución?, y b) ¿Qué sentido tiene disponer reglas al proceso de reforma cuando el Poder Constituyente siempre se encuentra por encima de la normación positiva dispuesta por un constituyente popular anterior que ya ha desaparecido? Ambos interrogantes se encuentran entrelazados, y vamos a comenzar por responder el primero.

Principio de las generaciones constituyentes: existencialmente no es un mismo e idéntico Poder Constituyente, como sujeto titular de función constituyente, el que permanece a través del tiempo sino que, siendo el pueblo la fuente última del Poder Constituyente, las transformaciones de dicho pueblo se reflejan en la identidad del Poder Constituyente.

En efecto, la historicidad del Poder Constituyente es un dato fundamental para entender su irrupción, su potencia y decisión transformadora del ordenamiento constitucional. El fenómeno de la Reforma Constitucional se puede entender si se incorpora la dimensión temporal del elemento subjetivo de la función constituyente²³.

La Doctrina de la Revisión de las Constituciones, justamente, nació influida por la idea de Thomas Jefferson de que las transformaciones políticas y sociales provocadas por el cambio vital del elemento humano señalan la conveniencia de prever los cambios en la normativa constitucional porque “los muertos no tienen derechos ni poderes”²⁴. La justificación de los cambios constitucionales se apoya sobre el “derecho a la autodeterminación de las generaciones” predicada por Jefferson. Esta idea estuvo presente entre los pensadores de la Revolución Francesa, como Lafayette²⁵, quien en su proyecto de Declaración de Derechos ante la Asamblea Nacional Francesa de 1789 señaló: “Como la introducción de los abusos y el derecho

23 Por eso, no aceptamos la idea de Nación como sujeto del Poder Constituyente porque en su transhistoricidad no nos permite comprender la emergencia y dar razón de los cambios que experimenta el propio poder constituyente en sus manifestaciones en el tiempo.

24 Vid. STERN ob. cit. 343. Según F. BÜHLER la tesis de las generaciones aplicada a la doctrina de la reforma constitucional fue formulada por JEFFERSON (*Verfassungsrevision und Generationenproblem. Studien zur Verfassungsrevisionstheorie Thomas Jeffersons*, Freiburg, Universitätsbuchhandlung, 1949).

25 Recordemos que JEFFERSON era embajador de EE. UU. en París durante la Revolución francesa.

de las generaciones que se suceden precisan de la revisión de todo establecimiento humano, debe ser posible para la Nación disponer, en ciertos casos, de una convocatoria extraordinaria de diputados cuyo único objeto sea examinar y corregir los vicios de la constitución si ello fuere necesario”²⁶. Esta premisa quedó plasmada de manera categórica en la Constitución francesa de 1793, cuyo art. 28 expresaba: “*le peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*”. Principio que ha sido recibido por la Constitución mexicana, cuyo art. 39, párrafo final, dice: “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

La doctrina de las generaciones nos aporta la explicación socio-histórica de los cambios constitucionales. La idea de generaciones es recogida cada vez más por los textos constitucionales. Así por ejemplo, la reforma constitucional argentina de 1994 introduce este concepto en el art. 41, que expresa: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las *generaciones* futuras”.

Para explicar cómo se producen estos cambios, vamos acudir a la idea de “generaciones” formulada por José Ortega y Gasset²⁷. El “método de las generaciones” fue desarrollado por Ortega, principalmente en su trabajo *En torno a Galileo*²⁸. Cada generación es poseedora de una “sensibilidad vital” (“sensación radical ante la vida, de cómo se sienta la existencia en su integridad indiferenciada” en *El tema de nuestro tiempo*). Las variaciones de la sensibilidad vital determinan los cambios de ideas y percepciones que, a su vez, determinan cambios en todo lo demás de la vida colectiva.

26 Cf. LAFAYETTE, en su proyecto de Declaración de Derechos presentado ante la Asamblea Nacional en la sesión del 11.7.1789, en *Archives Parlementaires*, 1ra. serie, vol. VIII, p. 222; cit. por CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., p. 1185. Con posterioridad, GAMBETTA reiterará esta idea en un discurso en 1870 “Reflexiónese pues sobre este hecho, que en cada segundo hay una voluntad que muere, que se desvanece, que desaparece, que se modifica, y que es cambiada, reemplazada por una voluntad contraria o diferente” (en *Discours et Plaidoyers Choisis de Leon Gambetta*, París, 1889, p. 40, ob. cit. por DE VEGA, ob. cit., p. 59, nota 14).

27 ORTEGA Y GASSET suele ser ubicado dentro de la corriente de ideas llamada Lebensphilosophie, calificándose su pensamiento como “perspectivismo o socio-vitalismo”. Para una aplicación del método de ORTEGA en Argentina, véase PERRIAUX JAIME: *Las generaciones argentinas*, Buenos Aires, Eudeba, 1970 y Monner Sans, José Ma.: *El problema de las generaciones*, Buenos Aires-Barcelona, Emecé Editores, 1970. Más recientemente, MARTÍNEZ DE CODES, ROSA MARÍA: *El pensamiento argentino. Una aplicación histórica del método de las generaciones*, Madrid, ed. UCM, 1986. Véase SCIACCA, MICHELE FEDERICO: *La Filosofía, hoy (De los orígenes románticos hasta los problemas actuales)*, Madrid, Escelicer, 1973, vol. 1, p. 189 y ss.

28 Cf. ORTEGA Y GASSET, JOSÉ: “En torno a Galileo”, en *Obras completas*, vol. V, pp. 11-164.

El empleo de la idea de “generación” como método histórico es útil para explicar el ejercicio sucesivo del poder constituyente y sus manifestaciones desde una perspectiva histórica, a través de los cambios generacionales²⁹.

Cuando una generación ha logrado expresar su concepción política en una Constitución, es altamente probable que, mientras permanezca en la dirección política, no sobrevenga la necesidad de ejercer nuevamente su función constituyente.

En cambio, cuando una nueva generación, portadora de nuevas ideas sobre la organización y funcionamiento del Estado, pasa a ocupar el lugar de la anterior, es altamente probable que ello termine reflejándose en el ordenamiento normativo fundamental para hacerlo concordar a sus nuevas iniciativas. Pero, si la generación de reemplazo se identifica con los principios y la organización constitucional establecida por la generación en retirada, no estimará necesario modificar la estructura constitucional. En tal caso, la Constitución permanecerá rigiendo a través de más de una generación y perdurará hasta que una nueva generación, frente al fracaso del marco institucional preestablecido para dar respuesta a las nuevas circunstancias, elabore nuevas propuestas que buscará plasmar normativamente.

La dinámica generacional sirve aquí, no para explicar el origen de la sociedad, sino para comprender las causas motivacionales de una Reforma Constitucional, la modificación de un documento constitucional a través de una actividad constituyente donde el ingrediente voluntarista tiene especial incidencia.

El hecho de que el Poder Constituyente de Reforma pueda transcurrir a través de formas diferentes a la seguida por el Poder Constituyente primigenio no confiere a este ninguna calidad especial diferente de aquel. Las diferencias en cuanto a formas o materias no justifican una distinción de naturaleza porque hay casos de empleo de procedimientos idénticos (Suiza) o más rígidos para una reforma (Italia, España).

En suma, no existen razones para diferenciar sustancialmente el ejercicio del poder constituyente en uno u otro momento porque este se apoya sobre fundamentos democráticos pues, en efecto, la función constituyente exige sustancialmente la participación popular; entonces, tanto en la elaboración originaria de la Constitución como en la Reforma constitucional, tiene lugar la intervención del cuerpo político, por tanto, habrá función constituyente en uno como en otro caso. De aquí la importancia de dejar siempre abierta al pueblo la decisión de cambiar la Constitución o, en otras palabras, posibilitar que el cambio social se traduzca en un relevo generacional en la función constituyente. Cada generación podrá

29 El fundamento de los cambios en la estructura del mundo, para ORTEGA, es el reemplazo de una generación por otra que, portadora de nuevas perspectivas vitales, de un sistema de convicciones diferentes y a su vez, influido por las nuevas circunstancias en que se han desarrollado, va a interpretar y a aportar nuevas soluciones a viejos y a nuevos problemas de manera diferente a como venía haciéndolo la generación que biológicamente va abandonando los puestos de decisión y acción.

ejercer una función constituyente, pero el sujeto histórico que concretiza el poder constituyente será, existencialmente, diferente.

Pero esta explicación nos conduce a interrogarnos: ¿Cómo un nuevo Poder Constituyente, con capacidad para producir normas constitucionales que están por encima del orden normativo positivo, consiente en someterse a la normativa dictada por un constituyente precedente que estableció unas reglas a observar en un futuro y eventual proceso de revisión de la Constitución? Entonces, ¿qué valor tienen dichas normas constitucionales que prefijan un procedimiento de reforma?

Naturaleza de las reglas de reforma constitucional: conviene aclarar que no vamos a analizar la institución Reforma Constitucional como concepto jurídico-político, sino la naturaleza del conjunto de reglas que regulan el procedimiento de reforma. Estas normas constitucionales de reforma son las contenidas dentro de un texto constitucional. En concreto, para el caso argentino, el art. 30; en el caso colombiano, los arts. 374-380.

La cuestión radica en explicar por qué un nuevo Poder Constituyente de Reforma —que inviste las mismas cualidades y atributos que el Poder Constituyente que actuó en la primera sanción del texto constitucional y de cualquier otro que se hubiera ejercitado en algún momento subsecuente (Poder Constituyente primigenio o ulterior de revisión)—, que se dispone a ejercitar su función constituyente, se adecua a hacerlo a través de unas reglas de actuación dictadas con anterioridad. ¿Qué valor tienen estos preceptos constitucionales que regulan el proceso de reforma —dictados por un poder constituyente originario o anterior— para un nuevo Poder Constituyente popular reformador? ¿Cómo explicar que este acatamiento por un poder constituyente que se encuentra por encima de todo Derecho positivo interno estatal y que es fuente del Derecho constitucional en cuanto emana de la inalienable voluntad colectiva del pueblo de ordenar jurídicamente su convivencia política? ¿Cuál es la razón que este Poder Constituyente con plenitud de atribuciones en una hipótesis de Reforma Constitucional y, a pesar de encontrarse, por tanto, por encima de la Constitución, actúa observando las prescripciones dispuestas al efecto por un Poder Constituyente precedente?

El acatamiento de las normas constitucionales de reforma depende de la voluntaria observancia que a estas le preste el actual Poder Constituyente de Reforma, como lo comprendió la Convención francesa de 1793 al declarar en su Constitución que “una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras” (art. 28) o, como lo expresa de otro modo la Constitución mexicana, “el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno” (art. 39 *in fine*). En suma, el cumplimiento de las reglas de revisión al ejercitarse la función constituyente de reforma solo puede derivar del acatamiento voluntario que de las mismas haga el Poder Constituyente actual.

El fundamento descansa sobre la equivalencia entre el Poder Constituyente primigenio y los Poderes Constituyentes de reforma³⁰. En este sentido, es notable que la Asamblea legislativa francesa de 1792, imbuida del principio de Soberanía Popular, cuando convocó una Convención constituyente para reformar la Constitución de 1791, en un Decreto el 22 de agosto de 1792, expresó: “La Asamblea Nacional, considerando que ella no tiene el derecho de someter el ejercicio de la soberanía a sus reglas imperativas para la formación de una Convención nacional, y que, sin embargo, importa al bien público que las asambleas primarias y electorales se constituyan al mismo tiempo y de manera uniforme, invita a los ciudadanos, en nombre de la libertad y de la patria, a conformarse a las reglas siguientes...”³¹.

Ahora, pues, esto nos conduce a interrogarnos sobre el valor jurídico de estas reglas, cuyo cumplimiento depende del sujeto a quien están destinadas las normas. En efecto, ¿qué tipo de normas constitucionales son estas, dirigidas a regular la actuación —no de órganos estatales constituidos— sino de aquella entidad colectiva, el Pueblo, que conforma la superior voluntad constituyente (generación constituyente—grupo constituyente)? ¿Qué sentido tiene fijar un camino o procedimiento que está dirigido a un destinatario, que no es el Poder Constituyente autor de esas reglas que actúa y las dicta en un determinado momento histórico (cuando se sanciona la constitución nacional), sino que se trata de otro Poder Constituyente que aparecerá (eventualmente) en el futuro? Es decir, son normas que no se dirigen a regular conductas de destinatarios actualmente existentes, sino que fija el comportamiento de un sujeto excepcional, cuya existencia futura no es actual sino simplemente posible.

Las reglas de reforma revisten la naturaleza de un ofrecimiento normativo u oferta que el Poder Constituyente de un tiempo anterior hace a un Poder Constituyente futuro. Aplicando el principio generacional, diríamos que una generación constituyente histórica, al sancionar su texto constitucional, prevé reglas de reforma que propone a una próxima generación constituyente, en otros términos implican una oferta de una generación a otra generación.

Una “oferta” consiste en un acto jurídico unilateral, destinado a integrarse con la aceptación, constituido por una expresión de voluntad que se postula como penúltima. La Teoría de Derecho le reconoce pleno valor jurídico, pues se perfecciona con la expedición del acto del oferente y prevé la posibilidad de fracasar por no aceptación del destinatario. La oferta está dirigida a integrarse con la “acepta-

30 Incluso BARILE, desde una posición opuesta a la que aquí se expone, termina por admitir que “el poder de revisión es de la misma naturaleza del poder constituyente, y está, mejor dicho, comprendido en éste, en cuanto produce modificaciones de la constitución según reglas preconstituidas pero aceptadas por el poder constituyente en su desarrollo histórico”(“La Revisione della Costituzione”, en *Commentario Sistemático...*, ob. cit., vol. II, p. 474).

31 Ver LAFERRIERE, J., ob. cit., p. 292.

ción”. Esta también es un acto jurídico unilateral, que debe ser congruente con la propuesta para llegar a ser la aceptación de una oferta y no cualquier otra cosa. La doctrina admite que el destinatario pueda no estar determinado perfectamente, así como que la aceptación no esté dirigida al oferente originario³².

El Poder Constituyente Popular primigenio (y, del mismo modo, un Poder Constituyente de Reforma cuando hubiera modificado, por vía de revisión, las normas del procedimiento de reforma) puede establecer reglas procesales destinadas al Poder Constituyente subsiguiente (que aún no existe). Estas reglas de procedimiento significan una “oferta” –hecha por un poder constituyente anterior– a un Poder Constituyente futuro para cuando este exista. Estas normas no por ello carecen de valor jurídico, son “obligatorias” porque se han perfeccionado por la expresión de la voluntad normativa de su autor. Estas disposiciones deben integrarse con la “aceptación” del destinatario, es decir, de aquel Pueblo que ejercite con posterioridad su actividad constituyente.

La plenitud de la efectividad normativa de estas reglas se alcanza cuando la “aceptación” guarda una relación de congruencia con la propuesta, es decir, cuando se las acata. Ello ocurre cuando en el ejercicio de la función constituyente se observan con las disposiciones establecidas para la modificación de normas constitucionales. Es recién en este momento cuando habrá ejercicio del Poder Constituyente de Reforma y no el Poder Constituyente originario. Entonces, las disposiciones constitucionales de reforma alcanzaran plenitud normativa. De lo contrario, si el destinatario (el Pueblo del mañana en ejercicio de su función constituyente) no “acepta congruentemente” la propuesta normativa del constituyente del pasado, no habrá ejercicio de Poder Constituyente de Reforma sino de Poder Constituyente primigenio.

La nueva generación constituyente, al disponerse a desplegar su acción, se encontrará con una propuesta u oferta normativa efectuada por un Poder Constituyente que lo precedió en el tiempo y que ha dejado plasmado en el propio texto constitucional, como proposición, una vía predeterminada para la revisión constitucional dirigida a un futuro Poder Constituyente, el cual, de observar tal procedimiento de reforma, obtiene un doble beneficio: 1. consigue un sólido fundamento de legalidad para la validez de las nuevas normas constitucionales; 2. obtiene, por añadidura, una fuerte legitimidad que le proporciona la continuidad y previsibilidad política y jurídica democráticas, indispensables para el desarrollo de las sociedades modernas.

El nuevo Poder Constituyente podrá orientarse en las normas de revisión, pues nada impide que el Poder Constituyente observe las reglas preestablecidas de revi-

32 Cf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO: *Teoría de los contratos (Parte General)*, Buenos Aires, ed. Víctor P. de Zavallía, 1971, pp. 103-108.

sión —ya que siempre es necesario que su actividad sea regida por algunas reglas que ordenen su desenvolvimiento—, sea que se las impongan las nudas fuerzas políticas constituyentes o se las fije a sí mismo al momento de desempeñar su actividad, o sea que las reciba ya formuladas de un Poder Constituyente anterior, como ocurre en la hipótesis de Reforma Constitucional.

En definitiva, las normas sobre reforma integran el texto constitucional en el mismo plano jurídico que todas las demás normas constitucionales³³. Que la misma normativa constitucional regule sus propias reglas de modificación, en contra del principio de la heteronomía de las normas jurídicas, no va en desmedro de su naturaleza jurídica³⁴. Justamente, ello constituye la nota tipificante de lo específicamente “normativo constitucional”, cuyo fundamento debe buscarse en la otra dimensión: fuerza política del pueblo constituyente. En efecto, el hecho de que la observancia de las normas de reforma dependa de la voluntad del Poder Constituyente futuro no le priva valor normativo.

Asimismo, la naturaleza de las normas de revisión en la perspectiva aquí desarrollada permite dar una respuesta jurídica satisfactoria a la cuestión de la Reforma Total, de difícil solución desde otras posiciones.

La idéntica naturaleza entre el Poder Constituyente ejercido en un momento liminar y el que se ejerce con posterioridad determina la naturaleza jurídica de “oferta” de las normas de revisión. El problema de la revisión, dice Contini, es “un problema de reserva de materia y no de diversidad de poderes. En otras palabras, existe una función normativa unitaria que es ejercitada mediante un poder normativo unitario; las diferencias que existen son de carácter eminentemente garantista y se realizan por un procedimiento diverso”³⁵. En efecto, el cumplimiento por el constituyente ulterior del procedimiento dispuesto por un constituyente anterior contribuye a mantener la continuidad jurídica y, por lo tanto, la continuidad política del sistema democrático, con lo que se alcanza la finalidad última de todo sistema político: la paz social³⁶. Pues, aun reconociéndose el propósito transformador de la Reforma Constitucional, esta finalidad procura lograrse sin solución de continuidad. En un sistema democrático, la Constitución, al prever un procedimiento de reforma, en el fondo, persigue el propósito de garantizar la continuidad del

33 Ver CICCONE, ob. cit., pp. 249 y ss.

34 Como entienden BURCKHARDT y los sostenedores de la posición normativista, como ROSS, ver *ut supra* nota 46.

35 Cf. CONTINI, ob. cit., p. 329.

36 “Las cláusulas relativas a la revisión de una ley fundamental testimonian la preocupación de asegurar la continuidad del Estado y del Derecho a través de su subordinación a las normas superiores que los instituyen”, señala RIGAUX (cf. RIGAUX, ob. cit., p. 35). vid. BARILE, P.; “La revisione...”, en *Commentario...*, ob. cit., p. 474.

principio democrático. En otras palabras, la técnica de la Reforma Constitucional se presenta como una garantía de la continuidad democrática.

El principio de auto-obligación del Poder Constituyente de Reforma respecto de las normas que regulan la revisión no significa un factor de incertidumbre; por el contrario, la presencia de dichas reglas favorece la previsibilidad de las relaciones sociales y políticas que demandan seguridad jurídica.

Sentido de las normas de oferta: ¿qué utilidad ofrecen estos preceptos de reforma establecidos por una generación constituyente para que no sean desconocidos por una nueva generación cuando ejercite su función constituyente? En otros términos, ¿cuál es la razón que lleva al nuevo Poder Constituyente a someterse al procedimiento de reforma predeterminado por uno precedente?

a. Validez: los preceptos de reforma constituyen proposiciones normativas que el constituyente anterior dirige al constituyente futuro. La aceptación del procedimiento propuesto, que suele manifestarse en el hecho del cumplimiento de los recaudos establecidos, confiere “validez” a las nuevas normas constitucionales. La fuerza normativa de una norma constitucional se apoya sobre tres pautas: legalidad, legitimidad y eficacia.

Este argumento explica que, incluso en el caso extremo de una reforma constitucional total, las reglas de procedimiento de reforma se cumplen. En efecto, las normas constitucionales de reforma aparecen como el “eslabón” que permite unir dos momentos de creación normativa fundamental, haciendo posible la continuidad jurídico-política entre dos ordenamientos constitucionales. En consecuencia, la “continuidad jurídica” como resultado de una operación lógica formal se ha mantenido, pues una porción del orden jurídico ha servido de base para el dictado de normas que vienen a sustituir a otras sin solución de continuidad, sin que se haya producido una quiebra de la continuidad entre el viejo y el nuevo ordenamiento. Así afirma Biscaretti di Ruffia: “Cuando el procedimiento establecido en la Constitución para la enmienda de sus normas fuese respetado, ningún eslabón de la cadena de su continuidad jurídica estará ausente: ningún *hiatus* se habrá producido y la evolución de la forma constitucional habrá podido desenvolverse sin aquellas bruscas conmociones, siempre dañosas que provocan las instauraciones de hecho, sean estas antijurídicas o simplemente ajurídicas”³⁷.

Ello significa que la continuidad jurídica nos pone frente a un problema lógico de validez. Por validez debe entenderse en este caso la competencia de la fuente para expedir actos normativos válidos.

37 Cf. BISCARETTI DI RUFFIA, “*Sui limiti...*”, ob. cit., p. 149. Conc. Poviña también señala que en la Reforma no hay una solución de continuidad, una interrupción del orden normativo existente, “hay en esa labor una línea histórica e institucional ininterrumpida”.

b. Legalidad: desde otro ángulo de la validez, vemos que el cumplimiento de las normas de revisión por el Poder Constituyente de Reforma refuerza el resultado normativo suministrando otra fuente de validez: la legalidad. En efecto, al actuar el Poder Constituyente de Revisión observando las disposiciones que regulan la producción normativa constitucional, se logra mantener una continuidad jurídica formal, con lo que la función constituyente logra añadir a su fuerza vinculante la legalidad que actúa como un factor que viene a reforzar la validez de las normas constitucionales sancionadas. Para Haug, las disposiciones concernientes a la revisión de una Constitución, lejos de ser límites, constituyen el fundamento de la operación de revisión, puesto que ellas la inscriben en la legalidad y, por lo tanto, en la juridicidad en general³⁸.

c. Legitimidad (solidaridad política y coherencia axiológica): existe una estrecha relación entre las reglas de reforma y la “fórmula política” del ordenamiento normativo. En consecuencia, la continuidad jurídica se apoya también sobre la permanencia de algunos principios políticos fundantes.

En efecto, como pusieron de relieve los estudios de la Escuela Ecológica del Derecho, la fuerza de convicción de toda solución jurídico-dogmática —como la continuidad jurídica— requiere, además de la corrección lógica, es decir, de la base de sustentación normativa, el acierto axiológico³⁹. Es aquí donde aparece el elemento que nutre la continuidad jurídica.

El sistema de reforma establecido por el constituyente anterior es reflejo del régimen político instituido por este. Es decir, que el órgano y el procedimiento dispuesto para llevar a cabo la reforma guarda correspondencia “estimativa” con los principios políticos que inspiran el régimen consagrado por la Constitución. Así, en una Constitución que establezca un sistema parlamentario, seguramente será al Parlamento al que se le encomiende llevar a cabo una revisión del texto constitucional.

Esto significa que el Poder Constituyente de Reforma, al observar la propuesta procedimental prefijada por un Poder Constituyente anterior, es decir, al ejercitar su función constituyente a través de un procedimiento predeterminado, toma una doble decisión constituyente: a) en primer lugar, admitiendo unos canales formales preestablecidos, y b) en segundo lugar, asume, *prima facie* y en líneas generales, la “idea de Derecho” (en el sentido dado por Burdeau) sostenida por el Poder Constituyente precedente que se halla inmanente en el procedimiento de revisión. En otros términos, la aceptación de la oferta de un procedimiento de reforma implica ya un pronunciamiento provisional sobre el tipo de régimen político en razón de

38 Ver HAUG, HANS; ob. cit., p. 169, cit. por RIGAUX, ob. cit., p. 34.

39 Ver COSSIO, CARLOS *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, p. 220. Conc. Imaz, E., ob. cit., p. 934.

que la institución y el procedimiento de revisión guardan relación de solidaridad con el régimen político que los dispuso⁴⁰.

De allí que Cicconetti acierte al sostener que las reglas de revisión constituyen un “índice de reconocibilidad” en cuanto que las disposiciones constitucionales que sean elaboradas conforme a aquellas guardarán, desde un punto de vista sustancial, cierto grado de relación con la “idea de Derecho” que inspira el ordenamiento constitucional precedente y, desde un punto de vista formal, mantendrá una línea de continuidad jurídico-política⁴¹.

Desde un punto de vista lógico, se debe negar que la Democracia pueda destruirse a sí misma, como lo hace notar Ignacio de Otto. El fundamento dogmático de la Democracia es la Soberanía Popular. Si para identificar a esta se ha aceptado como regla funcional de decisión el Principio Mayoritario, este debe conciliarse con el Pluralismo que constituye uno de los pilares donde se asienta toda Democracia. Hay que armonizar la voluntad de la mayoría, que es solo una porción significativa de la Voluntad del Pueblo, con el derecho de las voluntades disidentes de esperar la modificación de la decisión mayoritaria que es paralelo a su deber de soportar las consecuencias de la misma. En suma, la Democracia nunca puede coartar el derecho de expectativa de los que no participan de la mayoría a cambiar la decisión mayoritaria.

Esto nos permite comprender por qué el Poder Constituyente de reforma, como expresión de la voluntad popular, transita por el camino procesal predispuesto por el Poder Constituyente popular del pasado. Porque de este modo logra una continuidad jurídica y, a la vez, demuestra que la voluntad constituyente manifestada es expresión de la voluntad popular. Asimismo, el resultado de la reforma, cualesquiera sean las formalidades democráticas que presenten, logra una continuidad política en la medida en que la voluntad popular se sostenga como principio y praxis de normación constitucional.

Comprendida de este modo la continuidad jurídico-política resultante del cumplimiento por un Poder Constituyente ulterior de las normas sobre reforma constitucional preestablecidas, se pueden emprender los cambios, incluso profundos, que exige el continuo desarrollo del principio democrático en su devenir histórico. En efecto, el principio democrático puede presentar ilimitadas modalidades en su

40 En contra de BURCKHARDT, quien afirma que no es válido para caracterizar un Estado prestar atención a la forma en que ha sido dispuesta su reforma, pues la obervancia de esta depende de la aceptación que en el porvenir haga el poder constituyente ulterior (ob. cit., pp. 6 y ss.).

41 Ver CICCONE, ob. cit., p. 269-270. El propio MORTATI admite que los requisitos formales dispuestos por la Constitución para la actividad de reforma permite la reconocibilidad de las normas que se emanan como normas constitucionales por parte de los destinatarios (Cf. MORTATI, en “CONCETTO...”, en *Raccolta di Scritti*, ob. cit., vol. II, p. 11). Para este autor, “*la riconoscibilità di un atto proprio di un ordinamento, la sua imputabilità ad esso è condizionata al rispetto non solo delle forme da esso prescritte, ma anche e soprattutto del fine che gli è proprio*” (ob. cit., p. 15).

desarrollo, tanto como sean las circunstancias concretas en que la voluntad popular se manifiesta. De este modo, la alternativa orden o revolución se disipa con la presencia de la institución de la Reforma Constitucional que ofrece la posibilidad de cambios continuos en el desarrollo del principio democrático, sin que por ello se produzca la quiebra de la continuidad jurídica del ordenamiento estatal, y sin que tampoco esta continuidad signifique el mantenimiento del orden existente⁴².

Evidentemente, como advierten Barile-De Siervo, se “*presuppone che sul piano della continuità dell’ordinamento statale, se ne accetti un concetto fondato sulla sussistenza, al di là di ogni possibile mutamento, di una civitas intesa in senso pregiudiziale*”⁴³. En efecto, lo que permite fundar la afirmación de continuidad jurídica es la presencia continuada de la voluntad popular, como contenido de esa “*civitas pregiuridica*” de que hablan Barile-De Siervo.

Desde este punto de vista, se puede comprender el sentido que damos a la institución de la Reforma Constitucional, entendida como aquel cauce formal que puede conducir las grandes transformaciones político-constitucionales de contenido democrático, manteniendo a la vez una línea de continuidad jurídica que favorece la previsibilidad y el desarrollo social propios de un Estado Social de Derecho. Esta posibilidad se alcanza cuando las transformaciones políticas se asientan sobre un fundamento democrático que, por profundas que puedan ser, mientras sean el resultado de la voluntad popular canalizada a través del procedimiento de reforma, permiten mantener una continuidad política sustancial y jurídica formal.

Hay que tener presente que se trata de revisar un cuerpo normativo y no de hacerlo desaparecer. Una reforma supone siempre que “algo” del acto reformado subsiste; de lo contrario, estaríamos ante una extinción del acto mismo. Como en los contratos, una cosa es la revisión del negocio jurídico y otra su resolución. Una Reforma no supone la anulación de toda la Constitución porque “cuando la identidad de una Constitución concreta es suprimida –enseña Hesse– deja de tratarse de un ‘cambio’, el cual siempre presupone que aquello que cambia conserve su núcleo esencial, aunque con un contenido modificado”⁴⁴. El núcleo normativo que se respeta en un proceso de reforma son, cuanto menos (en una reforma total), las normas que regulan el propio proceso de revisión. De no observarse estas, podrá

42 Desde esta perspectiva, se puede aceptar la reflexión de BISCARETTI DI RUFFIA cuando sostiene que “todas las normas jurídicas están en efecto, en necesaria y estrecha correlación con un cierto ente social, que constituye en su conjunto el ámbito humano de aplicación y la garantía institucional de positividad, y no se comprende por qué no se puede formular una indefinida mutabilidad de su contenido precisamente en dependencia de las múltiples mutaciones que suceden sin tregua en la sociedad... Dejando de lado la crítica en tanto confunde continuidad del Estado con sucesión de los ordenamientos constitucionales, BISCARETTI DI RUFFIA no llega a aclarar el significado preciso del concepto “ámbito del derecho vigente” a que hace referencia, en virtud del cual este admite que pueda tener lugar reformas aún totales.

43 Cf. BARILE - DE SIERVO, “Revisione...”, en *NOI/ISS.DIG.*, ob. cit., p. 778.

44 Cf. HESSE, ob. cit., nota 72, p. 112.

haber ejercicio de Poder Constituyente Originario o simplemente un acto revolucionario, pero no habrá Reforma Constitucional, ni parcial ni total. Las normas del procedimiento de reforma, que reflejan *in nuce* los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, constituyen ese núcleo esencial que permanece, que deben ser observadas para que tenga lugar una Reforma Constitucional –a partir de lo cual podemos reconocer que estamos ante una revisión y no ante una extinción constitucional–. De este modo, se alcanza una continuidad por cuanto las normas subsiguientes se apoyan en normas procedimentales precedentes. Ello no significa que las normas que regulan el proceso de revisión no puedan ser modificadas, pero deberán serlo conforme al procedimiento preexiste. De aquí la necesidad de que el procedimiento de Reforma Constitucional sea la parte donde deba lograrse la expresión más acabada del ordenamiento constitucional democrático, porque ella contribuye eficazmente a la salud de ese sistema político.

El cumplimiento de las normas previstas añade, además, un factor de legitimidad al obrar del nuevo Poder Constituyente en tanto que sirve como prueba de ser expresión de la voluntad popular. Con esto, alcanzan sentido las Reformas totales y con mayor razón las parciales, que son perfectamente admisibles y regulables cuando las mismas se encaminan hacia un mayor desarrollo democrático. Esta es la única solución que permite una explicación jurídica satisfactoria de las Reformas Totales.

Sin duda, podrá el nuevo Poder Constituyente no observar las normas de revisión propuestas por el constituyente anterior, pero en este caso, obviamente, no habrá que hablar de Reforma Constitucional y, por lo tanto, tampoco de continuidad jurídica y, muy probablemente, quizás tampoco podremos asegurar la continuidad política.

BIBLIOGRAFÍA

COSSIO, CARLOS. *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954.

DÍAZ RICCI, S. “La rigidez constitucional. Un concepto total” en AA.VV. (coord. CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H.; GONZÁLEZ-PÉREZ, L.R.; VALADÉS, D.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

DÍAZ RICCI, SERGIO. “Sentido y valor de una constitución escrita” en *Revista Jurídica* n.º 9 (Invierno de 2005) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, 2005.

ESMEIN, A. (H. NEZARD). *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1921.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Ariel, 1983.

- LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO. *Teoría de los Contratos (Parte General)*, Buenos Aires, ed. Victor P. de Zavalía, 1971
- MARTÍNEZ DE CODES, ROSA MARÍA. *El pensamiento argentino. Una aplicación histórica del método de las generaciones*, Madrid, ed. UCM, 1986.
- MONNER SANS, JOSÉ MA. *El problema de las generaciones*, Buenos Aires-Barcelona, Emecé Editores, 1970.
- MORODO, RAÚL. “Doctrinas Políticas sobre la Reforma Constitucional” en *Estudios de Pensamiento Político*, Madrid, ed. Túcar, 1977.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. “En torno a Galileo”, en *Obras Completas*, vol. v. Ed. Biblioteca Nueva. 1983.
- DE VEGA PEDRO. “La reforma constitucional”, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978.
- PÉREZ ROYO, JAVIER. “La Reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, 1986, n.º 22- Primavera 1986.
- PERRIAUX JAIME. *Las Generaciones Argentinas*, Buenos Aires, Eudeba, 1970.
- PRITCHETT. *La Constitución Americana*, Buenos Aires, ed. TEA, 1965.
- SCIACCA, MICHELE FEDERICO. *La Filosofía, hoy (de los Orígenes Románticos hasta los Problemas Actuales)*, Madrid, Escelicer, 1973.
- STOURZH, GERALD. *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Granz, 1974.

JOSÉ ANTONIO RIVERA S.*

La participación ciudadana en los procesos constituyentes

SUMARIO

1. Introducción. 2. La adecuación de la Constitución a los cambios sociales. 3. Las polémicas en torno a la reforma constitucional. 4. La participación ciudadana en la reforma constitucional. 4.1. La participación en la toma de decisión para iniciar el proceso. 4.2. La participación en la construcción de acuerdos. 4.3. La participación en la conformación de la Asamblea Constituyente. 4.4. Los diálogos con la Asamblea Constituyente. 4.5. La refrenda de la Constitución.

I. INTRODUCCIÓN

Debido a diversos factores, las sociedades enfrentan transformaciones de orden social, económico y político, situación ante la que surge la necesidad de reformar la Constitución, en algunos casos incluso proceder a su cambio o la sustitución cuando la transformación es radical.

A diferencia del pasado, la tendencia que surge a partir de las últimas décadas del siglo xx es que el proceso de la elaboración o reforma de la Constitución sea absolutamente democrático participativo e inclusivo; el pueblo ya no acepta la imposición de los grupos que detentan el poder político, económico o social, de los grupos victoriosos de la confrontación interna, tampoco gratas concesiones de los gobernantes de turno.

Entonces, uno de los temas centrales de análisis y reflexión constitucional respecto a los procesos constituyentes, para realizar la elaboración o reforma de la Constitución, es y deberá ser la participación ciudadana.

En el presente trabajo, se realiza un análisis descriptivo y propositivo de la participación ciudadana en los procesos constituyentes, sobre la base de las diferentes posiciones que existen en torno al tema.

2. LA ADECUACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A LOS CAMBIOS SOCIALES

Se entiende que la Constitución, al ser la norma básica y fundamental del Estado que afianza los valores de la convivencia social pacífica, debe perdurar en el tiempo,

* Magíster en Derecho Constitucional; ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en: Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, Universidad Mayor San Andrés de La Paz, Universidad Domingo Sabio de Santa Cruz, y Universidad Los Andes de La Paz; Profesor visitante de la Pontificia Universidad Católica de Lima – Perú, de la Escuela Superior de Derecho de Mato Grosso – Brasil; Profesor Honorario de la Universidad de Huanuco – Perú. Autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

lo que supone que debe estar dotada de una garantía de estabilidad para no estar sometida a modificaciones con demasiada frecuencia, al calor de los cambios políticos. Pero ello no significa que sus normas sean pétreas e inmodificables, pues la estabilidad no conlleva la prohibición de la adecuación de sus normas a las grandes transformaciones que se producen en la sociedad.

Existen diversas razones para sostener que la Constitución no puede ni debe ser entendida como una Ley fundamental eterna e inmodificable.

En efecto, dado que la Constitución es el resultado de un pacto social y político plasmado en una determinada coyuntura, su texto formal con frecuencia presenta algunas imprevisiones, conocidas en la doctrina como lagunas u omisiones normativas, las que, como sostiene el profesor Karl Loewenstein¹, pueden ser de dos tipos: a) descubiertas o lagunas del Constituyente, aquellas en las que “el Poder Constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”, y b) ocultas o lagunas de la Constitución, aquellas que se producen cuando “en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”. Asimismo, el texto formal presenta algunas contradicciones en sus previsiones, que son identificadas en el momento de su aplicación a un caso concreto.

De otro lado, la sociedad estatal, regulada por la Constitución, no es estática ni incólume, pues atraviesa profundas y constantes transformaciones de orden social, económico y político; o, en su defecto, atraviesa procesos de transición y ruptura de los regímenes políticos existentes, situaciones en las que urge reformar o crear una nueva Constitución que sustituya a la antigua, introduciendo un diseño de instituciones que pretenden resolver problemas de la estructura social, económica-financiera, política y jurídica del Estado y de protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, está el derecho que tiene cada generación de dotarse de sus normas y definir su propio destino, asumiendo un pacto social y político acorde con su realidad o, cuando menos, adecuando el inicial pacto a la nueva realidad; cabe recordar que en los orígenes del Estado democrático de Derecho se reivindicó este principio, habiéndose recogido en la Constitución de Francia de 1793, cuyo artículo 28 proclamó que “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Conforme a las razones referidas, en todo Estado constitucional de Derecho siempre existe y existirá la necesidad de modificar o cambiar la Constitución para adecuar sus normas a la realidad social cambiante; pues, como sostuvo el profesor

1 LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, trad. De Alfredo Gallego A., 2ª ed., Barcelona, ed. Ariel, 1976, pp. 170-171.

Jorge Carpizo², habrá de realizarse la modificación para regular jurídicamente las nuevas situaciones, para proteger con la mayor eficacia los derechos humanos y para continuar el siempre inacabado proceso de perfeccionar el sistema democrático dentro de la realidad del país sin descuidar las peculiaridades de su evolución política. De ahí que la elaboración y el cambio de la Constitución es y será siempre uno de los temas más importantes del Derecho Constitucional.

En función a las necesidades de cada sociedad, la Constitución puede ser cambiada a través de diferentes vías y mecanismos.

Una primera vía informal de cambio o adaptación constitucional es la mutación constitucional, que se opera por diversas causas, entre ellas, las imprevisiones u omisiones normativas, o las contradicciones de las normas. Al respecto, cabe señalar que fue Georg Jellinek quien, en el año 1906, en una conferencia sobre reforma y mutación constitucional, definió que es posible realizar el cambio de la Constitución más allá del proceso formal de reforma, mediante la mutación constitucional.

En un sentido general y amplio, se puede señalar que la mutación constitucional consiste en el cambio no formal de la Constitución que se opera, a través de diferentes procedimientos, sin alterar su enunciado formal o su texto escrito. En un significado restringido, como sostiene Konrad Hesse, la mutación constitucional es aquella que, sin ofender la Constitución, transforma el sentido, el significado y el alcance de sus normas, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto.

Con relación a las vías a través de las cuales se opera la mutación constitucional, cabe señalar que la doctrina no es uniforme; existen diferentes posiciones. El profesor Milton Campos, citado por José Alfonso Da Silva³, sostiene que la mutación constitucional se opera por las siguientes vías: a) complementación legislativa; b) construcción judicial, y c) consenso consuetudinario. Por su parte, el profesor Hsü Dan Lin distingue cuatro tipos de mutaciones constitucionales: a) las debidas a prácticas políticas que no se opongan formalmente a la Constitución escrita, y para cuya reglamentación no exista norma constitucional; b) las debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos constitucionales; c) las producidas por imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución, y d) las producidas por interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel con el que en principio fueron pensados. El profesor José Alfonso Da Silva⁴ considera que la mutación constitucional se opera a través de las siguientes vías: a) de los actos de complementación constitucional, b) de la interpretación y la

2 CARPIZO, J. (2011). La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México, IJ-UNAM), nueva serie, año XLIV, 131, p. 544.

3 DA SILVA, JOSÉ ALFONSO. *Mutaciones constitucionales*. Trad. María del Pilar Hernández, p. 6, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>

4 Ob. cit., p. 6.

construcción constitucionales, y c) de las prácticas político-sociales, convertidas en convenciones constitucionales.

Una segunda vía es el cambio formal de la Constitución a través de la reforma o la enmienda constitucional.

Cabe recordar que la reforma constitucional es un proceso desarrollado por el poder constituyente o el poder constitucional reformador, para revisar y modificar parcial o totalmente la Constitución a través de los procedimientos previstos por esta.

Tanto en las normas constitucionales como en la doctrina se establecen dos modalidades de reforma constitucional. De un lado, la reforma parcial, a través de la cual se revisan, sustituyen o corrigen algunas normas sin afectar el núcleo esencial del sistema constitucional establecido por la Constitución. De otro, la reforma total, mediante la cual se sustituye o modifica el núcleo esencial del sistema constitucional, como el tipo de Estado, régimen de gobierno, el sistema o régimen político, los derechos y garantías constitucionales.

Algunas constituciones han introducido, como una especie de reforma constitucional, la vía de la enmienda para modificar la Constitución por adición y, en algunos casos, para revisar y sustituir algunas normas sin modificar la estructura y los principios fundamentales del sistema constitucional del Estado. Al respecto, cabe señalar que en América Latina, las constituciones de Ecuador, los Estados Unidos de Norteamérica, México, Paraguay y Venezuela prevén la enmienda como una vía de su modificación formal.

Con relación a los alcances de la enmienda, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su art. 340, prevé lo siguiente: “La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental”, y en su art. 341.5) dispone lo que sigue: “Las enmiendas serán numeradas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de esta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó”.

3. LAS POLÉMICAS EN TORNO A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional, dada su importancia, fue, es y será objeto de polémicas en torno a diferentes temas, tales como el procedimiento, el órgano competente para realizar la reforma, los límites, el control de constitucionalidad y la participación ciudadana en el proceso.

Con relación al procedimiento de la reforma constitucional, en el pasado, la polémica giró en torno a si este es flexible o rígido; pues surgieron dos corrientes absolutamente contrapuestas; una, que sostuvo la flexibilidad, y otra, la rigidez del procedimiento de reforma. Así, al aprobarse la Constitución de los Estados

Unidos de Norteamérica, se generó una profunda polémica en torno al tema; cada corriente de pensamiento expuso sus razones fundadas y, al final, como expresara Madison, fue preciso encontrar un sistema que protegiera “por igual contra esa facilidad extrema, que haría a la Constitución demasiado variable, y contra esa exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos”⁵. Lo propio sucedió en Francia, habiéndose saldado la polémica con la norma prevista por el art. 28 de la Constitución de 1793, en la que se declaró: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Cabe señalar que, en la actualidad, salvo excepciones, la mayoría de las constituciones han adoptado, si bien con matices, el procedimiento rígido para su reforma; de manera que la polémica se centra en torno a si el procedimiento es único o diferenciado. Conforme a la doctrina, el problema se resuelve según se trate de reformar unas u otras normas de la Constitución, es decir, a partir de una definición clara sobre si las normas de la Constitución son iguales o si existen determinadas normas que merecen una protección especial frente a la reforma. Cabe señalar que existen corrientes de pensamiento que plantean establecer procedimientos diferenciados, es decir, un procedimiento diferenciado para reformar aquellas normas “fundamentales” o “núcleo fijo” de la Constitución, que consagran los derechos fundamentales o definen el tipo de Estado, el régimen de gobierno y el sistema político con relación a las otras normas constitucionales. De otro lado, también existen corrientes de pensamiento que plantean establecer un procedimiento único de reforma, con el fundamento de que al tener dos procedimientos diferenciados pueden producirse notables disfuncionalidades en el sistema de fuentes, alterando la jerarquía paritaria de todas las normas constitucionales para crear un doble rango dentro de ellas; afirman que se terminarían creando normas constitucionales de primera frente a normas constitucionales de segunda jerarquía.

Respecto al órgano que debe efectuar la reforma constitucional, la discusión está centrada en definir si el órgano encargado de realizar la reforma es un poder distinto de los órganos del poder constituido o está fusionado con estos. No hay duda de que es importante definir con precisión el tema para que a partir de ello se puedan establecer, clara y expresamente, los términos y condiciones de la integración y funcionamiento como factor diferenciador entre el uno y los otros, de manera que ningún órgano del poder constituido pueda identificarse, en cuanto “órgano”, con el poder reformador de la Constitución.

Al respecto, la doctrina constitucional plantea distintas alternativas, a saber: la primera, que la reforma sea efectuada por el órgano legislativo, en cuyo caso este, por delegación del poder constituyente originario, se convierte en un poder

5 *El Federalista*, XLIII, trad. Esp. De G.R. Velasco, México. 1943, p. 191.

constitucional reformador; se plantea como variante a esta alternativa el que pueda involucrarse a los otros órganos, como el ejecutivo, especialmente en la iniciativa y la promulgación. La segunda, que se encomiende la función a un poder diferente al de los órganos del poder constituido, como una Asamblea Constituyente. Y la tercera, que el poder reformador esté constituido por el propio pueblo, a través de mecanismos como el referéndum popular o el plebiscito, conforme corresponda y esté previamente definido en el texto de la propia Constitución. Cabe advertir que la definición de una u otra alternativa conlleva a su vez la adopción de decisiones para lograr la operatividad práctica de la reforma constitucional.

En cuanto a los límites a la reforma constitucional, se puede señalar que es otro de los temas objeto de controversia, pues existen posiciones diferenciadas en la doctrina y en los propios actores políticos, principalmente cuando la reforma debe ser encarada por la Asamblea Constituyente.

Así, una corriente de pensamiento plantea la tesis del carácter ilimitado de la reforma constitucional realizada por la Asamblea Constituyente. Esa posición se sustenta en el concepto clásico del poder constituyente, pues considera que este, al ser originario, supremo, extraordinario y directo, no tiene un poder que le pueda imponer límites a su potestad de reformar la Constitución, razón por la que, en criterio de quienes sustentan esta posición, la potestad de reforma que tiene la Asamblea Constituyente es ilimitada, por lo que puede sustituir totalmente la Ley fundamental del Estado configurando un nuevo sistema constitucional.

En contraste con esa corriente, existe otra que sostiene la tesis del carácter limitado de la reforma constitucional. Quienes sustentan esa posición, entre ellos el autor de este trabajo, consideran que en un mundo caracterizado por los fenómenos de la globalización y la integración regional, no es posible concebir un poder constituyente con potestad absoluta de sustituir la Constitución sin límite alguno; por lo tanto, identifican los límites axiológicos, que derivan de los valores supremos, los estructurales, que emergen del ámbito social subyacente, como el sistema productivo, las clases sociales, etc., y los límites normativos autónomos, que derivan de la propia Constitución y la Ley de convocatoria a la Asamblea Constituyente o el referéndum popular, y los límites normativos heterónomos que derivan de las normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma, como aquellos que provienen de compromisos internacionales adoptados por el Estado.

Con relación al control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional también existen controversias sobre si es válido que se realice el control y cuáles son los alcances en caso de efectuarse. La corriente doctrinal mayoritaria, plasmada en normas constitucionales, sostiene la tesis positiva restringida, vale decir que se realice el control de constitucionalidad a través del órgano constitucional encargado de custodiar la Constitución; sobre los alcances del control, la posición es que se limite a la verificación del cumplimiento del procedimiento de reforma

constitucional previsto por la Constitución. En cambio, una corriente doctrinal minoritaria sostiene la tesis positiva irrestricta, es decir, que debe efectuarse el control de constitucionalidad con alcance al procedimiento de reforma así como al contenido mismo de la reforma constitucional, para evitar que el poder reformador se exceda en sus funciones produciendo una sustitución de la Constitución⁶.

Finalmente, con relación a la participación ciudadana en el proceso de reforma constitucional también se generan polémicas, principalmente respecto a la definición de los mecanismos, así como a las instancias o etapas del proceso de reforma constitucional en las que deberá hacerse efectiva la participación ciudadana.

Entonces, el reto del constitucionalismo del siglo XXI es resolver las posiciones contrapuestas en torno a los temas referidos, sobre la base de un análisis y debate amplio y abierto de los aspectos positivos y negativos de cada una de las posiciones contrapuestas, para encontrar causas que permitan encarar un proceso de reforma constitucional con amplia legitimidad democrática para adecuar la Constitución a los retos y desafíos del presente siglo.

4. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

A diferencia del pasado, en el que el tema central de debate en torno a la reforma constitucional fue el procedimiento flexible o rígido, en la actualidad uno de los temas centrales es la participación ciudadana en la elaboración y la reforma de la Constitución.

En torno al tema, tradicionalmente ha existido una desconfianza de los actores políticos en la participación ciudadana directa, pues se han expresado dudas sobre la capacidad de los ciudadanos para entender temas complejos como los propósitos, formas y estructura del poder político del Estado. De manera que los procesos de elaboración y reforma de la Constitución fueron encarados por la vía de la representación, excluyendo toda posibilidad de intervención directa del pueblo. Al respecto, se pueden mencionar, a manera de ejemplo, el caso de elaboración y aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en la convención de Filadelfia; el Consejo Parlamentario o Asamblea Constituyente alemana después de la Segunda Guerra Mundial; las asambleas constituyentes que elaboraron y aprobaron la Constitución en los Estados latinoamericanos en su nacimiento a la vida republicana y la reformaron durante su vida republicana.

6 Sobre el tema, la Corte Constitucional de Colombia ha creado la “teoría de la sustitución de la constitución” como límite a la reforma constitucional, creando una verdadera línea jurisprudencial a través de sus sentencias constitucionales siguientes: C-551 y C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C141, C-303 y C-397 de 2010, y C-574 de 2011.

Esa desconfianza de los actores políticos contrasta con la frustración de los ciudadanos frente a los procesos de reforma constitucional, ya que no encuentran en ellos una canalización de sus aspiraciones, sus visiones y proyecciones en torno a la construcción de un Estado con inclusión social, con distribución equitativa de la riqueza, con la democracia participativa no solo en el plano político sino el social, económico y cultural. Sucede que, en el régimen de la democracia representativa, los actores políticos que representan al pueblo, en la mayoría de los casos, no han plasmado en la Constitución un proyecto político de Estado que, superando la exclusión y marginación social así como la distribución inequitativa de la riqueza, permita la construcción democrática de una sociedad unida en la diversidad; al contrario, a través de la reforma han configurado en la Ley Fundamental un proyecto de ejercicio hegemónico del poder político por un determinado grupo con poder económico, político o social.

La insatisfacción de las necesidades y aspiraciones del pueblo ha generado y genera aún conflictos internos que, en muchos casos, como los de Medio Oriente, África y algunos Estados latinoamericanos, han llegado al extremo de la guerra civil, provocando fracturas internas profundas, frente a lo que es necesario promover la reconciliación entre los sectores, grupos o comunidades enfrentadas, para recomponer la unidad respetando la diversidad, cometido que no pueden lograr generalmente con facilidad las élites políticas.

Ante el panorama descrito, surgen los planteamientos que exaltan la participación ciudadana en los procesos de elaboración y reforma de la Constitución, pues es necesario operar un tránsito de la democracia electoral hacia una democracia participativa, de la democracia política hacia la democracia económica y social; de manera que el proceso de elaboración y de reforma constitucional se desarrolle sobre la base de una agenda colectiva para el cambio social, político y económico con la participación activa y efectiva de todos los actores sociales y políticos de la sociedad en forma negociada y no impuesta, para así adoptar un verdadero pacto social y político que defina las reglas básicas de la convivencia pacífica y posibilite la reconciliación nacional, para construir la unidad sobre la base de la diversidad, sin exclusiones ni marginaciones.

La participación ciudadana es especialmente necesaria en aquellos Estados en situación de conflicto extremo, donde se generan fracturas o divisiones internas, pues en esos casos, como sostiene Yash Ghai⁷, “el proceso de formulación constitucional debe cumplir la función de promover la reconciliación entre los grupos enfrentados”. Dada la situación extrema, “el propio proceso debe estar diseñado e implementarse de forma tal que fortalezca la unidad nacional y el

7 GHAI, YASH, *La Asamblea Constituyente en la elaboración de la Constitución Política*, Idea Internacional, Estocolmo – Suecia, 2006, p. 6.

sentido de una identidad nacional en común, lo cual no se logrará si no se trata de un proceso inclusivo en el que todos se sientan involucrados, y no solo las partes activamente involucradas en el conflicto. Esto significa que todos los aspectos de la diversidad nacional deberán reconocerse y quedar reflejados en el proceso, incluyendo las diversidades religiosas y lingüísticas”.

Si bien es cierto que en el contexto actual es de vital importancia la participación de los ciudadanos en la reforma constitucional, no es menos cierto que la materialización de esa participación no es una tarea fácil ni está exenta de riesgos y problemas que, de no tenerse cuidado, podrían obstaculizar y hasta hacer fracasar el proceso. En consecuencia, como señala Ghai, “al momento de diseñar el procedimiento de participación pública, resulta importante tener en cuenta algunos problemas: la manipulación del pueblo por parte de los grupos de interés, la ‘etnización’ de la opinión pública, la espontaneidad y el populismo, así como la desvalorización del papel de los expertos y el entorpecimiento de la construcción de consensos”⁸.

Entonces, para evitar que la incorporación de la participación ciudadana en los procesos de reforma constitucional se convierta en un obstáculo o haga fracasar el proceso, resulta necesario diseñar un procedimiento que soslaye los eventuales riesgos y problemas que podrían presentarse, adoptando un conjunto de medidas orientadas a ganar y fortalecer la confianza ciudadana en el proceso de reforma constitucional y su participación en él.

Entre esas medidas, se podrían señalar, de manera enunciativa, no limitativa, las siguientes: en primer lugar, garantizar que la participación ciudadana sea parte fundamental del proceso y se haga efectiva en las diferentes fases o etapas del proceso, desde la toma de decisión para iniciar el proceso hasta la refrenda de la Constitución; en segundo lugar, garantizar la transparencia y la integridad para evitar la manipulación de la ciudadanía y afianzar la confianza de los ciudadanos en el proceso de elaboración o reforma constitucional; en tercer lugar, realizar una preparación de la ciudadanía desde el punto de vista psicológico, político e intelectual, para lograr una participación efectiva y productiva, lo que supone desplegar acciones de educación ciudadana y de difusión; en cuarto lugar, adoptar adecuados métodos para recibir la opinión de los ciudadanos, así como de los grupos especializados y organizados respecto de los temas centrales que deben ser abordados en la elaboración o reforma de la Constitución; y, en quinto lugar, deben adoptarse mecanismos idóneos y efectivos para orientar el análisis y debate ciudadano para la incorporación de las propuestas y puntos de vista, así como para la construcción de acuerdos.

Con relación al tema, Yash Ghai, sobre la base de las experiencias concretas obtenidas en procesos realizados en África y Medio Oriente, afirma lo siguiente:

8 Ídem, p. 8.

“Gran parte de la discusión sobre la participación popular se centra en la relación entre las instituciones responsables de elaborar la Carta Magna, y el pueblo o las organizaciones sociales. Pero igualmente importantes –y en algunos aspectos incluso más– pueden resultar las iniciativas que asuman las organizaciones de la sociedad civil –sindicatos, organizaciones de mujeres, grupos comunitarios de carácter religioso o cultural, personas discapacitadas, minorías, centros de análisis estratégico– en términos de facilitar el debate público, educar al pueblo sobre las complejidades y significación del proceso, agrupar y movilizar a la opinión pública, realizar investigaciones, convocar a reuniones y conferencias, hacer trabajo de incidencia y cabildeo y divulgar ideas, trabajando no solamente en hoteles de lujo y en los medios de comunicación –a menudo en otros idiomas–, sino también en las zonas rurales, en los rincones alejados del país e involucrándose con la gente más que pontificando. De esta forma, incluso si el proceso formal prevé en poca medida la participación formal, la voz del pueblo será escuchada”⁹.

Como se podrá advertir, la incorporación de los ciudadanos al proceso de la reforma constitucional, más allá de las normas básicas que estén consignadas en el ordenamiento jurídico vigente, requiere de una verdadera voluntad política y una profunda convicción democrática de los actores políticos, pues solo así estará garantizado que esa participación, de un lado, no se constituya en un obstáculo para el logro de los objetivos y, de otro, sea exitosa para adecuar la Constitución a los cambios sociales, políticos y económicos o, en su caso, pacificar a la sociedad a través de la construcción de acuerdos que permitan la reconciliación nacional.

Cabe destacar que la participación ciudadana no debe ni puede reducirse solo al procedimiento de activación del proceso constituyente y la refrenda de la Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente; es necesario que sea continuo como parte esencial de todo el proceso; de manera que los ciudadanos tengan la oportunidad de participar en la construcción de los acuerdos previos, presentar propuestas o proyectos, opinar sobre el proyecto del texto de la reforma constitucional, intervenir en los diálogos con la Asamblea Constituyente. En suma, que la participación sea cualitativa, al constituirse en deliberativa, y no cuantitativa, al reducirse a una simple suma de intereses y demandas.

4.1. LA PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIÓN PARA INICIAR EL PROCESO

En la mayoría de las constituciones se tiene previsto el procedimiento para su reforma y consiguiente adecuación a los cambios sociales, económicos y políticos.

9 Ídem, p. 9.

Cabe anotar que existe una diversidad de regulación normativa respecto a los alcances y el procedimiento de la reforma constitucional. Algunas constituciones prevén solamente la reforma parcial a efectuarse a través del poder constitucional reformador y con un procedimiento especial. En cambio, otras prevén la reforma parcial y también la total, a cuyo efecto introducen procedimientos especiales y debidamente diferenciados, encomendando la reforma parcial al poder constitucional reformador y la reforma total al poder constituyente.

Pero sucede que se presentan casos de Estados con conflictos internos extremos que requieren de cambios radicales en su sistema constitucional, configurado por la Constitución para poder lograr la unidad sobre la base de la reconciliación nacional. En esos casos, los procedimientos de reforma constitucional a través del poder constitucional reformador no son suficientes debido a razones de orden jurídico y político. En el orden jurídico, el procedimiento previsto en la Constitución vigente solo prevé las enmiendas o reformas parciales, lo que imposibilita encarar una reforma total que permita un nuevo diseño del sistema constitucional del Estado, superando las deficiencias y limitaciones que generan los conflictos internos; no deben olvidarse aquellas cláusulas pétreas introducidas en la Ley Fundamental del Estado, que imposibilitan una reforma total. En el orden político, se presentan dificultades debido a que los detentadores del poder político, al amparo de la Constitución vigente, controlan la mayoría en el poder constitucional reformador, con lo que ejercen un control del procedimiento de enmienda o reforma oponiéndose al cambio profundo y radical porque consideran amenazados sus intereses económicos y sociales que se encuentran bien protegidos por la Ley Fundamental vigente.

Ese fue y aún es el caso de las constituciones de algunos Estados en África, Medio Oriente, Europa y América Latina. Ante esas dificultades, que pueden constituirse en una barrera para la solución de situaciones de crisis o conflicto interno extremo que atraviesa un Estado, una vía de solución es el ejercicio del poder constituyente que se origine en la voluntad soberana de los ciudadanos.

Algunas de las constituciones reformadas en las últimas décadas del siglo xx y la primera del presente han previsto su reforma total o sustancial por vía de la Asamblea Constituyente, convocada sobre la base de la decisión adoptada por el pueblo; introduciendo, a ese efecto, mecanismos de participación ciudadana para la activación del procedimiento de reforma constitucional. Entre esas constituciones se pueden citar, a manera de ejemplo, algunas de América Latina.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia¹⁰ prevé su reforma parcial y total; a ese efecto, en su art. 411, establece la participación ciudadana para la acti-

10 La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, promulgada el 07 de febrero de 2009, en su art. 410, prevé textualmente lo siguiente: "I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá

vación del procedimiento de su reforma total por vía de la Asamblea Constituyente; también prevé la participación ciudadana para la activación de su reforma parcial.

La Constitución de Ecuador¹¹, en su art. 441.1), prevé la participación ciudadana para introducir enmiendas; en su art. 442, introduce la iniciativa ciudadana para su reforma parcial, y en su art. 444, para su reforma total.

En la República de Colombia¹², su Constitución de 1991, en su art. 375, prevé la participación ciudadana para activar su reforma parcial por vía de actos legislativos; y en su art. 376, establece la participación ciudadana para la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

La Constitución de la República de Paraguay¹³, en su art. 289, prevé la participación ciudadana para activar la reforma constitucional mediante la convocatoria a la Convención Nacional Constituyente; y, en su art. 290, establece la participación de los ciudadanos para introducir enmiendas a la Constitución.

lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado (...). II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado (...).

- 11 La Constitución de la República de Ecuador, promulgada el 20 de octubre de 2008, en su art. 441.1), prevé lo siguiente: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1) Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral”; en su art. 442, prevé lo que sigue: “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional”; finalmente, en su art. 444, dispone lo siguiente: “La Asamblea Constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral”.
- 12 La Constitución de la República de Colombia, promulgada el 06 de julio de 1991, en su art. 375, prevé lo siguiente: “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”; y en su art. 376, dispone lo que sigue: “Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine”.
- 13 La Constitución de la República de Paraguay, promulgada el 20 de junio de 1992, en su art. 289, prevé lo siguiente: “La reforma de esta Constitución sólo procederá luego de diez años de su promulgación. Podrán solicitar la reforma el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República o treinta mil electores, en petición firmada”; y en su art. 290, dispone lo que sigue: “Transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores, en petición firmada”.

En la República de Perú, su Constitución¹⁴, en su art. 206, prevé la participación ciudadana en la iniciativa de la reforma constitucional.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁵, en su art. 342.2), prevé la participación ciudadana para introducir enmiendas a la Constitución; en su art. 342, establece la participación ciudadana para la reforma parcial; y, en sus arts. 347 y 348, prevé la participación ciudadana para tomar la iniciativa para la convocatoria a la Asamblea Constituyente y el referendo consultivo para materializar la convocatoria.

Resulta necesaria la participación de los ciudadanos para activar la reforma constitucional sustancial a través de la convocatoria a Asamblea Constituyente, especialmente en aquellos casos en los que el Estado enfrenta un conflicto interno extremo, pues con ello se involucra al pueblo en la toma de las decisiones trascendentales, especialmente de aquellos sectores sociales en conflicto, lo que le otorga amplia legitimidad al proceso de la reforma constitucional y abre el camino para la construcción de los acuerdos políticos que viabilicen la reconciliación nacional.

Para que la participación ciudadana sea efectiva en la toma de decisión para iniciar el proceso de reforma constitucional, es necesario definir con claridad los mecanismos y procedimientos de participación para evitar la manipulación de la voluntad ciudadana, ya sea a favor o en contra de la activación de la reforma.

Con relación a cómo se activa la convocatoria a consulta popular para tomar la decisión para convocar a la Asamblea Constituyente, es de vital importancia que se tomen decisiones sobre los siguientes temas: a) quién o quiénes toman la decisión de realizar la convocatoria; al respecto, resulta normal que la decisión pueda adoptarla el presidente del Estado o jefe de gobierno; el órgano legislativo, por petición de una parte de sus integrantes, pero, además de las autoridades referidas,

14 La Constitución de la República de Perú de 1993, en su art. 206, prevé lo siguiente: “La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

15 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su art. 341.1), prevé lo siguiente: “Las enmiendas a la Constitución se tramitarán en la forma siguiente: 1) La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral (...)”; en su art. 342, dispone lo que sigue: “La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten”; en su art. 347, dispone lo siguiente: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”, y en su art. 348, prevé lo que sigue: “La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el registro civil y electoral”.

resultará legítimo que una porción importante del pueblo, entre un 10 y un 25% de ciudadanos que conforman el padrón electoral, tome la decisión formulando su determinación ante el órgano legislativo para que realice la convocatoria, y b) quién y cómo realiza la convocatoria; con relación al tema, lo operativo será que el órgano legislativo realice la convocatoria mediante una Ley, encomendando al organismo electoral la tarea de organizar y administrar la consulta popular.

Con relación a la realización de la consulta popular, es necesario definir con claridad el quórum para la realización válida de la consulta. Esto supone definir el número mínimo de ciudadanos que deben concurrir a emitir su voto para que la consulta sea declarada válida; al respecto, considerando la legitimidad de la que deben estar revestidos la consulta y el resultado de la misma, el quórum debiera constituirse con la concurrencia mínima del 75% de los ciudadanos. Asimismo, deberá definirse cuál es la votación afirmativa mínima que se requiere para declarar válida la decisión de convocar a la Asamblea Constituyente; al tratarse de la etapa de activación del proceso, la decisión deberá adoptarse con la votación afirmativa de la mayoría absoluta de votos.

4.2. LA PARTICIPACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE ACUERDOS

En aquellos casos en los que un Estado presenta graves conflictos internos, que dan lugar al surgimiento de grupos divididos y enfrentados, la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente requiere de la construcción de acuerdos previos en torno a los fines y objetivos, así como los alcances de la reforma constitucional, sobre cuya base será posible diseñar un sistema electoral que permita la inclusión de todos los sectores sociales y actores políticos del Estado. Así, la Asamblea Constituyente tendrá una conformación inclusiva y gozará de amplia legitimidad para encarar la tarea de adoptar un nuevo pacto social y político que esté plasmado en la Constitución reformada.

Esta etapa resulta crítica para determinar o influir en las decisiones que se tomarán en las etapas posteriores del proceso de reforma constitucional, entre ellas, el papel y la condición jurídica que tendrá la asamblea. Por ello, es de vital importancia la participación de los ciudadanos en ese proceso de construcción de los acuerdos previos. Ello exige la adopción de mecanismos que posibiliten una efectiva participación ciudadana, a través de las organizaciones de la sociedad civil, tales como asociaciones, sindicatos, colegios de profesionales, organizaciones de mujeres, grupos comunitarios de carácter religioso o cultural, personas con discapacidad, grupos étnicos y culturales, además de personas que generen corrientes de opinión pública.

Para garantizar una participación efectiva y productiva, resulta necesario desplegar acciones orientadas a educar al pueblo sobre la importancia, significación

y complejidades del proceso, generar corrientes de opinión pública en torno a la necesidad de reformar la Constitución, facilitar el debate público, impulsar y apoyar investigaciones sobre las necesidades y requerimientos de la reforma constitucional para luego divulgarlas, convocar a reuniones y conferencias; estas actividades no deben centrarse solo en las áreas importantes, como las urbanas, sino abarcar todo el espectro geográfico del Estado, lo que implica incorporar el sector rural y aquellos sectores aislados de la sede de gobierno.

El proceso tendrá éxito en la medida en que, tanto en esta etapa como en las posteriores, se incluyan a los que tradicionalmente fueron excluidos del poder político y económico para que sean parte de la adopción del nuevo pacto social y político. Es importante tener en cuenta que, como manifiesta Ghai, el pueblo marginado por el sistema político con frecuencia se agita en torno al establecimiento de una Asamblea Constituyente. Así, concluye Ghai, en países como las Filipinas, Kenia, Zambia, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, el pueblo ha demandado muchas veces su conformación, aunque, lamentablemente, no todos los procesos impulsados por una Asamblea Constituyente son inclusivos ni participativos¹⁶.

Es cierto que la Asamblea Constituyente, por sí sola, no garantiza la inclusión de los sectores sociales tradicionalmente excluidos ni una efectiva participación ciudadana en el proceso. Precisamente por ello, es necesario generar conciencia sobre la importancia de la inclusión y la participación, además de adoptar mecanismos y procedimientos que hagan efectiva la inclusión y participación social; ello será posible si antes de realizar las elecciones de los asambleístas se construyen acuerdos con amplia participación ciudadana.

4.3. LA PARTICIPACIÓN EN LA CONFORMACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Otro ámbito en el que debe operar la participación ciudadana, como parte del proceso de reforma constitucional, es en la conformación de la Asamblea Constituyente, que deberá materializarse, de un lado, en la votación para elegir a los asambleístas y, de otro, en la integración misma de la asamblea.

Tomando en cuenta la importancia que tiene la tarea que desarrollarán los asambleístas, estos deben estar dotados de un alto nivel de representatividad y legitimidad, razón por la que deberán tomarse las previsiones necesarias para garantizar que la mayor cantidad, si no todos, los ciudadanos participen en las elecciones emitiendo su voto. Ello exige la adopción de medidas concretas, como las de levantar cualquier vestigio de obstáculo para la participación ciudadana que

16 Ob. cit., p.15.

tenga su base en razones de raza, idioma, credo religioso o militancia política, que en situaciones de graves conflictos internos los detentadores del poder pudieran intentar imponer para evitar que los sectores sociales opuestos queden excluidos del proceso. Entonces, debe procederse a la apertura del padrón electoral para registrar a todos los ciudadanos que no lo estuvieran.

También será importante que el órgano electoral, encargado de organizar y dirigir el proceso electoral, desarrolle una intensa campaña de información sobre la finalidad que se persigue con la reforma constitucional, la importancia de organizar la Asamblea Constituyente con el voto popular y las tareas que realizará la misma; ello, con la finalidad de generar una conciencia ciudadana en torno a la importancia de su participación efectiva en la elección de los asambleístas que, en su representación, adoptarán un nuevo pacto social y político, fijando las normas básicas para la convivencia pacífica.

En cuanto a la integración de la Asamblea Constituyente, resulta de vital importancia para el éxito del proceso el garantizar la inclusión de representantes de todos los sectores y actores sociales, políticos, económicos y culturales, de manera que la composición sea verdaderamente inclusiva y participativa. Esto, con el objeto de que la asamblea se constituya en el escenario del debate plural y democrático para construir y adoptar un nuevo pacto social y político que permita superar los conflictos internos extremos y lograr la reconciliación nacional entre las fracciones en conflicto.

Para el logro de ese cometido, será muy importante adoptar un sistema electoral adecuado que garantice, de un lado, la representatividad de los asambleístas y, de otro, la distribución proporcional, evitando que los escaños se concentren en las mayorías circunstanciales, marginando a los grupos minoritarios. No es fácil combinar los criterios de representatividad, pluralidad y proporcionalidad; ello exige de una verdadera ingeniería electoral, pero ese es el reto para lograr un proceso participativo exitoso.

4.4. LOS DIÁLOGOS CON LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La composición plural de la Asamblea Constituyente, con representantes de los diferentes sectores y actores sociales, políticos, económicos y culturales, no debe ser entendida como una forma de plena participación ciudadana. Por lo tanto, no debe dar lugar a la exclusión de otras formas de participación directa en el proceso mismo de elaboración del nuevo texto de la Constitución, especialmente en aquellos casos en los que el Estado enfrenta un conflicto interno extremo; al contrario, siendo la finalidad de la reforma constitucional superar el conflicto logrando la reconciliación nacional, deberá incentivarse la participación de los ciudadanos en la fase de elaboración del anteproyecto de las reformas constitucionales.

En efecto, será de vital importancia que la Asamblea Constituyente, antes y durante la elaboración del texto del anteproyecto de las reformas que serán introducidas a la Constitución, reciba de la ciudadanía sus percepciones y opiniones respecto a la crisis o el conflicto, a la realidad social, económica y política imperante y, asimismo, reciba sus demandas y propuestas.

Cabe referir que existen diferentes modalidades de inclusión de la participación ciudadana en esta fase con experiencias positivas en algunos casos, y negativas en otros.

Una de las modalidades que fueron empleadas con resultados importantes es que la Asamblea Constituyente reciba, a través de sus comisiones, encuentros y diálogos con las organizaciones de la sociedad civil y personas que generan corrientes de opinión pública, sus percepciones y opiniones sobre la situación de crisis que motiva la activación del proceso de reformas constitucionales; también, las sugerencias o propuestas concretas de reformas que los participantes del diálogo consideran deben ser introducidas en la Constitución. Esta modalidad fue aplicada, entre otros, en el proceso constituyente del Estado boliviano, que se desarrolló entre agosto de 2006 y diciembre de 2007. Las comisiones de la Asamblea Constituyente organizaron encuentros territoriales en las diferentes ciudades del país con las organizaciones de la sociedad civil y personalidades del ámbito académico, eventos en los que sostuvieron fructíferos diálogos y recibieron importantes insumos con demandas y propuestas que, en última instancia, orientaron su accionar.

Otra modalidad es que la Asamblea Constituyente conforme una comisión o un comité de expertos o personas con la suficiente experiencia para elaborar el anteproyecto del texto de reformas o de la nueva Constitución, que luego será analizada, debatida y votada en la plenaria de la Asamblea Constituyente. Es esa comisión la que, por delegación de la plenaria, promueve la participación ciudadana organizando conversatorios, foros, debates, mesas redondas o seminarios, eventos en los que recibe valiosos insumos para el cumplimiento de la misión encomendada. Tal como refiere Ghai en el trabajo antes referido, esta modalidad fue empleada en procesos encarados por Alemania, Uganda, Tailandia, Kenia, Etiopía, Nepal y Afganistán.

Refiriéndose a los aspectos positivos de esta segunda modalidad, Ghai¹⁷ manifiesta lo siguiente: “La ventaja de tales comités es que esta parte del proceso permite hasta cierto punto tomar distancia de los partidos, aprovechar el conocimiento de expertos, promover la participación y formular propuestas orientadas en mayor medida hacia los intereses nacionales que hacia los sectarios, y en consecuencia sentar bases justas para la negociación. Si el proceso completo queda en manos de los partidos, puede ser muy difícil llegar a arreglos. Tal fue, por ejemplo, la experiencia en Fiji, en donde las negociaciones tras los golpes de Estado de 1987

17 Ob. cit., p. 31.

no permitieron llegar a ningún compromiso, que sí se logró cuando una comisión, conformada para realizar las funciones arriba descritas, produjo un anteproyecto que se sometió a negociación entre los partidos. Muchos otros países han tenido experiencias similares positivas. Una ligera variante se dio en Timor Oriental, donde se conformaron una serie de comités constitucionales con la función de recorrer el país, reunirse con la gente y solicitar sus puntos de vista sobre la constitución”.

4.5. LA REFRENDA DE LA CONSTITUCIÓN

Una última fase del proceso de reforma constitucional, no menos importante, en la que debe incluirse la participación de los ciudadanos es en la refrenda de las reformas elaboradas, discutidas y aprobadas por la Asamblea Constituyente, que integran el nuevo texto de la Constitución.

La participación ciudadana en esta fase tiene particular importancia, ya que activa el límite estructural al ejercicio del poder constituyente, pues es a través de la refrenda que el pueblo, como titular la soberanía, tomará la decisión de aprobar el texto de la Constitución reformada que fue elaborado y aprobado por la Asamblea Constituyente o, en su defecto, rechazarlo porque en ese nuevo texto constitucional no se plasma un proyecto político de Estado que posibilite la convivencia pacífica y la construcción democrática de la sociedad, lo que significa que los ciudadanos no aceptan ni aprueban el diseño propuesto porque no responde a la realidad social, económica y política o no responde a sus demandas y aspiraciones.

El éxito de la participación ciudadana en esta fase del proceso dependerá de la adopción de medidas concretas referidas a la difusión del texto sometido a la refrenda, al quórum reglamentario, la modalidad de la pregunta y la votación mínima requerida para que quede refrendado el texto constitucional sometido a consulta.

Con relación a la difusión del texto constitucional elaborado y aprobado por la Asamblea Constituyente, que será sometido a la consulta popular, cabe señalar que para tener éxito con la participación ciudadana será necesario que el organismo electoral, encargado de organizar y administrar el referendo popular, despliegue acciones para realizar una difusión didáctica, con una explicación sencilla y clara del contenido del texto. Esa difusión deberá tener un alcance amplio e irrestricto, a cuyo efecto, en Estados con una estructura social multicultural, deberá efectuarse la traducción a los diferentes idiomas y dialectos que son utilizados por los pueblos originarios.

Sobre la base de la difusión oficial realizada por el organismo electoral, los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas, organizaciones de la sociedad civil o las personas interesadas podrán expresar y difundir públicamente sus ideas, pensamientos y opiniones respecto a los alcances, bondades, limitaciones o deficiencias del texto constitucional sometido a consulta popular. Esto significa que podrán

desarrollar pública y libremente una campaña a favor o en contra de la aprobación del texto de la reforma constitucional. Se trata del desarrollo de un debate público y democrático en torno al trabajo de la Asamblea Constituyente.

Respecto al cuórum reglamentario, para que la consulta sea válida, dada la trascendencia de la reforma constitucional, lo óptimo sería definir que se constituya con la asistencia mínima del 80% de los ciudadanos que conforman el padrón electoral. Si bien es cierto que ese porcentaje de concurrencia es elevado y pueden existir dificultades para lograrlo, especialmente en aquellos Estados que enfrentan conflictos internos extremos, no es menos cierto que con una buena labor del organismo electoral, así como de los actores políticos, es posible lograrlo, pues es importante tener presente que la participación ciudadana en la refrenda del nuevo texto constitucional es la última fase del proceso de reforma constitucional en el que los ciudadanos ya tuvieron una participación activa para activar el proceso, conformar la Asamblea Constituyente y sostener diálogos en la fase de elaboración y redacción del anteproyecto de las reformas. Entonces, si ya se logró involucrar a los ciudadanos en el proceso de la reforma constitucional en las etapas referidas, será posible involucrarlos para la última y decisoria etapa de la refrenda.

Un factor importante para lograr la participación ciudadana activa en la refrenda del nuevo texto constitucional es la acción de generación de una conciencia social y de un compromiso con el proceso de reforma constitucional, a través de una planificada, adecuada y transparente difusión de la información sobre el proceso, así como del texto elaborado y aprobado por la Asamblea Constituyente, que se somete a la consulta popular con una explicación clara y detallada de su contenido.

Con relación a la modalidad de la pregunta que será efectuada a los ciudadanos para la refrenda del nuevo texto constitucional, existen dos alternativas:

La primera, que se plantee una pregunta cerrada sobre si el ciudadano consultado está de acuerdo en refrendar el nuevo texto constitucional elaborado y aprobado por la Asamblea Constituyente. Se trata de una alternativa en la que el pueblo tiene como única opción el aprobar o rechazar todo el texto. Esa fórmula es poco democrática y puede generar dificultades en su aplicación, pues no será poco frecuente que algunos ciudadanos estén de acuerdo con una parte del texto y en desacuerdo con otra, situación ante la que muchos optarán por rechazar el todo, a pesar de estar de acuerdo en parte o viceversa; otros optarán por no responder a la pregunta.

La segunda, que se plantee lo que se conoce como pregunta abierta, ello significa que la consulta será planteada por partes del contenido de la reforma; así, podría plantearse si está de acuerdo con relación a las reformas sobre el régimen de gobierno y sistema político; sobre el catálogo de los derechos fundamentales o las garantías constitucionales; sobre los valores supremos o principios fundamentales; sobre la estructura económica-financiera; sobre el nuevo procedimiento de reforma

constitucional. Se trata de una alternativa más democrática, ya que el ciudadano tiene la posibilidad de aprobar aquellas partes con las que está de acuerdo y rechazar aquellas con las que no está de acuerdo. Sin embargo, esta alternativa no es de fácil manejo y exige de una adecuada organización y dirección del proceso de consulta, pues será necesario realizar una educación ciudadana respecto al uso de la fórmula, una amplia y adecuada difusión del texto constitucional que será sometido a consulta, y una explicación detallada sobre los alcances, las limitaciones, ventajas y desventajas del nuevo diseño constitucional del Estado.

Finalmente, respecto a la votación mínima para la refrenda del nuevo texto constitucional, debe fijarse mínimamente en los dos tercios del total de votos válidos, tomando en cuenta que la Constitución, al ser la norma suprema del Estado que fija las reglas básicas para la convivencia pacífica, debe contar con un alto grado de legitimidad, para lo que debe emerger de un pacto social y político con un alto nivel de inclusión social; por lo tanto, aprobado con la mayor participación ciudadana posible.

BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL, M. (coord.). *Teoría de la Constitución*. Ensayos Escogidos México, Porrúa, 2000.

DA SILVA, J. A. “Mutaciones constitucionales”, Trad. María del Pilar Hernández, México, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n.º 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1999, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>

DE VEGA, P. *La reforma constitucional y problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 2011.

GHAI, Y. *La Asamblea Constituyente en la elaboración de la constitución política*, Idea Internacional, Estocolmo - Suecia, 2006.

GORAN ROLLNERT, L., *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32740-1.pdf>.

GUASTINI, R. “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa y UNAM, 2000.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed, Barcelona - España, ARIEL, 1979.

MADERO ESTRADA, J. M. “La reforma constitucional relevante. Libertades fundamentales y control judicial de la Constitución”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, TIV, V2.

- NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución, en la teoría y la práctica constitucional”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15 n.º 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.
- RASCADO PÉREZ, J. y GARCÍA CAMINO, F. *La interpretación constitucional en el sistema jurídico mexicano*, México, 2013, disponible en aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../16933
- RIVERA SANTIBÁÑEZ, J. A. *El proceso constituyente en Bolivia. Reflexiones sobre la reforma de la Constitución*, Cochabamba, Kipus, 2005.
- RODRÍGUEZ SALDAÑA, M. “Reforma constitucional y participación ciudadana en México”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, TIV, V2.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, C. *Poder constituyente*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.
- ÚRIBE ARZATE, E. y CORREA ESQUIVEL, G. A. “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, en *Revista de Derecho* n.º 38, Barranquilla, 2012, disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3424/3009>
- VANOSI, J. R. *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM, 2002.

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA*

Nueva Constitución y reforma constitucional

SUMARIO

1. Proemio. 2. El procedimiento partero de la nueva Constitución. 3. La nueva Constitución en el Programa de Gobierno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria. 4. Conclusiones.

I. PROEMIO

La presente ponencia en este Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional sobre la nueva Constitución es una visión personal y, al mismo tiempo, revisita del tema antes expuesto en coloquios realizados durante el año 2014 en la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales en Santiago, presidido por el académico José Luis Cea Egaña y en su capítulo de Valparaíso presidido por el académico Agustín Squella Narducci. La ponencia tiene la pretensión de motivar un debate acerca del ejercicio del poder constituyente en el “nuevo ciclo” (Hidalgo)¹ que vive nuestro país. Inicialmente, se produjo un sustancioso debate en el seno de la Agrupación de Constitucionalistas Socialistas (ACS), desarrollado en el Instituto Igualdad y, más tarde, en el Centro de Estudios Públicos, por lo que es menester agradecer los comentarios y críticas recibidas. Con todo, su contenido en nada compromete al actual Gobierno o a los partidos que le dan soporte, ni a las definiciones que este realice acerca de la operación constituyente.

El Programa de Gobierno y la voluntad política del Gobierno en este cuatrienio es abrir o promover un proceso constituyente que otorgue a Chile una nueva Carta o estatuto del poder, originada, discutida y promulgada en democracia, y mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que seguirán el poder ejecutivo y la “coalición” gobernante para cumplir tal objetivo. Así, mientras unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que el pueblo directamente se otorgue una nueva Carta Magna. Entre medio, diversas opciones intermedias también han estado presentes en el debate, como la de un plebiscito para abrir formalmente el proceso constituyente, definiendo así la necesidad de una nueva Constitución o de una Asamblea Constituyente².

* Francisco Zúñiga Urbina, profesor titular de la cátedra de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1 HIDALGO, PAULO, “El ciclo político de la concertación (1990-2010)”, Uqbar editores, Santiago, 2011, pp. 30 y ss.

2 Consultar a ATRIA L., FERNANDO: “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, en libro coordinado por FRANCISCO ZÚÑIGA U. *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 39-47. También de F. ATRIA L. “Nueva

Este debate acerca de la forma o “procedimiento” no escapa a los reduccionismos, maximalismos o afirmaciones realizadas desde un estilo hierático o posturas coriáceas. En esta perspectiva, no dejan de llamar la atención poderosamente las posiciones polares y erradas (posiciones teóricas y prácticas) frente a la Asamblea Constituyente y, en menor medida, al “plebiscito”.

Hablamos de posturas polares en torno a la Asamblea Constituyente, dado que pendularmente para unos es una opción demonizada (dado que da cuenta de un momento revolucionario o “salto al vacío” divorciado de nuestra realidad), y para otros es una opción fetichizada (es el único procedimiento auténticamente democrático, legítimo, puro, no tramposo y adecuado para el momento de crisis política profunda por la que atraviesa el país) y opiácea (es un maná caído a la tierra, trae consigo solución o un bálsamo a nuestros problemas y quejas); casi un sucedáneo de la fe en general o de la fe en una “edad de oro”. En ocasiones, tal fetichismo reviste un cierto embelesamiento con las propias ideas acerca del ejercicio del poder constituyente, como ocurre con la afirmación desde el éxtasis y fulgor: “... se trata de lograr el desarrollo de la demanda ciudadana por nueva constitución hasta el punto en que cualquier solución distinta a una Asamblea Constituyente sea ridícula” (Atria).

También afirmamos que posturas erradas se mantienen sobre esta debatida cuestión, dado que la Asamblea Constituyente es un mecanismo o procedimiento más de la panoplia de mecanismos para ejercer el poder constituyente derivado u originario (ni la Asamblea Constituyente, ni el congreso constituyente ni el referéndum constituyente son sinónimos del poder constituyente originario), y opera la mentada asamblea como un órgano de representación política, deliberación política y decisión política (en que sus integrantes o asambleístas son parte de la élite política), mediado por partidos políticos; es decir, casi inevitablemente sometida a una lógica “parlamentaria” (de acuerdos, compromisos “apócrifos” y “cocinas”), con un rasgo peculiar: posee una función-potestad constituyente principal que se agota en su tarea de alumbrar la Constitución; y solo por excepción tal asamblea es también un “congresillo” (como se la denomina en nuestra América) revestido de poderes instituidos para intervenir la institucionalidad que fenece en procesos de cambio político.

Al mismo tiempo, se observa cierta impaciencia frente a la actual procrastinación o diferimiento de la operación constituyente, fruto probablemente de definiciones de estrategia política; procrastinación superada parcialmente al anunciarse ofi-

Constitución y poder constituyente: ¿Qué es “institucional”?”, trabajo inédito de 2014. También “Reformas constitucionales” *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Edición Especial, marzo, 2014. Además, el libro de FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA *Nueva Constitución: reforma y poder constituyente en Chile*, edita UNAM, México, DF, 2014.

cialmente para septiembre de 2015 la apertura del “proceso constituyente”. Con motivo del discurso acerca del Estado de la nación con fecha 21 de mayo de 2015, la Presidenta de la República destacó que este proceso debe contar con un amplio acuerdo político nacional.

Con todo, si bien el Gobierno aún no ha determinado la forma o procedimiento conforme al cual cumplirá su cometido, sí contamos con algunas definiciones muy elementales, en el sentido de que tal procedimiento debe ser institucional, democrático y participativo. El Programa de Gobierno hecho público por la Presidenta Bachelet durante la pasada campaña electoral expone estos lineamientos en los siguientes términos:

La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional, y iii) participativo.

Proceso Democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso Institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso Participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición.

Tales definiciones elementales no permiten *ex ante* definir el procedimiento o forma. Luego, a título puramente prospectivo, a continuación se revisarán algunas fórmulas hipotéticas conforme a las cuales se abre el proceso constituyente conducente a una nueva Constitución.

2. EL PROCEDIMIENTO PARTERO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Por otra parte, una importante reforma política impulsada por el Gobierno a la legislación electoral relativa a la generación de las cámaras del Congreso Nacional, conducente a sustituir la fórmula empírica binominal por una fórmula proporcional corregida (D’Hondt), despachada durante el mes de enero de 2015 (Ley n.º 20.840), permite superar los “empates” forzados por el binominalismo y refor-

zar el pluralismo político organizacional y, al mismo tiempo, pensar el proceso de cambio constitucional integrando a él la elección general de 2017, con un Congreso Nacional reforzado en su legitimidad democrática. Esta reforma política, sumada a la reforma constitucional acerca de la integración de las cámaras del Congreso Nacional, elimina uno de los enclaves autoritario-institucionales (“amarres” o “trampas”) heredados de la dictadura, que pesaba como una losa sobre la legitimidad del Congreso Nacional y posibilitaba una práctica política “binominal” de alianzas o coaliciones, un proceso político de empates forzados y de decisiones precedidas por una lógica de “acuerdos” que, a los inicios de la transición se la denominó “democracia de los acuerdos”. En ese primer ciclo de la transición, la cámara alta del Congreso Nacional llegó a tener hasta un 20% de senadores por derecho propio e institucionales, es decir, senadores de generación autocrática, enclave removido recién con la reforma constitucional de 2005.

En suma, a partir de las elecciones generales de 2017, el Congreso Nacional tendrá una legitimidad democrática distinta, y el pluralismo político organizacional se verá expresado con mayor nitidez en su integración; integración que previsiblemente tendrá menores barreras de entrada y mayor competencia político-electoral, a pesar del sufragio voluntario con inscripción automática establecido a partir de 2009.

En el presente y futuro inmediato, la agenda de reformas políticas en Chile aparece dominada por la necesidad de renovar el estatuto regulatorio de la relación política-dinero para hacer frente a fenómenos de financiación ilegal de partidos y procesos electorales, a fenómenos de corrupción, nepotismo, peculado, y otros innombrables que minan la legitimidad de las instituciones y el prestigio de las élites, en particular de la “clase política”. La creación de una comisión *ad hoc* para tal marco regulatorio y la reacción expedita y enérgica que la ciudadanía demanda tiene dos efectos inmediatos: ralentiza el proceso constituyente, al cambiar las prioridades, por una parte, y da un nuevo aire al discurso de la Asamblea Constituyente que deviene en opiácea, una suerte de maná redentor (una suerte de solución inmediata) para los serios problemas que presenta la organización republicana y su piso ético-político mínimo.

Engarzado con lo anterior para superar el estado actual de crisis política, de legitimidad y de instituciones, se propone una salida hacia adelante refundando las “relaciones entre economía y política” (M. A. Garretón), como sustrato del cambio de las “reglas del juego”.

Por otra parte, se observa en las posiciones de defensa de una Asamblea Constituyente un retroceso relativo. Para desatar el proceso constituyente, se plantea por constitucionalistas progresistas una propuesta adoptada por la bancada transversal por la Asamblea Constituyente, un “plebiscito constituyente” o, mejor dicho, un referéndum en que consulte a la ciudadanía acerca de la necesidad de una Asamblea Constituyente como mecanismo partero de una nueva Constitución. Tal mecanis-

no se origina en una reforma constitucional al efecto (M.A. Garretón), que tiene cobertura explicativa en un trabajo reciente de Atria, convertido en creyente de la soberanía “nacional” ejercida a través del “plebiscito”, el que estaría blindado frente a los controles de regularidad constitucional (en particular del Tribunal Constitucional) al ser convocado en la propuesta por el presidente de la República con acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional, las que no podrían activar un eventual control contramayoritario, y así se cierra el círculo³.

Para ello, se postula modificar el n.º 4 del artículo 32 de la Constitución, estableciendo la atribución del presidente de la República para convocar al “plebiscito en el caso de reforma constitucional”, poniéndose de relieve la ventaja que esta atribución concierne al capítulo IV de la Carta y por ende solo posee un quórum reforzado ordinario de tres quintas partes de diputados y senadores en ejercicio para su aprobación en el Congreso Nacional. Tal “plebiscito en caso de reforma constitucional” permitiría a la ciudadanía definir si habría nueva Constitución o Asamblea onstituyente⁴.

Huelga decir que observamos en la propuesta de “plebiscito constitucional” algunos flancos críticos. Primero, está imbuida de un vértigo plebiscitario propio de una “democracia plebiscitaria”, dado que el mecanismo propuesto está abierto no solo a un proceso constituyente sino, eventualmente, para gobernar cotidianamente bajo esta pulsión; modelo (“democracia plebiscitaria”) de desarrollo democrático

3 M. A. GARRETÓN, “Crisis estructural y corrupción institucionalizada: ¿cómo se sale?”, publicado en *El Mostrador*, 27.04.2015. ATRIA L., FERNANDO “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, ob. cit. pp. 40-47.

4 Recientemente, una treintena de diputados que formaron la “Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente” –formada, en los hechos, por parlamentarios de los partidos Socialista, Comunista, Radical, Por la Democracia, Liberal y dos independientes– presentaron un proyecto de reforma constitucional que permita la convocatoria a un plebiscito en que sea el pueblo el que decida si se convoca o no a una Asamblea Constituyente. Si bien esa es su motivación expresada en el texto de su moción, lo cierto es que la reforma planteada es más general, pues no se circunscribe solamente al proceso constituyente al que ha llamado informalmente la Presidenta de la República.

En concreto, el proyecto busca introducir dos modificaciones a la Carta vigente: (a) en primer lugar, modificar el artículo 15 constitucional, que actualmente prevé que podrá convocarse a votaciones populares y plebiscitos solo en los casos previstos expresamente en la Constitución, agregando la posibilidad de que también pueda convocarse en casos previstos en “las leyes”, y (b) reemplazar el actual artículo 32 n.º 4, que faculta al Presidente de la República para “Convocar a plebiscito en los casos del artículo 128” (es decir, para el caso en que una reforma constitucional aprobada por ambas Cámaras fuese vetada por el Ejecutivo) por el siguiente: “Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas cámaras del Congreso Nacional”.

Los autores del proyecto expresamente rechazan la idea de transformar al país en una “democracia plebiscitaria”. Por tal razón, el texto del proyecto, de aprobarse, importaría que los nuevos plebiscitos podrían convocarse solo en caso de estar de acuerdo en su realización el Presidente de la República y ambas Cámaras del Congreso Nacional.

Este y un proyecto similar pueden consultarse en el sitio web de la Cámara de Diputados de Chile (www.camara.cl), Boletines n.º 7769-07 y n.º 10014-07.

complejo⁵, en evolución en ocasiones a cesarismos o autoritarismos, modelo que se aleja del *mixtum* representativo-participativo del modelo democrático al que aspira el discurso de nueva Constitución. Segundo, el “plebiscito constitucional” se verifica en el esquema de sufragio automático y voluntario, pudiendo una baja participación popular privar o cuestionar la legitimidad democrática del proceso constituyente. Tercero, si el proceso constituyente coincide con un proceso político en que la acumulación de fuerzas permite reformar la Constitución para introducir el “plebiscito constitucional”, derechamente debería convocarse a la elección de una Asamblea Constituyente, abriendo el proceso al poder constituyente originario.

Cierra esta panorámica de opciones frente al momento constitucional el anuncio gubernamental de 28 de abril de 2015, en orden a dar inicio al “proceso constituyente” en el mes de septiembre de este año, que en palabras de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria se enmarca en la tarea de delinear la idea de Estado y democracia, proceso en que se destacan mecanismos de participación y deliberación tales como “diálogos, debates, consultas y cabildos”, de suerte que el proceso no sea exclusiva o prevalentemente elitista u obra de expertos.

Nuevamente, frente al caleidoscopio de propuestas de mecanismos para desatar el proceso constituyente, se encuentra la “tosca materia”: la política y proceso político real, o la facticidad y su “fuerza normativa” que determinarán las claves del “proceso constituyente” y la graduación del “momento constitucional”⁶.

3. LA NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL PROGRAMA DE GOBIERNO DE LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA MICHELLE BACHELET JERIA

Como se anotó, el Programa de Gobierno ofrecido al electorado por la plataforma electoral de la actual Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria a la ciudadanía contiene varias ideas que determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguirán en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contra mayoritarios para la aprobación y modificación de leyes importantes”. Por ello, se continúa más ade-

5 ALAIN ROUQUIÉ. *A la salida de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

6 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general de la política*.

lante, “Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”.

La idea toral subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico; con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en un “fraude” plebiscitario⁷ y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio; lo que es determinado por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en 1989 con las 54 reformas promulgada mediante la Ley n.º 18.825 y precedida de un plebiscito “semi-competitivo”.

Más adelante, el Programa agrega que la nueva Constitución “deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el Derecho internacional de derechos humanos”. Por ello, el Programa da a continuación especial importancia a las características y contenidos mínimos que debiese tener su catálogo de derechos humanos reconocidos, sujetos a los “principios y convenciones internacionales” y propendiendo a su “progresividad, expansividad y óptima realización posible”; y luego, a los elementos que debiese tener el sistema político de un Chile que se constituya en un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.

En consonancia con el deseo de contar con una Constitución cuyo contenido cumpla con todas esas características, y con la constatación de que el “reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas” sino “un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos, y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas”, es que el Programa opta por un proceso constituyente que sea “democrático, institucional y participativo”.

Si bien tales caracteres son muy brevemente desarrollados, sí aclaran cuestiones fundamentales. En cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no solo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone “aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”.

De estas tres características, quizá la más polémica es aquella que opta por un proceso institucional. Para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre

7 CLAUDIO FUENTES. *El fraude*, Editorial Hueders, Santiago, 2014.

reforma constitucional dispone el texto vigente de la Carta Magna. Sin embargo, si se atiende a lo señalado por el propio Programa, se ve que la idea que se busca transmitir, si bien cercana, no es necesaria o exactamente esa. Al respecto, recordemos, dice:

El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas en una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Como se ve, la intención es generar una nueva Constitución que sea un acuerdo básico de convivencia democrático y legítimo de nuestra sociedad, en que todos sean escuchados: una Constitución democrática debe ser una suerte de gran contrato social que nos reúna a todos, y en tal sentido, se opta no por un proceso unilateral en que se busque aplastar adversarios, sino de abrir, entre Gobierno y Congreso Nacional, los canales para que toda la ciudadanía (y no solo los partidos e intereses representados en el Parlamento) discuta y acuerde su Carta Fundamental. Por ello, no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución; si este es insuficiente para permitir tal discusión amplia y participativa, deberán reformarse o crearse los procedimientos que la hagan posible.

Los recientes anuncios gubernamentales acerca de dar inicio al “proceso constituyente” en septiembre del año 2015 completan el ambicioso paquete de medidas constitucionales y legislativas propuestas sobre probidad y transparencia y que recogen el informe del “Consejo asesor contra la corrupción, los conflictos de interés y el tráfico de influencia”; anuncio que introduce un mecanismo de participación y deliberación de la ciudadanía a través de “diálogos, debates, consultas y cabildos”. El “proceso constituyente” confirma las notas de identidad del procedimiento de alumbramiento de la nueva Constitución delineado en el Programa del Gobierno, a saber: un procedimiento democrático, participativo e institucional.

Naturalmente, falta por definir el itinerario del proceso constituyente y las claves del recurso al poder constituyente.

Con todo, nos parece central definir los términos de la debatida cuestión de la legitimidad de la Constitución y de la nueva Constitución. A este respecto, reiteramos una idea planteada hace una década con motivo de la importante reforma constitucional de 2005: el subyacente pacto político institucional a una nueva Constitución, que le confiere un *plus* de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista (1989-2010), para enfrentarse a una “hoja en blanco” a fin de pensar, deliberar, escribir una nueva Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso; y, al mismo tiempo, debe conscientemente esquivar la “trampa del consenso” (Th.

Darnstädt) impuesta desde reglas procedimentales (cuórum reforzados ordinario y extraordinario) de reforma constitucional que habilitan el veto o bloqueo de una minoría calificada⁸. En este orden de ideas, se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” (Ginsburg) de un cierto sector de la sociedad política frente a otro; y además se hace necesario superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Pinochet en la escena política como comandante en jefe del Ejército de Chile durante parte de la transición o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” (el capitalismo financiero global y su ideología) pregonada con fuerza a partir de 1989 (cuya versión más divulgada es el “consenso de Washington”), que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política (“política de los acuerdos”) y sus resultados⁹.

De alguna manera, el “frenesí transaccional” de la vieja política y de la clase política del ciclo de la transición, refleja cierta comodidad con el “gatopardismo”, cierta corrección política y cierta comodidad con los consensos del fin de siglo XX. El “frenesí transaccional” está cautivado de la política milimétrica (convirtiendo a la política en un “arma sin filo”), de la pequeña victoria o resultado inmediato, del “posibilismo” rampante, y en la misma medida siente *horror vacui* frente al disenso, desacuerdo fundamental o la derrota política necesaria o estratégica.

En suma, el actual debate constituyente y su momento se sitúan en un nuevo ciclo, que requiere renovar la política (calidad, usos y ritos), y en gran medida una renovación, parcial al menos, de las élites políticas.

Por otra parte, para mantener el *statu quo* constitucional y defender la necesidad del “falso consenso” tal cual se ha construido hasta ahora, desde la ensoñación dogmático-constitucional de filiación ideológica (neo)conservadora y (neo)liberal, se llega a argumentar que todas las constituciones de Occidente son rígidas, y que la rigidez es una garantía normativa de la estabilidad de las normas iusfundamentales, dejándose de lado lo obvio, y es que tal hiperrigidez del capítulo XV de la Constitución es una herencia autoritaria, mejorada por la reforma constitucional de 1989, y no la decisión soberana del pueblo de autolimitación procedimental del poder constituyente.

Sin embargo, el actual juicio crítico a la “política de los acuerdos”, a la “democracia de los acuerdos” o al “frenesí transaccional” tan propia del ciclo transicional,

8 DARNSTÄDT, THOMAS. *La trampa del consenso*, Estudio y trad. Francisco Sosa Wagner, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 237-240.

9 GINSBURG, TOM. “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena” en *Estudios Públicos* n.º 133, CEP, Santiago, 2014, pp. 1-36.

no se extiende a los acuerdos o consensos, dado que la construcción de consensos e identificación de disensos es propia de la política democrática, acoplada a los momentos de conflicto e integración¹⁰; y necesaria como factor atemperador de todo el proceso político. Tales acuerdos suponen un grado no desdeñable de “amistad cívica” y republicanismo. Nuestra crítica es al tipo de acuerdos, cuyo parto es resultado de la “trampa del consenso” y del “falso consenso”; tipos de acuerdos que imprimen su sello a las numerosas reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980, y que terminan reduciendo a un mínimo la “legitimidad de ejercicio” del estatuto del poder por obra de reformas constitucionales que se inician en 1989.

Asimismo, si entendemos la democracia en términos básicamente procedimentales (Kelsen, Schumpeter, Bobbio), “la política de los acuerdos” (el compromiso tan propio de la política democrática) concierne a las reglas preliminares y en alguna medida a ciertas reglas del juego del sistema político democrático, que *verbi gratia* dan soporte a las instituciones contramayoritarias, y no a las reglas de estrategia o a la ejecución de programas de gobierno o ejecución de políticas públicas, en que quedan impresas las señas de identidad ideológico-programática de partidos o coaliciones gubernamentales y define el rol de la oposición, en el marco de los controles y responsabilidades tan propios de un Estado de Derecho¹¹. De lo contrario, el “mayoritarismo” como argumento en contra de la “democracia de los acuerdos” o “política de los acuerdos” carece de solidez o es aporético.

4. CONCLUSIONES

En primer lugar y como se expuso, el procedimiento genético de la nueva Constitución debe ser institucional, democrático y participativo, sea que tal Carta resulte ser fruto del poder constituyente derivado (vía reforma total de la vieja Constitución) o del poder constituyente originario (congreso constituyente, Asamblea Constituyente y referéndum constituyente). A nuestro juicio, el camino de la reforma total y de la “reforma a la reforma” residenciado en el Congreso Nacional, como mecanismos procedimentales de alumbramiento de la nueva Constitución poseen prioridad político estratégica hoy, y sin desahuciar con ello a priori otros caminos y mecanismos. Ello es congruente con la obtención por el actual gobierno de mayorías necesarias en las urnas para llevar adelante un ambicioso programa de

10 DUVERGUER, MAURICE. *Introducción a la política*, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.

11 KELSEN, HANS. *Esencia y valor de la democracia* trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo Ignacio de Otto, Edit Labor, Barcelona, 1977, pp. 81-98. También BOBBIO, NORBERTO *El futuro de la democracia*, trad. J. Marfá, Plaza & Janés editores, Barcelona, 1985, y del mismo autor *Teoría general de la política*, trad. QA de Cabo y G. Pisarello, Edit. Trotta, Madrid, 2003, pp. 459-462.

reformas, tales como reforma tributaria, reforma educacional, la reforma laboral y ciertamente la reforma constitucional.

Con todo, si la nueva Constitución es fruto del poder constituyente derivado, puede incorporar el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente (la Presidenta de la República, el Congreso Nacional y sus cámaras) en cualquier etapa del *iter* procedimental, como para obtener la ratificación del obrar constituyente de los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, antes de la ley promulgatoria de la reforma constitucional.

También se hace necesario incorporar al alumbramiento de la nueva Constitución mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo en el interior del Congreso Nacional como *verbi gratia* la comisión bicameral; y de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales a través de audiencias públicas; todos mecanismos de resorte reglamentario interno, pero muy valiosos. Una eventual “reforma de la reforma” puede diseñar mecanismos participativos, como asambleas regionales de la civilidad (cabildos) que interactúen con el Congreso Nacional en el *iter* de reforma. Adicionalmente, el ejercicio del poder constituyente debe zafar de quórum reforzados ordinarios (3/5 de parlamentarios en ejercicio) y extraordinarios (2/3 de parlamentarios en ejercicio) que operan formalmente como una garantía normativa de hiperrigidez de la Carta, pero que en la realidad son una herramienta para el bloqueo decisional y los vetos de contenido en la reforma constitucional; en suma, son el entramado conformador de la “trampa del consenso”. Por ello resulta razonable restituir el quórum reforzado de la Constitución de 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio.

De esta última manera, la nueva Constitución superaría el déficit de legitimidad democrática de la vieja Constitución, pero además superaría el déficit democrático del poder constituyente derivado de la vieja Constitución. Ello significa que no solo la nueva Constitución debe tener un procedimiento de reforma institucional, democrático y participativo, sino que además idealmente también la Constitución vigente concernida en la reforma total, lo que puede lograrse modificando *in fieri* el actual Capítulo xv.

En segundo lugar, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un *plus* de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional, si se opta por la reforma total de la vieja Constitución. En caso contrario, tal acuerdo debe ser gestado en el interior del congreso constituyente o de la Asamblea Constituyente.

En ambos casos (poder constituyente derivado o poder constituyente originario), la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la usina de la nueva Constitución y expresarse como cuerpo electoral o ciudadanía a través de un referéndum constituyente.

En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución, como hemos dicho, se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta y también en cierta medida en otras constituciones históricas de nuestro país. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional (plural, deliberativo, transparente) está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional” (R. Sternberger, J. Habermas)¹².

Este pacto nacional sustantivo y formalmente distinto a los anteriores supera la “trampa del consenso” y el “falso consenso”, teniendo como punto de partida la “hoja en blanco”, que como hemos sostenido no es *tabula rasa* o partir de cero, sino hacer política democrática sin camisas de fuerza. La lógica de la *tabula rasa* o partir de cero pretende ir más allá de una operación constituyente enderezada al alumbramiento de una nueva Constitución; como si se tratase de reescribir la historia institucional de nuestro país o si se atribuyese al proceso constituyente-acto constituyente una virtualidad catártica y liberadora (una verdadera mitología jacobina o de consejos).

El porvenir del “momento constitucional” (Ackerman) que atraviesa nuestro país, momento débil o fuerte, breve o prolongado en el tiempo y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad¹³.

En cuanto a las conclusiones, el nexa que tiene el tema: una nueva Constitución para una democracia estable, eficiente y moderna con los principios fundacionales del socialismo democrático es evidente. Los principios del socialismo en sentido lato son los principios de la ilustración y de la modernidad (liberalismo, democracia, socialismo, laicismo y humanismo), y estos están recogidos en las ideas fuerza de la operación constituyente. Pero, además, debemos superar el pasado y su Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal, y debemos hacerlo a través de un acuerdo nacional que reúna a todos los partidos políticos y movimientos sociales, porque entendemos la política democrática como diálogo, persuasión, entendimiento, y no solo fuerza.

12 STERNBERGER. *Patriotismo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. También. HABERMAS, JÜRGEN, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

13 ACKERMAN, BRUCE. *El futuro de la revolución liberal*, trad. J. Malem, Edit. Ariel, Barcelona, 1 edición, 1995, reimpresión Argentina, 1996, pp. 55-61.

La nueva Constitución debe ser fruto, en cuanto a sus contenidos normativo-iusfundamentales dogmáticos y orgánicos, de la apertura del techo ideológico de la Carta, acogiendo las grandes culturas e ideologías constitucionales de la modernidad, a saber: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social. La crítica minimalista a una nueva Constitución desarrollada o extensa que acoge nuevos contenidos normativos-iusfundamentales, que idealiza constituciones breves y longevas como la norteamericana de 1787, es una falacia (neo)liberal-(neo)conservadora, que bajo la apariencia de crítica a la “grafomanía constitucional” (Sartori) no hace sino disfrazar su rechazo a nuevos derechos civiles y políticos, a derechos económicos, sociales y culturales, y a nuevas definiciones acerca del Estado (república, Estado social, Estado laico, multiculturalidad, entre otras). Detrás de la crítica minimalista subyace la defensa de la Constitución como está hoy (Constitución desarrollada, por lo demás) o la defensa de un concepto mínimo de Constitución como instrumento de gobierno; concepto que no aquilata siquiera en la admirada y citada Constitución norteamericana de 1787, a la que se suman las constituciones estatales de la Unión, por lo demás desarrolladas y muy reformadas a través de la historia del gran país del norte.

En suma, para quienes participamos de la academia e inevitablemente no hemos podido obviar ciertas precomprensiones ideológicas, frente al momento constitucional podemos unir pensamiento y acción, los que son llamados combinarse simétricamente en esta empresa de darnos una nueva Constitución, una “empresa política” y ciudadana. En esa “empresa política” debemos estar. Es difícil saber de antemano si del “proceso constituyente”, conducente a una nueva Constitución, saldrá un cambio profundo a las relaciones de poder que el arreglo institucional hace posible, y si es un momento fuerte, funcional a tal objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE. *El futuro de la revolución liberal*, trad. J. Malem, Edit. Ariel, Barcelona, 1 edición, 1995, reimpresión Argentina, 1996, pp. 55-61.
- ALAIN ROUQUIÉ. *A la salida de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- ATRIA L, FERNANDO. “La Constitución Tramposa y la responsabilidad del jurista”, en FRANCISCO ZÚÑIGA U. (coord.). *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 39-47.
- ATRIA L. *Nueva Constitución y Poder Constituyente: ¿Qué es “institucional”?*, trabajo inédito de 2014.

- BOBBIO, NORBERTO. *El futuro de la democracia*, trad. J. Marfá, Plaza & Janes editores, Barcelona, 1985.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general de la política*, trad. QA de Cabo y G. Pisarello, ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 459-462.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE, www.camara.cl, Boletines n.º 7769-07 y n.º 10014-07.
- DARNSTÄDT, THOMAS. *La trampa del consenso*, estudio y trad. Francisco Sosa Wagner, ed. Trotta, Madrid, 2005, pp. 237-240.
- DUVERGUER, MAURICE. *Introducción a la Política*, ed. Ariel, Barcelona, 1997.
- FUENTES, CLAUDIO. *El Fraude*, ed. Hueders, Santiago, 2014.
- GARRETÓN, M.A. “Crisis estructural y corrupción institucionalizada: ¿cómo se sale”, en *El Mostrador*, 27.04.2015. ATRIA L., FERNANDO “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista”, ob. cit., pp. 40-47.
- GINSBURG, TOM. “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena”, en *Estudios Públicos* n.º 133, CEP, Santiago, 2014, pp. 1-36
- HABERMAS, JÜRGEN. *La necesidad de revisión de la izquierda*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- HIDALGO, PAULO. *El Ciclo Político de la Concertación (1990-2010)*, Uqbar editores, Santiago, 2011, pp. 30 y ss.
- Incompleta: “Reformas Constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Edición Especial, Marzo, 2014.
- KELSEN, HANS. *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo Ignacio de Otto, ed. Labor, Barcelona, 1977, pp. 81-98.
- STERNBERGER. *Patriotismo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*, UNAM, México DF, 2014.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA CONTEMPORÁNEA
DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

GINEVRA CERRINA FERONI*

*Sistemas de gobierno y su dinámica
de adaptación en el siglo XXI*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Clasificación de las formas de gobierno y tendencias a la presidencialización de los Ejecutivos. 3. Constitucionalismo y globalización 4. Conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Basta con decir que sobre la noción de los sistemas de gobierno se han escrito bibliotecas enteras y todavía se discute sobre el tema, y aún más, bajo los más diversos ángulos de la perspectiva (jurídicos, filosóficos, politológicos, sociológicos, económicos, y otros más), lo que demuestra su alto nivel de complejidad técnica y las sugerencias que evoca. Los supuestos temas del título de esta mesa implican un poco todo el conocimiento del Derecho constitucional, a partir de la reconstrucción histórica del concepto de constitucionalismo hasta llegar al del Estado constitucional, pasando por el concepto de *rule of law*.

Por la amplitud de los temas, les pido disculpas desde ahora si simplifico de manera “brutal” y por todo lo que, en vista del tiempo que se me concedió, ni siquiera podré mencionar y por lo tanto los remito a mi ponencia escrita. Me disculpo también por la necesidad de leer en español mi escrito.

En primer lugar, cuando se examina un argumento, cualquiera que sea, es necesario ponerse de acuerdo sobre las nociones básicas, a fin de tener parámetros comunes de referencia.

Y desde aquí nace la primera pregunta, no insignificante: ¿Qué es un sistema de gobierno? ¿Cómo se le define jurídicamente? ¿Hasta qué punto un sistema de gobierno se atribuye a la distinción clásica, particularmente familiar a la doctrina constitucional italiana, entre la forma de Estado y la forma de gobierno?

* Profesora catedrática de Derecho Constitucional Italiano y de Derecho Comparado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Florencia desde 2003 y Profesora de Derecho Público de la Universidad Luigi Bocconi de Milán. Vicepresidente de la Asociación Nacional Italiana de Derecho Público Comparado y Europeo. Miembro del Colegio de Doctorado de Investigaciones en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Florencia. Miembro de la Asociación Italiana de Constitucionalistas. Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Miembro de la Sección Italiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente para Italia de la Asociación Nacional argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Comité Científico del Instituto Histórico del/para el Pensamiento Liberal Internacional (ISPLI). Coordinadora de la redacción de la *Revista Justicia Administrativa* y miembro del Comité directivo y científico de las siguientes revistas: *Derecho Público Comparado y Europeo*, *Percorsi Costituzionali*, *Mumus Revista jurídica de los servicios públicos*, *Comparaciones constitucionales*. Vicepresidente de la Fundación Cesifin “Alberto Predieri” (Centro para el estudio de las instituciones financieras) y es responsable científico de las actividades organizativas y comerciales en la realización de congresos, conferencias, etc., de la Fundación para toda el área de derecho público (www.cesifin.it). En el mes de junio de 2013 fue nombrada por el Gobierno italiano para conformar la Comisión de 35 expertos para las reformas institucionales. Ha publicado más de 90 obras, entre monografías y ensayos. Correo-e: ginevra.cerrinaferoni@unifi.it. Traducido por Claudia Elena Herrera.

Empecemos por decir que en el Derecho constitucional el estudio de las formas de Estado investiga la actitud general de los ordenamientos políticos, es decir, las modalidades que han caracterizado históricamente las relaciones entre los elementos constitutivos del Estado (el pueblo, el territorio, la soberanía), y en particular la relación entre los gobernantes, o titulares de poder del gobierno y los gobernados, o ciudadanos o súbditos (en función de las diferentes épocas históricas), es decir, los que están sujetos al poder (C. Mortati, 1991). La noción de forma de Estado tiene, por lo tanto, un carácter histórico-descriptivo, en el sentido que se define por la verificación histórica de cómo esta relación se ha desarrollado concretamente con el pasar del tiempo, y está estrechamente relacionada tanto con el régimen político, caracterizado por la identificación de las finalidades de carácter general que el Estado tiene la intención de seguir; como con el de Constitución material, entendida como el conjunto de principios y valores dominantes (planteados por las fuerzas políticas dominantes) que caracterizan a un determinado ordenamiento constitucional (M. Volpi, 2013). Por lo anterior, la palabra “forma” de Estado, lejos de tener una connotación puramente formalista, indica, por el contrario, el conjunto de los elementos constitutivos que atribuyen al Estado su carácter fundamental: en este caso, la “forma” exprime la esencia del Estado (C. Mortati, 1973).

La teoría de las formas de gobierno, por su parte, se refiere a la organización de la estructura de mando puesta al vértice del Estado, es decir estudia –utilizando el método comparado de la abstracción y de la generalización de los elementos presentes en los diferentes contextos constitucionales (M. Dogliani, 1973)– cómo el poder político se distribuye entre los órganos constitucionales del Estado, al que compete la decisión de la dirección política y cuáles son las relaciones que se establecen entre el Parlamento, el Gobierno y el Jefe del Estado.

La distinción rígida entre las formas de Estado y las formas de gobierno no es un dogma –como lo demuestra el título de esta sesión que habla precisamente de “sistemas”–, además de ser utilizada en un área geográfica europea limitada (por ejemplo, no se conoce en el Reino Unido) e históricamente reciente, habiéndose establecido únicamente a partir del nacimiento del Estado liberal, ya que en el Estado absoluto, caracterizado por la concentración monocrática del poder en cabeza del monarca, faltaban dinámicas interorgánicas, faltando la separación de poderes, y por lo tanto la forma de gobierno y la forma de Estado coincidían, la primera absorbida por la segunda (lo que, sin embargo, se determina también en las experiencias de los Estados totalitarios o autocráticos, caracterizados por la concentración del poder político en un solo partido y en su líder).

La ciencia de la comparación iuspublicística nos enseña también que es posible comparar de manera útil entre sí solo las formas de gobierno establecidas en una misma forma de Estado: no es casual que las formas de gobierno parlamentario, presidencial, directorial y, más recientemente, semipresidencial, se establecieron

en el contexto de la forma de Estado de derivación liberal, como demostración ulterior de la interrelación entre las formas de Estado y las formas de gobierno.

Por todas estas razones, no sería irrazonable repensar la clasificación de las formas de Estado y de las formas de gobierno, uniendo principalmente las segundas a las primeras, en un contexto que incluye las formas de gobierno en el marco más amplio de la forma de Estado, a la luz del valor democrático (A, Ruggeri, 2010). Por lo demás, no es una novedad para la filosofía de la política: pienso por ejemplo a un gran maestro como Norberto Bobbio, quien siempre ha utilizado la noción de forma de gobierno en el sentido clásico, o bien la elaborada por Aristóteles y retomada en la historia del pensamiento político, que responde a la pregunta: “¿Quién gobierna?”, y no en el sentido de la estructura de las relaciones entre los órganos titulares de la dirección política. Sin embargo, Bobbio nunca ha dejado de cuestionarse sobre los problemas de la convivencia democrática, impulsado por la convicción de que “el único modo de entender cuando se habla de democracia, en oposición a todas las formas de poder autocrático, es considerándola caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y con cuáles procedimientos”. Estamos, por lo tanto, en el terreno de las formas de Estado en la acepción más tradicional de la ciencia constitucionalista (N. Bobbio, 1984; C. Pinelli, 2014).

En síntesis, la forma de gobierno que incluye también la estructura de los partidos y la disciplina electoral tiene carácter instrumental con relación a la forma de Estado: esta relación implica “juicios de adecuación” de la primera con respecto a la segunda, de modo que es posible “evaluar la correspondencia ... a las exigencias de una democracia plena” (L. Elia, 1970). En otras palabras, no parece coherente en un sistema parlamentario la posibilidad de que la forma de gobierno esté completamente separada de la soberanía del pueblo, o que haya una clara separación entre el momento inicial de tal ejercicio de la soberanía, que tiene lugar con el voto de los ciudadanos, y las dinámicas institucionales sucesivas al voto mismo. Como si una vez elegidos los miembros del Parlamento, el cuerpo electoral agotara su función y se “disolviera”, dejando que los órganos y los sujetos participantes de la relación de confianza dispusieran en absoluta libertad de la suerte de los ejecutivos y de las mayorías. Así como no parece coherente, en modo alguno, que los órganos de garantía puestos al vértice del sistema (presidente de la República) puedan desatender, en sus actos institucionales más importantes, las orientaciones expresas por el voto popular, aun cuando resulten inequívocas (F. D’Addabbo, 2011).

El argumento no está lejos de ser teórico. Pienso en la situación italiana actual, en la que hay un Parlamento que, aunque no es formalmente ilegítimo, por lo menos está deslegitimado porque fue elegido sobre la base de una ley declarada inconstitucional y que, paradójicamente, por lo contrario, está adelantando la

reforma constitucional más grande de la historia italiana y tres gobiernos que, en poco más de tres años, fueron creados en la secretaría de un partido con el respaldo influyente del presidente de la República, y al margen de cualquier tipo de elección popular libre. Para ambas circunstancias se buscaron justificaciones jurídicas más o menos válidas: por una parte, el principio de continuidad del Estado, el principio de continuidad de los órganos constitucionales, la seguridad jurídica, los derechos adquiridos; por otra parte, la emergencia de la crisis económica, la necesidad urgente de las reformas, la (presunta) voluntad del pueblo italiano, la misma Constitución que formalmente no impide los así llamados “vuelcos políticos” en el gobierno (y de hecho en Italia ha habido muchos, además, incluso sin los procedimientos parlamentarios: desde la caída del gobierno Segni al nacimiento del gobierno Tambroni en 1960, decididos en las habitaciones secretas de la Democracia Cristiana hasta la reciente caída del gobierno Letta y el advenimiento del gobierno Renzi, decidido en la secretaría del Partido Democrático). Una práctica en mi opinión que hay que estigmatizar (tenía razón el presidente del Senado, Merzagora, en un discurso famoso pronunciado precisamente con referencia a la caída del gobierno Segni cuando dijo: “Si los partidos políticos, en sus órganos estatutarios, tuvieran que tomar las decisiones más graves sustrayéndolas a los representantes del pueblo, daría igual –lo digo, naturalmente, de modo absurdo– transformar al Parlamento en un comité ejecutivo restringido. Ahorraríamos tiempo y dinero...”).

De ahora en adelante voy a utilizar, para referirme al concepto de sistema de gobierno, la locución forma de gobierno con las especificaciones anteriormente hechas.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO Y TENDENCIAS A LA PRESIDENCIALIZACIÓN DE LOS EJECUTIVOS

Ahora es oportuno hacer algunas consideraciones de método sobre la clasificación de las formas de gobierno y mencionar algunas tendencias que se han experimentado en los ordenamientos contemporáneos.

Es muy delicado abordar el tema de las “formas de gobierno” como un objeto de tipificación teórico. Delicado porque la teoría de las formas de gobierno, o bien, la teoría que pretende desarrollar diagramas sintéticos y explicativos de las estructuras de gobierno de los diversos países crea un problema de método al jurista comparatista que pretende enfrentar dichos temas. ¿Cuál? La respuesta es simple. Los “modelitos” (*figurini*) de las formas de gobierno (como los llamaba Giannini en su prefacio a la edición italiana de *Le régime parlementaire* de G. Burdeau, 1950), nacen bajo el pretexto de “describir”, si bien de manera resumida, los mecanismos de funcionamiento del sistema del gobierno determinado. Bajo este aspecto asumen

importancia las modalidades de formación de los órganos electivos y no electivos, la disciplina de sus relaciones jurídicas-constitucionales, los poderes de dirección que se les atribuyen en el ámbito del ordenamiento. Esto es, sin duda, útil para proporcionar modelos homogéneos de referencia y también por exigencias de simplificación didáctica.

Sin embargo, los sistemas de gobierno son demasiado complejos para reducirlos únicamente a las reglas constitucionales sobre la formación de los órganos y de sus relaciones recíprocas: por lo que entonces, al lado del criterio formal de clasificación de las formas de gobierno, fueron elaborados por la doctrina criterios sustanciales que tienen en cuenta las verdaderas relaciones existentes entre los órganos constitucionales, su capacidad de incidir sobre la determinación y aplicación de la dirección política, las restricciones que sobre sus actividades ejercen las fuerzas políticas y sociales portadoras de intereses (partidos políticos, sindicatos, *lobbies*). Así como se tiene en cuenta el sistema electoral que, aunque no incide directamente sobre la clasificación de las formas de gobierno, es necesario para comprender la dinámica de su funcionamiento.

De esta manera, el análisis de la forma de gobierno se enriquece de algunos elementos que identifican la realidad institucional tomada como referencia, pero por otro aspecto se “contamina” y se convierte en una construcción artificial (Bin). Pierde la naturaleza jurídica pura del concepto de forma de gobierno (Luciani, 2010), con la consecuencia de hacer perder parte de su utilidad para la misma clasificación (Dogliani, 1973). En resumen, el análisis politológico, conyuntural o descriptivo, no debería nunca sobrepasar el análisis jurídico y el comparatista debería ser hábil en clasificar las formas de gobierno solo sobre la base de criterios jurídicos, teniendo en cuenta los hechos, pero sin confundir los ámbitos (Volpi, 2015).

Es más fácil decirlo que hacerlo. Es por eso que considero que se puede superar esta contradicción solo a través de una clasificación entre las varias tipologías de las formas de gobierno que realmente se encuentre reducida a lo esencial, a saber, los tipos ideales clásicos, con el entendimiento que en cualquier caso se trata de clasificaciones que son y siguen siendo relativas, en el sentido de que modelos de organización atribuibles a un mismo esquema por sus características formales pueden diferir sustancialmente en su funcionamiento efectivo; mientras que, por el contrario, ordenamientos diversos bajo el aspecto normativo pueden presentar similitudes en su desenvolvimiento concreto (Regasto, 2008).

Por otra parte, la forma de gobierno nunca es un concepto abstracto e inmutable en el tiempo, de hecho, se pueden identificar diferentes fases en la evolución de una forma de gobierno: el tipo sigue siendo el mismo, pero cualquier subtipo, debidamente elaborado por el comparatista, cambia en el tiempo (por ejemplo, debido a los cambios de las condiciones políticas y sociales del país, o porque cambia la ley electoral).

Todos estos son elementos que deben ser cuidadosamente considerados, cuando a partir de la discusión teórica sobre el concepto de las formas de gobierno y su clasificación, se pasa al razonamiento en la interpretación de las disposiciones constitucionales pertinentes y los proyectos para su revisión.

No examinaré las diversas formas de gobierno —ni, por otra parte, tendría sentido en un lugar de especialistas acreditados como este—, pero pretendo iniciar desde una premisa: cualquier forma de gobierno, cualquier sistema político, debe reunir dos requisitos funcionales esenciales; por un lado, representar adecuadamente la sociedad, en el sentido de representar los cambios de opinión y de dirección que maduran en el cuerpo social y, por otra parte, permitir a las instituciones políticas (fundadas en la representación) proporcionar las prestaciones de gobierno solicitadas, llevando legitimidad desde el circuito de representación pero sin estar condicionadas hasta el punto de estar incapacitadas para decidir (Fusaro). En pocas palabras, representar y gobernar.

Temas, sin embargo, que serán objeto de las conferencias sucesivas y por ende seré muy breve sobre este punto.

A este respecto podría ser útil la clasificación tradicional de las formas de gobierno, que se refiere al grado de separación existente entre los poderes y que lleva a distinguir entre las formas de gobierno con separación rígida (monarquía constitucional o república presidencial) y con separación flexible (parlamento). Ahora bien, es claro, que la cuestión de cómo conciliar representación con gobernar es especialmente delicado en las formas de gobierno parlamentarias, que se caracterizan por la relación de confianza entre el Gobierno y el Parlamento. En las formas de gobierno presidenciales, es muy diferente el tema, en donde el poder ejecutivo también resulta ser, en cierta medida, “representativo”, porque es elegido directamente por el cuerpo electoral. Desde otra perspectiva, la composición de la Asamblea sede de representación (que se renueva continuamente en el modelo americano por una parte dominante con frecuencia dos veces mayor respecto a la duración del mandato del titular de la función de gobierno), si bien no resulta ciertamente indiferente con relación a la actuación de este último, condiciona su actividad en medida limitada.

En las formas de gobierno parlamentarias, por el contrario, la relación de confianza entre Gobierno y Asambleas Representativas constituye un elemento indefectible. Por lo que se impone la necesidad de verificar si las modalidades de formación de las sedes de representación (cuya colaboración por definición es indispensable para el ejercicio de las funciones de gobierno en virtud de la relación de confianza) son o no funcionales para este propósito.

Y aquí entra en juego el sistema electoral. Especialmente, cuál ley electoral puede asegurar, en el momento de la elección, un equilibrio entre las exigencias de representatividad y las de gobernabilidad. Y es justo aquí que la necesidad de la

representación fiel de las directrices políticas de la sociedad en el Parlamento entra en conflicto con el objetivo de perseguir la máxima gobernabilidad del sistema.

Sin embargo, perseguir el objetivo de la representatividad máxima de la asamblea puede tener que ser sacrificado en aras de una mayor gobernabilidad. Es inevitable que suceda. No existen, obviamente, reglas válidas para todos los sistemas políticos, por lo que el razonamiento no se puede hacer en abstracto, sino ordenamiento por ordenamiento. Basta pensar en los diferentes grados de racionalización de las relaciones Gobierno-Parlamento que en los distintos ordenamientos, todos formalmente incluidos en el marco de las formas de gobierno parlamentarias, pueden tener lugar a nivel constitucional o sub-constitucional, menor en Italia, más eminente en Alemania, España, Bélgica, Israel, Hungría, Eslovenia, Sudáfrica.

Sobre la base de lo que hemos estado diciendo acerca del conjunto de ordenamientos con formas parlamentarias, es evidente que la estricta separación de los poderes legislativo y ejecutivo, construida como modelo teórico, según los postulados del constitucionalismo clásico, en realidad nunca encontró en la práctica aplicación efectiva, teniendo en cuenta la consolidación en Europa de formas de gobierno marcadas por una estrecha coordinación, sobre la base de la relación de confianza entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria. La actividad legislativa se ha convertido en parte integral y esencial de la actividad del gobierno, no solo a través de un uso mayor de las formas de legislación delegada o de todas maneras de fuentes normativas pertenecientes al Gobierno, sino también mediante el control cada vez más marcado por parte del Gobierno de las deliberaciones legislativas del Parlamento.

Por otra parte, esta rígida separación nunca ha encontrado aplicación, ni siquiera en la forma de gobierno presidencial pura estadounidense, en la cual estaremos frente a un sistema de *separated institutions sharing powers* (R. E. Neustadt), sucesivamente reformulada en la de *separated institutions competing for powers* (C. O. Jones). Sin mencionar las aplicaciones del sistema presidencial en contextos en los cuales el modelo ha producido, en varias partes del mundo, degeneraciones autoritarias o de tipo populista, por lo que la doctrina desde hace tiempo ha reconocido cómo, en términos de “rendimiento” de las formas de gobierno, la forma parlamentaria resultó ser cualitativa y cuantitativamente mejor que la presidencial en términos de ductilidad, flexibilidad y capacidad de reducir la aparición de conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo (L. Mezzetti, 2003).

Por lo anterior, en fin, es necesario señalar que en las democracias parlamentarias modernas de Europa estamos presenciando una tendencia, cada vez más marcada, hacia la “presidencialización” o “premierización” de los Ejecutivos, con esto se entiende sea la personalización del momento electoral, sea un cambio significativo a favor de una guía monocrática del ejecutivo, frente a la regla de la colegialidad en el poder de determinación de la dirección política. En otras palabras, se trata de

una tendencia señalada desde hace tiempo por la doctrina (T. Poguntke, P. Webb, 2005; A. Di Giovine, A. Mastromarino, 2007; T.E. Frosini, C. Bassu, P. Petrillo, 2009), que ve un “ejercicio presidencial” de los poderes del Primer Ministro que se produjo en la práctica (de Gran Bretaña a Alemania, de España a Italia), pero con una Constitución invariada, es decir, sin que se hayan cambiado también las reglas constitucionales características que definen el tipo de régimen.

3. CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN

No existe duda de que cualquier discurso teórico sobre las formas de gobierno (en el sentido anteriormente indicado) tiene que tener en cuenta las transformaciones en curso del Estado constitucional, como se mencionan en el título de esta sesión. Transformaciones tan profundas que un gran jurista italiano como P. Grossi (2012) ha podido sostener de manera provocadora que la era de la así llamada “modernidad jurídica” terminó, y con ella se quebrantaron también sus “ídolos”: la estatalidad del Derecho, la función primordial de la ley, el principio de estricta legalidad, el principio de la rígida división de poderes, la jerarquía de las fuentes. Las dos grandes familias jurídicas del *Civil Law* y del *Common Law* han atenuado progresivamente las divisiones tradicionales y el Estado, protagonista jurídico indiscutible de la modernidad, ha demostrado ser cada vez más incapaz de ordenar jurídicamente a la sociedad. Poderes diferentes al poder político han terminado por imponer, a menudo sin encontrar demasiada resistencia, el dominio del mercado (o de los mercados), “nuevo soberano” de la “post-democracia” (A. Di Giovine, 2005). Mercado que a su vez se ha convertido en “una realidad no solo económica, sino también política institucional”, frente a la cual el Derecho constitucional ha perdido, en gran parte, su “efectividad” (F. Bilancia, 2000). En definitiva, es necesario tener en cuenta que se está en presencia de un “eclipse de la soberanía” (N. Matteucci, 2004 C. Schreurer, 1993 A. Baldassarre, 2002; S. Cassese, 2006, F. Galgano, 2005; M.R. Ferrarese, 2011 y otros); aunque el poder no desaparece, se desvanece solo una cierta forma de organización del poder que ha tenido en el concepto político-jurídico de la soberanía una ventaja fundamental. En realidad no desaparece tampoco la soberanía, ya que, hoy como ayer, esta nunca se manifiesta como absoluta y la posibilidad de limitación es permisible sin que por ello deba llegarse a prever su negación. Además del hecho de que el Estado no podría dejar de existir por toda una serie de funciones esenciales (la ciudadanía, la seguridad, la jurisdicción, la regulación del territorio, etc.) y que, de todas formas, si nos abstraemos del tamaño de la así llamada perspectiva euroatlántica y nos colocamos en una verdaderamente global, se mantienen intactos los presupuestos de la estatalidad, también vinculados al férreo control del territorio (G. De Vergottini, 2014).

Dicho esto, nos encontramos frente a un gran “desorden” (de “desorden del orden”, como por el contrario dice Neil Walker), donde el Derecho internacional no se fundamenta más en la base del consenso, por consiguiente sobre la base de los tratados que permiten a los Estados adherentes la implementación de los contenidos, sino que se basa en las formas de delegaciones a las instituciones internacionales y redes informales de *decision making* con sus mecanismos de revisión y procedimientos sancionatorios. La naturaleza de estas entidades es variable, así como su génesis. Algunas han surgido de manera informal, como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, o la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. Otras son entidades privadas, sin una filiación internacional y sin autorización preexistente para operar como el ISO (*International Standard Organization*) o la ICANN (*International Corporation for Assigned Names and Numbers*) incluso si tienen una eficacia de reglamentación general. Otras instituciones han surgido en el ámbito de las Naciones Unidas, pero ahora expresan una *governance* sustancialmente autónoma como la OMC (*World Trade Organization*), la FAO (*Food and Agriculture Organization*), la OIT (*International Labour Organization*), la OMS (*World Health Organization*), etc. (G. Palombella, 2010).

También existen los fondos soberanos, las agencias de calificación de riesgos y las grandes empresas multinacionales.

Por supuesto, el mayor grado de deslegitimación del poder político, en beneficio de los organismos técnicos y neutrales, irresponsables frente a los cuerpos electorales nacionales, se ha dado y se da en el proceso de integración europea. No puedo detenerme en esta cuestión extremadamente delicada. Lo que es seguro es que esta deslegitimación del poder político puede ser una causa contribuyente del profundo malestar que asedia hoy a la Unión Europea. Por primera vez desde su fundación, el fracaso ya no es solo una hipótesis imaginaria. En poco tiempo, todas las ambigüedades y las contradicciones del proceso de integración llegaron repentinamente a la luz pública: una unión política sin política, una moneda sin Estado, una forma de gobierno sin gobierno, una democracia sin un *demos*, un pacto de estabilidad que no garantiza la estabilidad. Todavía asistimos a una hegemonía alemana indiscutible en Europa, que especialmente como resultado del Tratado de la reunificación ha hecho de Alemania un gigante también político, despertando la atención por parte de los analistas y, debo añadir, también con una cierta dosis de preocupación. Idas y venidas de la historia. Esto puede explicar porque, en el contexto de una grave crisis, la desconfianza, el nacionalismo, el espíritu de venganza contra otros es, directa o indirectamente, responsable de todos los males, que tienden a exaltarse. Se exhuman estereotipos desgastados, se amplifican las actitudes de condena hacia Europa, se propone también la salida del euro, y Alemania, que después de un largo tiempo de decantación de sus defectos se había engañado a sí

misma de haber hecho las paces con el mundo, se ve golpeada por una nueva ola de resentimiento.

Un análisis refinado, realizado por economistas y politólogos, ha demostrado que el problema es en gran parte reconducible al nacimiento del euro y a las numerosas incoherencias del Eurosistema (G. Guarino), y que la hegemonía de Alemania, lejos de limitarse a la moneda única, ha ido incluso más allá, considerando que la nueva moneda tenía de novedoso solamente el nombre, siendo realmente un sustituto del marco alemán (E. Galli della Loggia). Estamos siendo testigos, de este modo, del caso paradójico donde la moneda, que debía acercar entre ellos a los pueblos de Europa, ha determinado el más marcado desapego. Hoy, Europa, todos repiten como un mantra, se enfrenta a un dilema: seguir siendo un lugar opaco de unión técnico-normativa (entre las élites, los jueces, los poderes económicos, los *lobbies* financieros, gobiernos) o, finalmente, pasar página, tratando de revivir sobre la base democrática el proceso de integración, redescubriendo un alma, una raíz, una memoria. Todas las cosas, a falta de las cuales no puede existir, ya sea ahora o en el futuro, un proyecto de Europa genuinamente compartida.

Frente a este escenario, el jurista no puede dejar de sentir emociones contradictorias: la dificultad, al tenerse que confrontar sobre temas a veces privados de contenidos jurídicos específicos (es suficiente pensar al concepto polifacético y evasivo de la globalización); el estímulo, de otro lado, porque ese escenario plantea un desafío “formidable” para el jurista (L. D’Andrea), a saber: ¿cómo disminuir, en el contexto global en el que estamos inmersos, las instancias del constitucionalismo que durante más de dos siglos, plasman la evolución de los ordenamientos en el mundo occidental?, ¿en qué términos hay que razonar sobre un nuevo orden mundial o un sistema jurídico global?, ¿cómo enmarcar las nuevas formas de poder que han ido sosteniendo que tienen poder pero no responsabilidad, y de ninguna manera son representativas en el sentido constitucional del término?

Hoy como nunca antes –por cierto– es de actualidad (sobre todo en el aniversario 151 del nacimiento de Max Weber) la reflexión de la legalidad, la legitimidad (y legitimación). Legalidad entendiéndose como la calificación de actos y comportamientos que se plantean según una relación de *conformidad con las leyes existentes*; legitimidad para ser entendida como el *título* que justifique el ordenamiento en su conjunto o –como se dice en el lenguaje común o en aquel, a veces empírico, de los políticos– legitime el ordenamiento en su conjunto. Definiciones que con el tiempo han encontrado una elaboración amplia, precisamente, en la sociología o la ciencia política, mucho más que en el Derecho constitucional. Entonces, me parece que el problema de la legitimidad –la búsqueda de la justificación última del poder político, en el sentido de conferir a un sujeto (individual o colectivo) el derecho de mandar y de atribuir a la obediencia una base moral y legal– se ha convertido más bien en marginal en la reflexión de los juristas. Y, sin embargo, no podemos dejar

de discutir sobre el mismo, porque no puede existir un Estado de Derecho sin que el Estado sea también un Estado “legítimo” (existe el problema de la “legitimidad fundacional” en relación con el Derecho constitucional transnacional C. Pizzolo, 2013). La dificultad es entender qué tipo de legitimidad. Por lo que cabe citar a Carl Schmitt, en su ensayo “legalidad y legitimidad” de 1932 –donde sostiene la supremacía de la legitimidad que procede directamente de la voluntad del poder constituyente sobre la legalidad expresada por el poder constituido, aunque sabemos que la legitimidad plebiscitaria que Schmitt propone como salida de las dificultades del sistema legal, también puede conducir a resultados irracionales.

Para tratar de dar un orden a este sistema, los grandes paradigmas que han caracterizado el debate internacional en los últimos años han sido los siguientes: el enfoque pluralista y el enfoque constitucionalista (me refiero, en aras de la simplicidad, a la dicotomía elaborada por N. Krisch, 2011). El primero enfatiza las relaciones intergubernamentales registradas empíricamente en el ámbito internacional y usa la diversidad como punto de fuerza; no tiene por objeto la creación de un marco común único, pero quiere encontrar una solución para gestionar las relaciones entre los diferentes actores que obran en los distintos niveles de la esfera global, reconociendo que cada nivel decide las propias reglas. El segundo enfoque en cambio apunta a reproducir a nivel internacional el modelo constitucional patrio, eligiendo entre los nacionales actualmente presentes en la escena internacional. Es decir, pretende constitucionalizar el orden del mundo y reconstruir algún tipo de “sistema”, pero para ello debe encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de mantener el significado original de las normas y la de adaptarlas a un nivel más amplio y diverso del contexto en el que nacieron.

Sobre la factibilidad de este tipo de direcciones, la literatura es muy vasta (re-cientemente, para ulteriores indicaciones se puede ver G. D’Ignazio, 2013 M.R. Ferrarese, 2013, R. Scarciglia, 2013) y, por supuesto, no es posible detenerse en esta sede (porque en este Congreso hay una sesión específica que tratará el argumento).

Más allá de los conflictos definitorios –que, por otra parte, no convencen del todo en vista del hecho de que aquí se concibe el constitucionalismo como un fenómeno cerrado, holístico y jerárquico y el pluralismo como un fenómeno abierto, flexible y respetuoso de las diferencias que caracterizan, lo que Krisch llama, el Derecho postnacional (se trata de una dicotomía que el Derecho comparado niega en consideración que todo el constitucionalismo de la posguerra vive de cláusulas abiertas)–, ambos enfoques, aunque de diferentes maneras, tienen como objetivo una especie de forma de legalización de la política global, una separación clara de los poderes y de las competencias y, por último, la determinación de los principios y de los valores guía pueden conducir a una armonización del sistema; bien sea limitando esta a una Región del planeta, puede ser por ejemplo, la Unión Europea, o bien, en áreas funcionales (comercio, agricultura, etc.) con mayor extensión terri-

torial. En ambos enfoques emerge un rasgo común, a saber: la búsqueda de límites al poder político, búsqueda que entre otras cosas es una constante en la historia y que ya descubrimos en la democracia de la Antigua Grecia (la noción de *Katechein*, detener) que constituye la línea divisoria a causa del desequilibrio entendido como dominio indiscutible de una parte. En efecto, estamos en presencia de un fuerte anhelo del constitucionalismo y de la Constitución, lo que demuestra el hecho de que sus postulados no están superados en absoluto y que, sobre todo, no existen alternativas a los mismos (democráticamente viables).

¿Qué hacer, entonces? A diferencia de los que creen que el concepto de Constitución no está vinculado con el concepto de soberanía del Estado y que el redimensionamiento de la soberanía estatal no comporta una pérdida de significado para el constitucionalismo (Bermann, 2014; Neves, 2013; Zumbansen, 2012), me declaro en contra porque confieso que aún no logro ver otras maneras de defender el constitucionalismo y volverlo eficaz –en un marco tan versátil y en ausencia de cualquier regla constitucional “global” o “transconstitucional” atinente a la organización de los poderes públicos– si no es la de preservar la soberanía estatal.

Por otra parte, creo, como se ha analizado (De Vergottini, 2006), que la *vulgata* dominante tiende cada vez más a vincular el concepto de la soberanía estatal con una idea casi de valor negativo, mientras que, por el contrario, la individuación de centros de decisión y de gestión de los intereses a nivel superior (global) o inferior (local, regional) tendrían que ser considerados, en todo caso, como un elemento de carácter positivo. Es un error de perspectiva, además lleno de incógnitas, porque no siempre el nivel superior (global) o el inferior (regional, local) es capaz de enfrentar los problemas que afectan a los ciudadanos y a las colectividades de una manera positiva: basta con decir que los *défaillances* clamorosos de las Naciones Unidas en la tutela de los derechos humanos en muchas partes del mundo o en las instancias secesionistas locales, a menudo a merced de populismos autoritarios, o incluso a las discriminaciones en materia de los derechos que pueden ser consumidos si no intervienen medidas equitativas de compensación por parte del Estado central.

Así pues, la lucha por la Constitución se mide también en el esfuerzo por tutelar las prerrogativas de la soberanía misma. Existe la necesidad de Estados fuertes, no de Estados débiles, porque los destinos, al menos en Europa, se contendrán cada vez más entre los Estados nacionales y las instituciones centrales europeas (BCE, Parlamento, Comisión). No se trata –está claro– “de una ingenua petición de base que el constitucionalista hace para aferrarse, a ultranza, al valor de una idea; se trata, en cambio, de un pasaje obligado, necesario, no negociable, a través del cual cuidar lo que queda (y debe quedar) de la vitalidad de una cultura constitucional que quiere conservar realmente este nombre” (G. Grasso, 2012). Por lo demás, defender la soberanía estatal también significa defender la otra cara de la misma, es decir, la dimensión de la soberanía popular. Tiene razón quien nos recuerda

(Frosini, 2013) que no solo las Constituciones nacidas a finales del siglo XX, ancladas en la democracia liberal, han puesto el principio de la soberanía popular en la cumbre de su estructura ordinamental, sino que también “el principio de la soberanía popular inerva todo el ordenamiento constitucional y no se agota del todo en el solo momento electoral del voto para la representación parlamentaria”, sino que se expresa de forma permanente en el ejercicio de las libertades y de los derechos constitucionalmente establecidos. Con lo cual se regresa a lo argumentado al inicio sobre la necesidad de replantear la distinción entre las formas de Estado y las formas de gobierno.

4. COMENTARIOS FINALES

Trato de sacar algunas conclusiones. Se sostiene comunmente que este es el momento del predominio de las ideologías decisionistas y de los recrudescimientos autoritarios que se manifiestan claramente con el desplazamiento del poder político y de sus funciones típicas, como la legislativa, de las asambleas parlamentarias a los Ejecutivos, violando así el principio de separación de poderes (G. Silvestri, 1985). Lo que es cierto. Y no puede ser de otra manera.

Gobernar, dirigir, conducir los profundos cambios que están afectando al Estado constitucional, como son los procesos de globalización, o simplemente gobernar una crisis económica trascendental como la que están viviendo en muchos países en el mundo y que puso a prueba la misma estabilidad social de los sistemas políticos, requiere dotarse de estructuras de gobierno estables y fuertes. Pero también es cierto que la globalización y la crisis económica simplemente han amplificado las tendencias, como la del fortalecimiento de los ejecutivos a expensas de los órganos parlamentarios y de la presidencialización de los ejecutivos, que ya estaban presentes ampliamente con antelación y por lo tanto estructuralmente inherentes, para bien o para mal, a la evolución de las sociedades democráticas caracterizadas por la crisis de los grandes “relatos” ideológicos de los partidos de masas y por la influencia cada vez más importante que el sistema de medios de comunicación ha sido capaz de ejercer sobre las modalidades de funcionamiento de la vida política (Di Giovine, 2007).

Un argumento similar puede hacerse en relación con las fuentes del Derecho, que han reconocido el redimensionamiento de la ley con respecto a su configuración mítica como la fuente primaria y tendencialmente exhaustiva de toda necesidad de producción normativa (Caretto, 2010) a favor de una variedad de fuentes, *in primis* las de las competencias de los Gobiernos o, a menudo, ni siquiera contempladas en la Constitución, como el poder normativo de ciertas autoridades independientes que se ejerce también en asuntos cubiertos con reserva de ley o el acentuamiento de la relevancia externa de las así llamadas fuentes de *soft law* (los códigos éticos,

los códigos deontológicos, etc.). En realidad, ya en la experiencia liberal, la ley no correspondía más a lo que había sido su teorización por parte de los ideólogos entre los siglos XVIII y XIX. De hecho, su transformación comenzó en el mismo momento en que, con la llegada del sufragio universal, esta hubiera debido celebrar su apoteosis y que en cambio presencié el nacimiento y el fortalecimiento de otras fuentes, dotadas de la misma fuerza de la ley, pero pertenecientes al Gobierno, debido a las crecientes demandas de regulación dictadas, igualmente, por las funciones crecientes que el Estado asume en el ámbito de sus propios deberes (Modugno, 1973).

En resumen, creo que sobre estos temas es necesario razonar a 360 grados, sobre todo mediante un análisis histórico de los fenómenos jurídicos y sin prejuicios de carácter ideológico. En las democracias maduras, existen “anticuerpos sólidos”, tanto institucionales como culturales (Di Giovine, 2007), que son capaces de impedir las degeneraciones autoritarias del sistema político o de corregir eventuales anomalías regresándolas a la fisiología del sistema. Me refiero por ejemplo al papel de las fuerzas políticas que salieron derrotadas de las elecciones que deben tener el derecho de ejercer un control permanente sobre el actuar del Gobierno y de presentar al cuerpo electoral sus propuestas alternativas. Y cuando digo atribuir un mayor espacio a las oposiciones parlamentarias, no me refiero a un simple llamado al “Estatuto de las oposiciones” para hacerse con reglamento parlamentario sino a una verdadera y propia constitucionalización de las reglas claras, inspirado en el modelo francés, en el español, en el alemán, que atribuyen poderes a las minorías parlamentarias.

En segundo lugar, pienso en el poder judicial, que de aparato perteneciente sustancialmente al marco del poder ejecutivo, aunque con formas más o menos avanzadas de autonomía, se ha vuelto cada vez más claramente un aparato distinto y realmente independiente del Gobierno y del Parlamento. A esto se añadió la aparición de otros poderes con carácter independiente y funciones de garantía, o de todas maneras de funciones claramente separadas de las del *continuum* Gobierno-Parlamento: desde el Jefe de Estado en los regímenes parlamentarios, a los órganos de la justicia constitucional, a las autoridades administrativas independientes (como el papel que tuvo el *Antitrust*, mencionado por G. Amato, 2013). Así que hoy, tal vez, se puede decir que el verdadero significado constitucional del principio de división de poderes consiste en la separación y en la independencia recíproca entre los poderes del gobierno o políticos, por un lado, y los poderes de garantía por el otro lado (Onida, 2005). En todo caso, el problema es otro, es decir que son los órganos de garantía que ceden, a menudo, a la tentación de sustituir las propias evaluaciones de las oportunidades con las expresadas en las decisiones políticas, invadiendo así el campo de las decisiones legislativas o administrativas.

Con respecto al tema de los derechos fundamentales, esencia del constitucionalismo junto con la separación de poderes, creo que se puede argumentar que las

transformaciones del Estado constitucional, referidas a la así llamada internacionalización de los derechos en Europa, no han traído una *deminutio*, sino más bien una ampliación de su número y de su alcance y, sobre todo, una expansión de los mecanismos de tutela de los mismos más allá de las fronteras de cada uno de los estados, de acuerdo con un itinerario totalmente original e impensable unas décadas atrás (Caretti, 2012). Basta pensar en los derechos enunciados en las Constituciones nacionales cuya tutela se deja principalmente a las Cortes nacionales, a aquellos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuya tutela se atribuye a la Corte Europea de los Derechos del hombre, a aquellos derechos procedentes de los Tratados comunitarios (enunciados en la Carta de Niza), cuya tutela se entrega al Tribunal de Justicia y al Tribunal de primera instancia de la Unión Europea. Con el resultado de que, existiendo estos textos que tienen por objeto, además, los mismos derechos y dados los diversos métodos de tutela y las diferentes interpretaciones, surgidos a veces también del resultado del equilibrio entre los derechos mismos, estamos en presencia de una especie de transición “por vasos comunicantes” entre tales catálogos de derechos, después de lo cual encuentra, por último, aplicación el nivel de protección mayor. Pero también en materia de los derechos fundamentales y en particular en el ámbito de los derechos sociales, el papel del Estado sigue siendo esencial hoy en día, sin que exista en la actualidad alguna forma de tutela real de su efectividad que va más allá de la dimensión nacional (sobre la base de los ordenamientos internos) o a lo sumo regional (sobre la base de las organizaciones supranacionales) (Rimoli, 2005).

Por estos motivos que he tratado de recordar brevemente, me gustaría abrir la presente sesión con un sentimiento de realismo, sin dejar de lado una cierta dosis de confianza.

BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, G. *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, en *Revista trim. der. publ.*, 2013, n. 1.
- BALDASSARRE, A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- BERMAN, P. S. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2014.
- BILANCIA, F. *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padua, Cedam, 2000.
- BIN, R. *Assemblee rappresentative, forma di governo e investitura diretta dell'esecutivo* (2006), en www.forumcostituzionale.it
- BOBBIO. *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984.

- CARETTI, P. *I diritti e le garanzie*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/convegno-annuale-aic-costituzionalismo-e-globalizzazione-salerno-23-24-novembre-2012-relazioni-di-paolo-caretti-e-pasquale-costanzo.html>.
- CASSESE, S. *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- D'ADDABBO, F. *Sovranità popolare e forma di governo: l'investitura dell'esecutivo e lo scioglimento delle Camere secondo una concezione rispondente al principio democratico 2011*, in <http://www.rivistaaic.it/sovranit-popolare-e-forma-di-governo-l-investitura-dell-esecutivo-e-lo-scioglimento-delle-camere-secondo-una-concezione-rispondente-al-principio-democratico.html>
- D'ANDREA, L. *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in <http://www.giurcost.org/studi/dandrea2.pdf>.
- DE VERGOTTINI, G. *La persistente sovranità*, en *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, Turín, Giappichelli, 2014, para leer en www.giurcost.org/studi/devergottiniz.pdf.
- DE VERGOTTINI, G. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, en C. AMATO y G. PONZANELLI (coords.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Turín, 2006.
- DI GIOVINE, A. Postfazione. *Democrazie colonizzate* en A. DI GIOVINE, S. SICARDI, *Democrazie imperfette*, Turín, Giappichelli, 2005.
- DI GIOVINE, A. Introduzione, en A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (coord.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Turín, G. Giappichelli, 2007.
- D'IGNAZIO, G. Ordine e dis-ordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale, en G. D'IGNAZIO, A. RUSSO (coord.), *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, n. 2 .
- DOGLIANI, M. Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo, en *Giur. cost.*, 1973, 214 ss.
- ELIA, L. voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milán, Giuffrè, 1970.
- FERRARESE, M. R. Voce *Globalizzazione giuridica*, en *Enc. dir., Annali*, IV, Milán, 2011.
- FERRARESE, M. R. Il costituzionalismo globale tra “non luogo” e “dislocazioni”, en G. D'IGNAZIO, A. RUSSO (coord.). *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, n. 2.

- FROSINI, T. E. *Elogio della sovranità*, en *Percorsi costituzionali*, 2013, n. 1.
- FROSINI, T. E.; BASSU, C. y PETRILLO, P., *Il presidenzialismo che avanza*, Roma, Carocci, 2009.
- FUSARO, C. *Memoria per l'Audizione*, en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0450_fusaro.pdf, 2014.
- GALGANO, G. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- GALLI DELLA LOGGIA, E. y AMATO, G. *Europa perduta?* Bologna, Il Mulino, 2014.
- GIANNINI, M. S. *Prefazione alla edizione italiana di G. Burdeau, Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milán, Edizioni di Comunità, 1950.
- GRASSO, G. *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Nápoles, 2012.
- GROSSI, P. *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- GUARINO, G. *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milán, Giuffrè, 2006.
- KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2011.
- LUCIANI, M. voce *Governo (forme di)*, en *Enc. dir., Annali*, III, 2010.
- MATTEUCCI, N. voce *Sovranità*, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Turín, Utet, 2004.
- MEZZETTI, L. *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padua, Cedam, 2003.
- MODERN DEMOCRACIES*, Oxford University Press, 2005.
- MODUGNO, F. voce *Legge in generale*, en *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milán, Giuffrè 1973.
- MORTATI, C. *Istituzioni di diritto pubblico*, I, ed. agg., Padua, Cedam, 1991.
- MORTATI, C. *Le forme di governo*, Padua, Cedam, 1973.
- NEVES, M. *Transconstitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- ONIDA, V. *Prolusione Università Roma Tre*, Año Académico 2004/2005, en <http://www.giurcost.org/cronache/prolusione.html>

- PALOMBELLA, G. Il senso dei limiti (giuridici). Dagli Stati alla governance globale, en *Sociologia del diritto*, 2010, n. 3.
- PINELLI, C. *Forme di Stato e forme di governo*, Segunda edición, Nápoles, Jovene, 2009.
- PINELLI, C. *Forme di governo antiche e contemporanee* (2014), en <http://www.rivistaaic.it/forme-di-governo-antiche-e-contemporanee.html>
- POGUNTKE, T. y WEBB, P. *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford University Press, 2005.
- REGASTO, S. F. *La forma di governo parlamentare fra "tradizione" e "innovazione"*, Milán, Giuffrè, 2008.
- RESCIGNO, G. U. voce *Forme di Stato e forme di governo (diritto costituzionale)*, en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- RIMOLI, F. Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica, in *Studi in onore di G. Ferrara*, Turín, Giappichelli, 2005 e leggibile in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/dirittifondamentali/index.html>
- RUGGERI, A. *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0237_ruggeri.pdf, 2010.
- SCARCIGLIA, R., R. Costituzionalismo globale, tradizioni legali e diritto comparato, en D'IGNAZIO, G. y RUSSO, A. (coord.), *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, n. 2.
- SCHREUER, C. "The Waning of the Sovereign State: towards a New Paradigm for International", en *Law, en European Journal of International Law*, 1993.
- SILVESTRI, G. *Volumen Poteri dello Stato*, en *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milán, Giuffrè, 1985, actualmente se puede consultar en: <http://www.giuffre.it/itIT/dirittotutti/dirittotuttidetail.html?idnews=2558>
- SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, n.º 4.
- VOLPI, M. *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, v edición, Turín, Giappichelli, 2013.
- VOLPI, M. *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, n.º 1.

WALKER, N. *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, n.º 6, consultable en el sitio <http://icon.oxfordjournals.org/content/6/3-4.toc>

ZUMBANSEN, P. *Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance*, en M. ADAMS, J. BOMHOFF, *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, 2012.

IVÁN ESCOBAR FORNOS*

Nuestra cultura constitucional y sus amenazas

SUMARIO

I. Cultura constitucional. I.1. Origen de derecho I.2. Cultura y educación. I.2.A. Cultura. I.2.B. Cultura y educación en Nicaragua. I.3. Peter Häberle y la cultura constitucional. I.4. Los seis elementos de las constituciones democráticas. II. Elementos de la democracia y sus peligros. II.1. Democracia. II.2. Elementos de la democracia. II.3. Conservación de la cultura. II.4. Soberanía popular. II.5. División de poderes. II.6. Los derechos fundamentales. II.6.A. Los derechos en serio. II.6.B. Economía y constitución. II.6.C. Protección a la tierra y al ambiente. II.7. El Estado constitucional de derecho. II.8. Interpretación constitucional y sus peligros. II.9. La jurisdicción constitucional. III. El nuevo constitucionalismo. IV. Conclusiones.

I. CULTURA CONSTITUCIONAL

I. ORIGEN DEL DERECHO

El Derecho es un fenómeno social derivado del acuerdo¹ entre las personas que viven en sociedad (*ubi societas ibi jus* = donde hay sociedad, hay Derecho), que refleja sus valores fundamentales y la cultura del pueblo.

Este derecho es sometido a un proceso de transformación y perfeccionamiento, cuya materia prima es la realidad social y los ideales de cada pueblo o región.

2. CULTURA Y EDUCACIÓN

A. CULTURA

Intentaremos formular un concepto general de cultura, cosa muy difícil de realizar, pero fácil de percibir.

* Doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Presidente de la Sección Nicaragua del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España. Se ha desempeñado como magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y también como presidente de la misma.

I ABELARDO TORRE agrupa las principales teorías sobre el origen del derecho en dos grupos: a) Las Teorías Voluntaristas, en las que se encuentran: la teológica, que sostiene el origen divino del derecho; la contractualista o del pacto social, en virtud de la cual el derecho tiene su origen en un contrato voluntario entre los hombres, pasando del estado de naturaleza al estado organizado. b) La escuela sociológica o sico-sociológica. Esta escuela sostiene que en la vida primitiva existían deberes en los clanes y se obraba por la influencia psicológica del hábito, la imitación, el temor religioso, ya que no existía un poder coercitivo organizado, el Derecho fue naciendo espontáneamente, luego aparecen el derecho y el Estado (Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina, pp. 404-408).

Cultura es el acervo acumulado entre los habitantes de un país o región, de sentimientos e ideales compartidos, valores, hechos históricos que los unen, triunfos y fracasos, idioma, usos, costumbres, tradiciones, arte, literatura², historia, economía, ambiente, símbolos nacionales, héroes, intelectuales y escritores, organización política, derechos y libertades, creencias religiosas, y otros elementos que cohesionan y permiten la convivencia en paz.

Diego Valadés expresa que el Derecho es un fenómeno cultural y agrega que: “La cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica unos atropellan, hasta sin quererlo, y otros atropellan, hasta sin saberlo”³.

André Hauriou sostiene que dentro del contexto cultural del Derecho constitucional clásico se requiere que el ciudadano tenga un mínimo de educación política, que esté normalmente informado y que se sienta portador de la cosa pública⁴.

La cultura puede variar de un país o región a otro, de acuerdo con su historia y posición geográfica.

La Constitución refleja esta cultura, sus valores y principios, los derechos individuales y sociales conquistados y su defensa, la organización política democrática abierta, el Estado constitucional de Derecho y la separación de poderes, entre otras garantías. Las constituciones desarrolladas han regulado extensamente la cultura.

El Derecho y nuestra cultura se encuentran en una ardiente lucha sobre la aceptación o rechazo de la eutanasia, el aborto, la homosexualidad y la manipulación genética. Son problemas que tienen en constante enfrentamiento a la sociedad, apareciendo en el combate a las religiones, principalmente la católica.

Son problemas nada fáciles de resolver, pues entran en juego caros valores, el Derecho al desarrollo de la personalidad, la libertad individual, la libertad religiosa y el respecto a sus principios, el desarrollo científico y tecnológico, la ética, la

2 DIEGO VALADÉS sostiene que entre el Derecho y las artes existe un profundo nexo que se produce a través de la literatura, con vínculos, a lo largo de los siglos, con la música, las artes plásticas y más tarde con el cine. Realiza un interesante estudio de las obras más famosas de la literatura. (La Lengua del Derecho y El Derecho de la Lengua. Discurso de ingreso a La Academia Mexicana de la Lengua. Universidad Nacional Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua. México. 2010, pp. 21-29). La enseñanza del arte y el derecho, el cine y el derecho, son dos movimientos desarrollados en Europa y los Estados Unidos de América, apoyados por escritores, profesores y universidades. Su estudio forma parte de la enseñanza universitaria. A estos medios debe agregarse la televisión. Somos *Homo videns*, como dice GIOVANNI SARTORI, que ha venido a sustituir el *Homo sapiens*, que razona y piensa, formado en la escritura y la palabra. El *Homo videns* es teledirigido, no piensa, solo ve y disfruta, y lo que ve puede esconder la realidad y engañarlo. La política también es teledirigida, lo que perjudica a la democracia. SARTORI concibe al niño *videns*, que desde niño va formando su cultura a través de la televisión y llega a la madurez en las mismas condiciones. (Cfr. GIOVANNI SARTORI. *Homo videns*. La sociedad teledirigida. Editorial Taurus. México 1998. MARIO VARGAS LLOSA. *La civilización del espectáculo*. Alfaguara, México. 2012. IVÁN ESCOBAR FORNOS. *El arte y el Derecho* Editorial Cencisa. Managua. Nicaragua. 2014.)

3 Ob. cit., p. 31.

4 *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1980, pp. 90 y 91.

moralidad, la educación y la familia. Lo perceptible es que se están imponiendo esos nuevos planteamientos en muchos países y es un tema, en parte, de nuestra competencia.

Antes que todo, es conveniente dejar sentada la afirmación de que nuestra cultura, principalmente política, está fuertemente influenciada por los ideales de la Ilustración y el liberalismo, tanto europeo como norteamericano, en una fusión con nuestros valores autóctonos, posteriormente reforzada con los movimientos sociales que reclaman un equilibrio justo entre la igualdad y la libertad, lo que ha dado pie para que en la constitución se consagren los nuevos derechos sociales, económicos y culturales.

Es conveniente señalar que cuatro han sido las primeras constituciones escritas que han servido de modelo a las constituciones modernas: la primera es la Constitución de 1787 de los Estados Unidos de América; la segunda es la Constitución de 1791 de Francia; la tercera, la Constitución Republicana de Venezuela de 1811, y la cuarta, la Constitución de Cádiz de 1812.

En la redacción de la Constitución de Cádiz intervinieron representantes de las colonias de América y realizaron importantes aportes. Se puede decir que su paternidad es atribuida a los peninsulares y a los representantes de las colonias. Existían varios proyectos de constituciones redactados por los juristas y políticos latinoamericanos antes de Cádiz⁵. Nuestra experiencia constitucional no es de hoy; es propia y traída también de Cádiz y de Norteamérica.

En América Latina, las constituciones regulan la educación y la cultura como un Derecho: República Dominicana⁶, Costa Rica⁷, El Salvador⁸, Guatemala⁹,

5 En Cuba, precisamente en 1810, aparece un Proyecto de Constitución elaborado por Joaquín Infante e Infante, antes de que se conociera la Constitución de Cádiz, que se encuentra entre las primeras cartas políticas de Hispanoamérica. Es un proyecto separatista de cien artículos que organizaba 4 poderes: el legislativo, de 6 diputados elegidos por regiones, el ejecutivo por un triunvirato integrado por los ministerios de Guerra y Marina, Rentas e Interior, el poder judicial y militar no estaban claramente estructurados, se establecieron derechos y libertades, la división de poderes, la separación de la Iglesia y el Estado. Se contempló la previsión social, la sanidad y la familia (LEONEL DE LA CUESTA. *Constituciones de Cuba*. Miami. 2007, pp. 34, 35, 36, 37 y 38). BREWER – CARIAS sostiene que la conformación constitucional que se realizó en los Estados nacionales de Venezuela y Nueva Granada no recibió –no pudo recibir–, influencia de las instituciones constitucionales españolas de 1812, pues cuando se dictaron las primeras constituciones provinciales y nacionales americanas, entre 1811 y 1812, España era una monarquía absoluta, invadida por las tropas napoleónicas. La Constitución de Cádiz comenzó a influir en Europa y América a partir de 1820. En Venezuela se dictaron Constituciones Provisionales en Barina (2 de marzo de 1811), Mérida (31 de julio de 1811) y Trujillo (2 de septiembre de 1811). En Nueva Granada se dictaron Constituciones Provinciales en el Socorro (15 de agosto de 1810) y Cundinamarca (Constitución Monárquica de 30 de marzo de 1811). (La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Hispanoamericano. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2010., p. 63 – 90.)

6 Art 63 y 64, de la Constitución de 2010.

7 Art 76-89, de la Constitución de 1948.

8 Art 53-64, de la Constitución de 1983.

9 Art 57-65 y 71-81, de la Constitución de 1985.

Honduras¹⁰, México¹¹, Panamá¹², Paraguay¹³, Perú, Uruguay¹⁴, Venezuela¹⁵, Argentina¹⁶, Bolivia¹⁷, Brasil¹⁸, Chile¹⁹, Colombia²⁰ y Ecuador²¹.

B. CULTURA Y EDUCACIÓN EN NICARAGUA

Existe una fuerte conexión entre la cultura y la educación, no solo en nuestra Constitución, sino también a nivel universal.

La Constitución de Nicaragua le dedica el Título VII a la educación y la cultura, integrado por trece artículos, a los que hay que agregar algunos diseminados en el texto constitucional, con el afán de reflejar en nuestra carta magna la cultura del pueblo, aunque en algunos puntos no coincide con ella.

La soberanía es entregada al pueblo, el cual la ejerce a través de institutos democráticos²² y libremente, construyendo y perfeccionando el sistema económico, político, cultural y social de la nación. Estos son valores fundamentales que promete desarrollar y cumplir el Estado como deber constitucional.

Los nicaragüenses tienen derecho a la educación y la cultura²³ y es función indeclinable del Estado²⁴. La educación se fundamenta en los valores nacionales, el conocimiento de nuestra historia, de la realidad, de la cultura nacional y universal y en el desarrollo continuo de la ciencia y la técnica, cuyo estudio debe ser promovido²⁵.

Como puede observarse, la cultura es la base de nuestra Constitución, tanto política como social y económica.

10 Art 151-177, de la Constitución de 1982.

11 Art 1-29, de la Constitución de 1917.

12 Art 80-90 y 91-108, de la Constitución de 1972.

13 Art 73-85, de la Constitución de 1992.

14 Art 34 y 41, de la Constitución de 1967.

15 Art 98-99 y 11, de la Constitución de 1999.

16 Art 14, de la Constitución de 1853, solo garantiza el derecho de enseñar y aprender.

17 Art 1,77-97 y 98-102, de la Constitución de 2009. Cultura plural.

18 Art 6,205-214 y 215, de la Constitución de 1988.

19 Art 19 y párrafos 10 y 25, de la Constitución de 1980.

20 Art 67-72, de la Constitución de 1991.

21 Art 1,21-26, de la Constitución de 2008. Intercultural.

22 De acuerdo con el art. 2 de la Constitución, el poder soberano lo ejerce el pueblo por medio de representantes (presidente y vicepresidente, diputados, alcalde y concejales) por sufragio universal, igual, directo y secreto (que requiere de mayores seguridades), como también en forma indirecta a través de referéndum, plebiscitos (lo que jamás se han celebrado), iniciativa de leyes (de una a tres y una con éxito), presupuestos participativos, consejos territoriales, asambleas territoriales y comunales de los pueblos originarios y afrodescendientes, consejos sectoriales y otros procedimientos establecidos en la constitución y en las leyes, los que requieren reorientación y desvinculación de la política partidista.

23 Art 58 de la Constitución.

24 Art 119 de la Constitución.

25 Art 117 de la Constitución.

La educación es laica, pero se reconoce el derecho de formar centros privados de orientación religiosa, dedicados a la enseñanza e impartir clases de religión como materia extracurricular²⁶.

Se garantiza el libre e igual acceso a la educación primaria y secundaria. En los centros del Estado es gratuita y obligatoria la primera y libre la segunda, permitiéndose las contribuciones de los padres de familia. Los pueblos indígenas y las comunidades étnicas del Caribe tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna²⁷.

Las universidades y centros de educación técnica superior tienen autonomía académica, financiera, orgánica y administrativa y están exentos de toda clase de tributos (impuestos y contribuciones fiscales) regionales y municipales. Sus bienes y rentas no pueden ser intervenidos, embargados o expropiados, excepto por obligaciones contractuales civiles, mercantiles o laborales. En la gestión participan los profesores, estudiantes y trabajadores. Algunas universidades y centros técnicos son financiados por el Estado y reciben como aportación el 6% del Presupuesto General de la República²⁸.

Por otra parte, se garantiza la libertad de cátedra²⁹. Cuando el Estado vulnera la autonomía universitaria y el partido en el poder logra controlarla, la libertad de cátedra es restringida o eliminada. También se recurre a la creación de nuevas universidades controladas y patrocinadas por el Estado, dominado por una determinada tendencia política en el poder, para enseñar su verdad.

El Estado se convierte en protector: de la creación artística, garantizando su libre expresión en la forma y el modo y procura facilitar los medios para la creación, difusión y garantía de los derechos del autor³⁰; y del patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación³¹.

En resumen, el Estado asume el deber constitucional de promover el rescate, desarrollo y fortalecimiento de la cultura nacional, como expresión creativa del pueblo, en todos sus ámbitos³².

26 Art 124 de la Constitución.

27 Art 121 de la Constitución.

28 Art 125 de la Constitución.

29 Art 125 de la Constitución.

30 Art 127 de la Constitución.

31 Art 128 de la Constitución.

32 Art 126 de la Constitución.

3. PETER HÄBERLE Y LA CULTURA CONSTITUCIONAL

Peter Häberle es un destacado constitucionalista alemán, muy vinculado a los juristas iberoamericanos³³. Podríamos decir que ya está enterado de nuestros avances y retrocesos políticos y constitucionales.

Su influencia en el constitucionalismo es muy importante, de tal magnitud que ya la jurisprudencia lo cita. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú, en la sentencia del 03 de octubre de 2007, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por un pakistaní, en el que alegó la falta del debido proceso por no habersele asignado intérprete en el proceso penal que se le seguía por el delito de la salud pública en la modalidad ilícito de tráfico y droga, dijo que aquí era necesario precisar la dimensión cultural en el sentido de que “(...) no es solo una obra normativa sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas, que contiene en su seno reglas culturales; por cierto, el derecho de usar el idioma propio es una expresión de su identidad cultural”.

En su libro *El Estado constitucional*, desarrolla el tema de la Teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura. Afirma que el Estado constitucional es una conquista cultural que incluye entre los siete elementos de la constitución democrática el principio del Estado cultural abierto.

Para el ciudadano, la Constitución no es solamente un texto jurídico o un mecanismo normativo, sino la expresión de un desarrollo cultural, medio por el que se expresa la cultura del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y de su esperanza.

A los tres elementos tradicionales del Estado —el pueblo, el poder y el territorio— le agrega la cultura como el cuarto elemento fundamental. Señala que esta tetraarquía no tiene acogida en las constituciones, situación que caracteriza las Teorías Generales del Estado, lo que las hace cuestionables.

Una teoría de la Constitución que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a ella la cultura como elemento esencial. La Constitución es una parte de la cultura y la teoría de los elementos del Estado tiene que ser conjugada a partir del elemento cultural.

Al tratar sobre la libertad cultural, expresa que las libertades del arte y de la ciencia conducen a obras científicas, incluyendo la Teoría del Derecho Constitu-

33 En 1982, desarrolló la Teoría de la Constitución como cultura; desarrolla el mandato del apartado 2 del art. 19, que dispone que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” garantía importantes que no tenemos; en 1975, desarrolla la sociedad abierta de los intérpretes de la constitución; y en la década del 70, presenta el nuevo paradigma de la constitución como un proceso público (Cultura y Derecho Constitucional. Entrevista a Peter Häberle. Raúl Gustavo Ferreyra. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

cional como ciencia y literatura³⁴, las cuales pueden ser auxilio en futuros procesos interpretativos.

Reconoce la profundidad con que los artistas pueden ver algunos temas del futuro: “El arte y los artistas se anticipan no pocas veces a aquellos que más tarde la realidad política pone en el ‘orden del día’: piénsese en la ‘Guerra de las Galaxias’ como la internacional de defensas en los años ochenta, o en la filosofía de la verdad del checo V. Havel con vistas al año de 1989”.

Al referirse a la política constitucional y las utopías hace un análisis de ellas con relación a la teoría constitucional. Señala que existen algunas utopías que se han incorporado a las constituciones, ya realizadas o por realizarse³⁵. En nuestro país hemos tenido dos utopías: el Canal Interoceánico y la Unión Centroamericana. Las dos avanzan.

No podemos olvidar que la abolición de la esclavitud, el reconocimiento de la dignidad humana, antes utopías, ahora son realidades constitucionales.

Peter Haberle sostiene que la teoría de la interpretación solamente se ha planteado dos cuestiones: la función de la interpretación constitucional y la cuestión de los métodos de la interpretación constitucional (reglas de interpretación), pero se ha descuidado de los que participan en la interpretación, en manos de un círculo de intérpretes de la constitución de una sociedad cerrada.

En una sociedad abierta se camina hacia la interpretación por y para ella. “De manera que en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos”. Expresa: ¡No hay *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!

De acuerdo con lo expuesto, pueden ser interpretes de la constitución: el poder judicial; el tribunal constitucional; el poder legislativo y sus comisiones; el poder ejecutivo; los cabilderos; los partidos políticos; las partes del proceso; los medios de comunicación, sus redactores y colaboradores; la iglesia; las ONG; los maestros; los políticos; los literatos, entre otros.

Todos ellos, en una u otra forma, expresan sus criterios sobre el contenido y alcance de las disposiciones constitucionales, lo que puede influir en los órganos que tienen la última palabra oficial para determinar la interpretación de ellas.

34 DIEGO VALADÉS afirma que las motivaciones de escritores y juristas no son excluyentes. Los creadores tienen una percepción privilegiada de la realidad; con frecuencia ven en ella lo que para muchos es inadvertido, o denuncian lo que otros ya advirtieron pero callaron e incluso ocultaron (La lengua del derecho y el derecho de la lengua, ob. cit., p. 25)

35 Señala que las constituciones reaccionan ante las experiencias históricas concretas: la Constitución Alemana reglamenta en el art. 5 la libertad de información, la que no existía en el Tercer Reich; o procesa catástrofes históricas, por ejemplo, el artículo sobre Chernobyl de la Constitución Ucraniana (entrevistas en la Universidad de Buenos Aires).

Para Diego Valadés, la interpretación es tarea de los jueces, analistas y del gobernador, cubriendo así desde la elaboración hasta la publicación de la norma por parte de cualquier persona³⁶.

4. LOS SEIS ELEMENTOS DE LAS CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

Häberle sostiene que la Teoría de la Constitución tiene por objeto el tipo de Constitución democrática, tal como se ha implantado en el mundo libre, no solo en Occidente. Teoría que penetra, en este tipo de Constitución, en su contenido y procedimientos esenciales –no en sus particularidades– y su evolución en el curso de la historia.

Este tipo de Constitución tiene elementos ideales y reales referidos al Estado y sociedad, los que no se han logrado realizar al mismo tiempo en ningún Estado constitucional, pero que apuntan a una situación óptima de lo que debe ser como una situación posible de lo que es.

Son seis los elementos esenciales de este tipo democrático de Constitución, a saber:

a. La dignidad humana como premisa realizada a través de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro.

b. El principio de la soberanía popular, pero no como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovadora constante en la voluntad y la responsabilidad pública.

c. La Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores.

d. El principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo.

e. Los principios del Estado de Derecho y Estado Social, lo mismo que el principio del Estado de cultura abierto.

f. Las garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción, etc.

Todos estos elementos forman parte de una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.

Estos elementos centrales son producto de una conquista cultural de la civilización occidental. Representa el resultado y aportación de procesos culturales, del

36 La lengua del Derecho y el derecho de la lengua, ob. cit., p. 98.

mismo modo que se trasmite y es apropiado renovadamente el patrimonio cultural de los textos clásicos. Sin embargo, también se proyecta hacia el futuro la pretensión de que el nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional no se pierda, sino que se conserve y que incluso se acreciente, en la medida en que los enanos encaramados a hombros de gigantes son capaces de ver más lejos.

II. ELEMENTOS DE LA DEMOCRACIA Y SUS PELIGROS

I. LA DEMOCRACIA

Decía Churchill que “la democracia es el peor sistema de gobierno diseñado por el hombre. Con excepción de todos los demás”. Es de difícil manejo por la contraposición de ideas e intereses que campean en sus juegos, entre mayorías y minorías.

Hasta el momento, es el mejor sistema político de gobierno que se propone defender la libertad, la igualdad y el pluralismo (político, social, económico, de partidos, religioso y de otra índole).

Tiene muchos enemigos ideológicos, políticos, sociales, gobiernos y gobernantes corruptos. Contra los cuales hay que luchar, como se lucha por el pan nuestro de cada día, para conservar la sociedad libre y abierta, desarrollarla y perfeccionarla conforme a los tiempos, o bien resignarse a sucumbir ante los intereses antidemocráticos peligrosos.

En mi ponencia en el I Congreso de Juristas de América Latina y el Caribe, celebrado en Paraná, Brasil, en 2010, sostuve que vivimos en una permanente crisis. En uno de sus párrafos, expresé: “Son muchos los factores que inciden en el funcionamiento de la democracia y la gobernabilidad: la falta de educación primaria, secundaria y universitaria; el abandono de la salud del pueblo; la carencia de viviendas en los sectores más desposeídos; el pobre desarrollo económico; la pobreza y el desempleo; la falta de diálogo entre gobernantes y gobernados; la falta de democratización de los partidos políticos; el desprestigio de la clase política por su escasa visión y transparencia; la escasa confianza en el Poder Legislativo por la poca comunicación con el pueblo y la lentitud con que solucionan los problemas de gobernabilidad y democracia; la crisis del Poder Judicial por su falta de independencia interna y externa; la desconfianza en elecciones libres y honestas; el problema de los emigrantes y refugiados; el gran poder económico, político y social de la delincuencia organizada que penetra en todos los órganos del Estado”.

A Ronald Dworkin³⁷ le preocupa profundamente, con relación a la democracia de los Estados Unidos de Norteamérica, la escasa importancia cultural del pueblo,

37 *La democracia posible*. Paidós. Barcelona, España, 2007, pp. 163 y ss.

los mensajes superficiales de los líderes políticos, preocupados por los acontecimientos que pueden darles créditos políticos en la competencia sin entrar en los problemas básicos, la verdad y la ética, en constante sintonía en los medios de información, en campañas de recolección de fondos para financiar las candidaturas, lo que se presta a colusión y corrupción con las grandes corporaciones, la brecha entre ricos y pobres es indefendible, el dinero es la maldición de la política.

Se pregunta si es posible la democracia y propone la democracia asociativa en la que las personas se gobiernan a sí mismas, cada una como asociado de pleno derecho de una empresa colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas solo si se cumplen ciertas condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociados de pleno derecho en una empresa, que en una sociedad no es democrática cuando ignora continuamente los intereses de una minoría u otro grupo, aunque los representantes sean elegidos por un procedimiento impecable mayoritario. Propone un fondo de seguros al que contribuyen todos los miembros de la sociedad y del cual pueden servirse los necesitados por causa de un accidente, la pobreza, la enfermedad, desempleo, mala suerte.

Se vuelve a preguntar qué hacer y señala tres soluciones: la educación, el cambio del modo de elegir a los líderes y la regulación de las cadenas privadas y de las emisoras privadas, así: el gasto total de radio y televisión por parte de un candidato debe limitarse estrictamente con independencia del origen de los fondos; el anuncio debe durar al menos tres minutos, de los cuales dos minutos en que un candidato a ocupar un cargo o un funcionario de alguna organización que ha pagado por el anuncio hable directamente a la cámara. Durante el periodo de elecciones presidenciales, a cada una de las principales cadenas terrestres y de cable se les debería exigir la reserva de un espacio de media hora semanal en horario de máxima audiencia para que los principales partidos puedan corregir los que consideren errores o tergiversaciones en los reportajes y opiniones políticas emitidos por la cadena durante la semana precedente; a los partidos políticos se les pedirá la entrega adelantada de una cinta del material compuesto y se concede el derecho de refutación.

2. ELEMENTOS DE LA DEMOCRACIA

Con base en lo expuesto, es importante pasar revista a algunos valores de la cultura política, social y económica, seguidos por el constitucionalismo occidental, ahora más extendido³⁸, con especial énfasis de la latinoamericana, en los números siguientes.

38 Hungría, Croacia, Serbia, Bulgaria, Lituania, Macedonia, Rumania, Eslovenia, la República Checa, Estonia, Letonia, Montenegro, Eslovaquia, Bielorrusia, Moldavia, Ucrania, Polonia, Albania. (MICHELE MISTÓ. "La

3. CONSERVACIÓN DE LA CULTURA

El Estado, de la mano con la comunidad, está obligado a conservar, rescatar, promover y proteger los valores culturales en forma directa y por medio de la educación fundada en los valores nacionales, la realidad, la historia, la cultura nacional y universal, como lo dispone nuestra Constitución.

Esta cultura es objeto de asechanzas por ideales de un socialismo real trasnuchado y eliminado, que antepone a la libertad individual el poder del Estado, restringe la libertad política, cultural y de expresión, la iniciativa privada y el normal intercambio de bienes y servicios, o por gobiernos populistas, que siguen los mismos pasos.

Otro deber cultural del Estado es proteger el patrimonio ecológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico.

Es inconcebible presenciar la iconoclasia de algunos sectores radicales del cristianismo o del islamismo en la destrucción de los valores artísticos, arqueológicos y religiosos. Hace poco, los talibanes trataron de asesinar a Malala Yousafzai por el simple hecho de defender el derecho a la educación de las niñas, destruyeron las estatuas budistas en Bamiyan, Afganistán, y dictaron veinte restricciones y prohibiciones crueles contra las mujeres: lapidaciones como pena, obligación de usar el velo que cubre de la cabeza a los pies, de practicar deportes, de estudiar, asomarse a los balcones, entre otras.

4. LA SOBERANÍA POPULAR

Superada la etapa del origen divino del poder y su atribución al rey absoluto, la soberanía se radica en el pueblo, quien la ejerce en forma indirecta —pues la democracia directa, propia de las pequeñas ciudades-Estado griegas, ya no es factible hoy en los Estados grandes y complejos— a través de sus representantes, presidentes, vicepresidentes, alcaldes, gobernadores, diputados, senadores, seleccionados por medio de elecciones libres, honestas, secretas y competitivas, lo que no se ha logrado en algunos países de América Latina, requisitos para entrar por la puerta de la democracia.

La elección puede ser a través del voto directo a favor del candidato (elección de primer grado) o a través de electores (elección de segundo grado).

El gobierno puede ser parlamentario o presidencial. El primero es de tradición europea y no es de recibo en los países de América Latina, que han adoptado en sistema presidencial, de factura norteamericana. Ambos sistemas pertenecen a la

justicia constitucional en los países de Europa Centro-Oriental” *La Justicia Constitucional en Europa*. Fundación Universitaria de Derecho. Guanajuato. México, 2004, p. 192).

democracia representativa y cada uno descansa en sus propios principios y bases para su funcionamiento³⁹.

En América Latina existe un fuerte movimiento reeleccionista, principalmente en los países del ALBA: en Venezuela y Nicaragua en forma indefinida, mitigada en Venezuela por el referéndum revocatorio, limitada en Bolivia y Ecuador.

Pensando corregir el constitucionalismo de la democracia representativa, se ha incorporado a la Constitución la figura de la revocación del mandato y otras de la democracia participativa a nivel municipal, comunitario y popular. La revocación del mandato se establece en las constituciones de Venezuela y Ecuador.

5. LA DIVISIÓN DE PODERES

Ya en Grecia existía la división de poderes. Aristóteles, en *La Política*, dividió el gobierno en tres secciones: la asamblea pública, los magistrados –funcionarios administrativos– y los tribunales⁴⁰. Son tres los poderes: el ejecutivo, atribuido a los magistrados; el poder legislativo, atribuido al pueblo, y el judicial, atribuido a los tribunales.

En el siglo XVI, surge la idea del peligro de que una persona u órgano haga, ejecute e interprete la ley.

En el mismo siglo XVI, la revolución puritana de confesión calvinista, surgida en Inglaterra, anteponía el parlamento al ejecutivo.

39 Cfr. Para los requisitos de ambos sistemas y la crisis del presidencialismo, IVÁN ESCOBAR FORNOS. “Evolución de la organización político-constitucional en Nicaragua (1975-2005)”. *Estudios Constitucionales*. Imprenta de la Corte Suprema de Justicia. Managua, Nicaragua. 2010, pp. 473 y ss. Ponencia presentada en el Coloquio sobre la evolución político-constitucional en Centroamérica y México, en noviembre de 2005, en la sección de El Salvador del Instituto Interamericano de Derecho Constitucional.

40 Libro Sexto, Capítulos XI, XII y XIII, pp. 225-237. Señala ocho tipos de tribunales para conocer: en las cuentas y gastos públicos; de los daños causados al Estado; en los atentados contra la constitución; en las demandas de indemnización, tanto de los particulares como de los magistrados; de las causas civiles más importantes; de las causas de homicidios; de los extranjeros. El tribunal puede subdividirse según que unos mismos jueces o jueces diferentes conozcan de homicidios premeditados o involuntarios, según el hecho sea o no confesado, aunque haya duda sobre el derecho del acusado. Establece el tribunal que purgue la contumacia y señala como ejemplo el tribunal de los Pozos de Atenas. El tribunal de los extranjeros admite división según conozca de la causa entre extranjero y nacionales. Admite otra especie de tribunales que atiende las causas de menor cuantía, con valor de una a cinco dracmas, poco más, pero estas causas aunque sean rápidas deben ser sustanciadas como las demás, y no pueden someterse a la decisión de los jueces ordinarios. La división de poderes no era cerrado, pues la asamblea puede imponer la pena de muerte, la de destierro y la confiscación y toma cuenta de los magistrados del ejecutivo; se reserva el nombramiento de los magistrados ordinarios. La decisión de todo el campo político (asamblea) es propio del principio democrático que busca sobre todo la igualdad; pero admite que muchas veces los magistrados pueden deliberar por secciones y no en masas, en tal caso los ciudadanos se reúnen para sancionar las leyes y oír la promulgación de los decretos de los magistrados, algo similar a la modificación actual de la división de poderes. Aristófanes, en *Las Avispas*, condenaba la excesiva litigiosidad que existía en Atenas y enumeraba la gran cantidad de tribunales especiales. Modernamente, la litigiosidad es calificada como una enfermedad mental paranoica, denominada querulancia.

En el siglo XVIII, John Locke⁴¹ reconoce tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el federativo. No menciona al poder judicial, lo omite.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el art. 16 expresa que la sociedad cuyos derechos no están asegurados, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.

Edmundo Burke⁴² es un crítico de dicha Declaración francesa y de su revolución. Su contrincante en el debate fue Thomas Paine.

En el siglo XVIII, el barón de Montesquieu, en el Capítulo VI del Libro XI, del Espíritu de la Ley⁴³, desarrolla sistemáticamente la Teoría de la División de Poderes, inspirado en la constitución de Inglaterra y el Tratado del Gobierno Civil de Locke, Capítulo XII.

El legislador es el encargado de hacer y derogar las leyes; el ejecutivo de hacer la paz y la guerra, enviar y recibir embajadores, establecer la seguridad pública y precaver las invasiones, el poder judicial es el encargado de castigar los delitos y juzgar las diferencias entre los particulares.

Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o cuerpo, no existe libertad o confianza porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida, pues el juez sería legislador. Si no se separa el poder judicial del ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Sostiene que todo estaría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo, ejerce los tres poderes: dictar leyes, ejecutar resoluciones públicas, juzgar los delitos y las diferencias entre los particulares.

Pone de relieve que en las repúblicas de Italia los tres poderes están reunidos y necesitan de medios violentos como los que usa el gobierno turco.

Karl Popper sostiene que un país es democrático si mediante elecciones se puede cambiar el gobierno sin derramamiento de sangre⁴⁴.

41 Ensayo sobre el Gobierno Civil. Editorial Porrúa. México 1997, pp. 87-89. Empirista junto con HUME y BERKELEY. LOCKE es considerado uno de los padres del liberalismo. Isaiah Berlin agrega dos más del liberalismo, a COUSTAN y STUART MILL, a quien coloca como un gran defensor de la libertad en sus estudios sobre este tema (Cuatro ensayos sobre la libertad. Alianza Editorial. Madrid. España. 1998, p. 267).

42 "Reflexiones sobre la revolución francesa (1790)". Textos Políticos. Fondo de Cultura Económica. México. 1996, pp. 39 y ss.

43 Libro libre. San José. Costa Rica, 1986, p. 134-140.

44 "Sobre la teoría de la democracia". La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento. Editorial Paidós. Buenos Aires, Argentina. 1995, pág. 176. En "La lección de este siglo" sostiene que lo que cuenta en una forma de gobierno es que permita deponerlo sin derramamiento de sangre y después tomar las riendas del nuevo gobierno. Agrega que parece relativamente sin importancia cómo se realiza la deposición —si por elección, en una asamblea nacional, siempre que se haga por una mayoría de votantes o

Montesquieu reconoce que el poder de juzgar es tan terrible entre los hombres que no debe ser función exclusiva de una clase o profesión; al contrario, sería un poder invisible y nulo, que no se tiene constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados. Señala que de los tres poderes, el judicial casi es nulo.

Los planteamientos de Montesquieu inspiraron a los padres de la constitución norteamericana y fue citado.

Madison, en *El Federalista*, afirmaba que la acumulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en unas mismas manos constituye la definición de tiranía⁴⁵.

El Libertador Simón Bolívar poseía una gran cultura política, demostrada en el Mensaje de Angostura de 1819 y el Mensaje al Congreso de Bolivia sobre la Constitución de 1826.

En el Mensaje de Angostura deja un importante legado político-constitucional, como si fuera hoy, para las democracias en transición:

a. La soberanía nacional para el pueblo y la división de poderes. Expresó: “Un gobierno republicano ha sido, es, y debe ser, el de Venezuela; sus bases deben ser la soberanía del pueblo: la división de los poderes, la libertad civil, la proscripción de la esclavitud, la abolición de la monarquía y de los privilegios”.

b. La igualdad: “Los ciudadanos de Venezuela gozan todos por la constitución, intérprete de la naturaleza, de una perfecta igualdad política”. “Que los hombres nacen todos con derechos iguales a los bienes de la sociedad, está sancionado por la pluralidad de los sabios”.

Afirma que la naturaleza hace a los hombres desiguales, pero las leyes corrigen esas diferencias al colocar al individuo en la sociedad para que la educación y las virtudes den una igualdad ficticia, llamada política y social.

c. La transparencia y responsabilidad política de los gobernantes: “... todas mis acciones públicas y privadas están sujetas a la censura del pueblo, ¡Representantes!, vosotros debéis juzgarlo”.

d. Abolición del continuismo en el gobierno: “La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder del pueblo; se acostumbra a obedecerle, y él se acostumbra a mandarlos, de donde se origina la usurpación y tiranía. Un mutuo celo es la garantía de la libertad

representantes, o por una corte constitucional—. La renuncia de Nixon es una expresión democrática de los Estados Unidos (Temas Grupo editorial SRL. Buenos Aires, Argentina. 1998, ps.109 y 110).

45 “El Federalista, XLVII. Al pueblo de Nueva York. El Correo de Nueva York, viernes 1 de febrero de 1978”. *El Federalista* A. HAMILTON, J. MADINSON y J. JAY. Fondo de Cultura Económica. México. 1994, pp. 204-209.

republicana, y nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente”.

e. “En el régimen absoluto, el poder autorizado no tiene límite”.

f. La democracia garantiza la libertad, pero debe cultivarse: “La libertad, dice Rousseau, es un alimento suculento pero de difícil digestión. Nuestros débiles conciudadanos tendrían que robustecer su espíritu mucho antes de que logren digerir el saludable nutritivo de la libertad”.

g. Le concedió importancia fundamental a la honradez, transparencia, las elecciones y creó el poder electoral⁴⁶ y el poder moral.

La difícil situación de la guerra de independencia y el bajo nivel cultural del pueblo heredado de la Colonia lo llevaron a crear en la Constitución de Bolivia el senado y la presidencia vitalicia, y a ofrecer a Inglaterra, Nicaragua y Panamá, a cambio de seis u ocho mil fusiles, las municiones correspondientes y quinientos mil duros, como aparece en la Carta de Jamaica del 19 de mayo de 1815.

Isaiah Berlin expresa que los sostenedores de “la concentración de poderes a veces necesarios para remediar injusticias o para aumentar las libertades insuficientes de los individuos o de los grupos, tienden a ignorar o minimizar el reverso de la medalla; a saber, que mucho poder (y mucha autoridad) es también, por regla general una amenaza estable a las libertades fundamentales”.

Rechaza la doctrina que sostiene que tal acumulación nunca es demasiado grande cuando se controla racionalmente o ignora que todos los gobiernos paternalistas, por muy benévolos, desinteresados y racionales que hayan sido, tienden a considerar a los hombres como niños pequeños irresponsables o tontos incurables que entran a la madurez tan despacio que no está justificado liberarlos en una fecha que se pueda prever con claridad, lo que en la práctica significa nunca, todo lo cual denigra a los hombres⁴⁷.

Peores consecuencias si la concentración cae en manos de gobernantes, grupos corruptos o populistas. Tengamos mucho cuidado con los espejismos o cantos de sirena. Por tal razón, Claus Arndt, citado por Jürgen Habermas, envía el siguiente mensaje: “Hemos de ser siempre al mismo tiempo ciudadanos y rebeldes”. Dentro del Estado de Derecho, esta rebelión ha de servir, sin duda, únicamente a la “defensa, conservación o reposición de la vida ciudadana en cuanto comunidad de personas libres e iguales”⁴⁸.

La doctrina moderna se ha separado de la estricta división de poderes de la Revolución Francesa por las razones siguientes: a) Se autoriza a los jueces y tribu-

46 Para DIEGO VALADÉS, la calidad de la democracia se mide con los procesos electorales, la organización y funcionamiento de las instituciones. *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*. Ob. cit., p. 111.

47 Introducción. Cuatro ensayos sobre la libertad. Ob. cit., pp. 73 y 74.

48 Derecho y violencia. Una trampa alemana. *Ensayos Políticos*. Editorial Península. Barcelona. España. 1997, p. 82.

nales ordinarios para interpretar las leyes (lo que no se permitía al comienzo de la Revolución), e incluso hasta crear una normativa al interpretarlas, principalmente en las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, para la interpretación evolutiva y para la interpretación en las sentencias manipulativas. b) Aunque no es aceptado el *stare decisis*, los tribunales en la práctica deciden los casos semejantes en forma similar con efectos *erga omnes*, principalmente las cuestiones constitucionales, convirtiendo las sentencias en leyes, lo que es rechazado por la teoría pura de la división de poderes, que parte de la superioridad del poder legislativo, lo mismo que de la ley, todo lo cual no puede ser controlado por los jueces. c) Se permite el control de la legalidad de la administración pública por los jueces y tribunales.

Como fácilmente puede observarse, la Teoría de División de Poderes ha recibido muchas modificaciones a favor del control de la constitucionalidad a través de la justicia ordinaria, los tribunales constitucionales o por los sistemas mixtos de justicia constitucional.

En la historia del control se parte de un control rudimentario, se pasa al autocontrol y, últimamente, al control amplio con las limitaciones propias de las cosas y naturaleza de esta institución.

Bidar Campos sostiene que el poder es único e indivisible, y los que se divide son los órganos que ejercen el poder y las funciones que se les atribuyen. Razón por la cual se debe hablar de repartición y no de división, pero está de acuerdo con la separación de poderes para evitar la desorbitación del poder⁴⁹.

Nuestra Constitución ya ha modificado esta división. Por ejemplo, en el artículo 129, dispone que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial son independientes y se coordinan armónicamente. Ya no es solamente oposición y control.

Cualquiera que sea la crítica a esta teoría, la verdad es que no existe un sustituto; sigue funcionando y dando sus frutos, y es de los valores político-culturales del constitucionalismo.

Pero una cosa es la normatividad-constitucionalidad que consagra la división de poderes y otra la realidad.

Nuestro constitucionalismo desde la independencia hasta el día de hoy tiende a fortalecer al poder ejecutivo sobre los otros poderes, lo que redundará en perjuicio de la democracia y el Estado de Derecho, se imponen la arbitrariedad judicial, las leyes draconianas, las revoluciones, los golpes de Estado, gobiernos violadores de los derechos y libertades fundamentales, centenares de constituciones y reformas aprobadas como producto de la inestabilidad política, surge la pobreza a gran escala, el desarrollo económico deficiente, la ignorancia y otras calamidades, aunque hay que reconocer que la democracia ha mejorado en unos países, y en otros asistimos a una involución.

49 *Lecciones elementales de política*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. 1997, pp. 215 y 216.

En la actualidad, existe el poder mediático en su máxima expresión, debido a la ciencia y tecnología de la información, que es una nueva revolución. Este poder puede influenciar, dirigir y controlar a los poderes tradicionales; es más, podrían reunirse esos cuatro poderes, asumiendo todo el poder y destruyendo la democracia. También existen formas en virtud de las cuales el Estado controla la información, mediante dinero o comprando los medios. Unión de Estado, partido y poder mediático, en un golpe mortal a la democracia. Esto es un nuevo fenómeno que debe ser estudiado detenidamente. Ferrajoli lo desarrolla con bastante detenimiento⁵⁰.

6. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. LOS DERECHOS EN SERIO

Donald Dworkin, en su libro *Los derechos en serio*, en realidad los toma muy en serio: “Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”⁵¹.

El Estado y sus operadores deben estar bien conscientes de su obligación legal y ética de respetar, desarrollar y cumplir fielmente con los derechos fundamentales para la efectiva realización de la libertad y la igualdad.

Son variadas las clasificaciones que se han formulado en la doctrina y las constituciones de los derechos fundamentales, ahora más numerosos por el surgimiento de nuevos derechos derivados de los existentes o de nueva aparición. Se habla de tres generaciones de Derecho. Son de la primera generación los derechos individuales; son derechos de la segunda generación los derechos sociales, culturales y económicos; son derechos de la tercera generación el derecho al desarrollo, el ambiente sano, a la paz, etc.

Derechos individuales son aquellos atribuidos a las personas. Para la defensa de la vida e integridad, su seguridad y el desarrollo para cumplimiento con sus fines en la sociedad.

Los individuales o clásicos son los primeros en aparecer y su otorgamiento dio al traste con los regímenes absolutos y engendró el Estado del Derecho.

Ahora se han aumentado, y podemos citar los siguientes: la dignidad; la libertad individual; la honra y reputación; la seguridad; derecho a la vida y a la integridad; derecho al reconocimiento a la capacidad y personalidad; derecho a la vida privada; derecho a la inviolabilidad del domicilio y comunicación y al *habeas data*; libertad de conciencia y pensamiento; derecho a la no discriminación; libertad de expresión del pensamiento; igualdad ante la ley; derecho a que se respete la legalidad, etc.

50 IVÁN ESCOBAR FORNOS. *El arte y el Derecho*, Ob. cit., pág. 91 y ss.

51 Editorial Ariel, S.A. Barcelona. España, 1997, pp., 302 y 303.

Ferrajoli formula una interesante y amplia división general de los derechos fundamentales. Principia expresando que la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de estatus que aun delimitan la igualdad de los derechos humanos, el primero superable y el segundo insuperable, dos parámetros sobre los que funda dos grandes divisiones de los derechos fundamentales: derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, que corresponden respectivamente a todos o solo a los ciudadanos; y derechos primarios (sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden a todos o solo a las personas con capacidad de obrar. Combinando las dos distinciones, obtiene cuatro clases de derecho: los derechos humanos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos: derecho a la vida y a la integridad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación; las garantías penales y procesales; los derechos públicos, derechos primarios reconocidos solo los ciudadanos: derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia del inhábil para el trabajo; los derechos civiles, derechos secundarios, adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar: la potestad negociar, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y los demás derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los derechos políticos, derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar: el derecho de voto, el sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y todos los derechos potestativos en que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.

Independiente de la anterior distinción, formula sobre la base del sujeto cuyos derechos fundamentales son atribuidos por el derecho positivo. Distingue entre derechos civiles, derechos políticos, derecho de libertad y derecho sociales, que hacen referencia a su estructura: los derechos civiles y políticos son expectativas negativas, poderes que se realizan por actos de autonomía en la esfera privada y la política; los derechos de libertad y los sociales, que respectivamente son expectativas negativas o de lesión y positivas o de prestación.

Debemos de reconocer que existe un balance negativo sobre el cumplimiento de los derechos humanos o fundamentales a nivel global, atribuido a causas sociales, culturales, económicas, políticas y éticas.

Luigi Ferrajoli⁵², padre del garantismo, muestra una profunda preocupación por la garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales. Para tal efecto, procede

52 LUIGI FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2009, pp. 19-24.

a realizar su clasificación, expresando el contenido de los derechos y las formas de lograr su cumplimiento. Los divide en individuales y sociales.

La categoría de los derechos fundamentales la asemeja a un contenedor en el que encuentran sitio figuras relacionadas entre sí por el nexo de igualdad y por el valor de las personas, pero por lo demás completamente heterogéneas: “desde el derecho a la vida hasta la libertad personal; desde los diversos derechos de libertad —opinión, de palabras, de prensa, de religión, de reunión, de asociación, de circulación y huelga— hasta las inmunidades del domicilio y la correspondencia; desde los derechos políticos hasta los derechos civiles de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar; desde los derechos sociales individuales —al trabajo, a la subsistencia, a la salud, a la vivienda, a la educación, al salario justo— hasta los derechos sociales colectivos, como el derecho a la paz, al medio ambiente, a la información o a la autodeterminación”.

Encuentra una irreductible ilegitimidad política del poder en el Estado del Derecho, porque los poderes del Estado no cumplen enteramente, con los fines, competencias y deberes atribuidos a sus poderes con relación a los derechos individuales y con mayor intensidad con los derechos sociales, produciéndose un divorcio entre la normatividad y realidad, o sea, entre la constitución formal y la material⁵³.

Y esto es muy cierto: son constantes las denuncias por la violación y falta de cumplimiento de los derechos individuales y sociales, lo que contrasta con la normatividad ordinaria y constitucional.

Se suele distinguir entre libertades y derechos sociales. Las primeras tienen un carácter negativo, de respeto, y los segundos representan actos positivos o de prestaciones.

Las libertades permiten ser desarrolladas con amplitud, salvo prohibiciones expresas en aplicación del principio general de que las personas no están obligadas a hacer lo que la ley no mande, ni impedidas de hacer lo que la ley no prohíbe; a diferencia del Estado, que solo tiene deberes, obligaciones y competencias en forma tasadas por la Constitución y las leyes, de las cuales no puede salirse, salvo que actúe como persona privada, en cuyo caso adquiere derecho y contrae obligaciones.

Los derechos sociales requieren una prestación del Estado o de los particulares en su caso (prestaciones laborales).

El cumplimiento de los derechos sociales es problemático porque carecen de una reglamentación adecuada a su naturaleza para su realización, creación de instrumentos y acciones para obligar a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a darles satisfacciones, ya que surgieron después de los derechos individuales que gozan de procedimientos y garantías para su cumplimiento, lo que no se ha exten-

53 *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, España, 1998, pág. 866 y ss.

dido a los sociales. El otro impedimento son los recursos económicos necesarios para cumplirlos, por lo que si el país es pobre, es difícil realizar el cumplimiento.

Pero se avanza y se logra cumplimiento en casos concretos como consecuencia de la violación de un derecho o libertad ya garantizado. La jurisprudencia latinoamericana registra muchos casos de este último tipo de cumplimiento.

Ferrajoli se ocupa del cumplimiento de los derechos sociales ante los vacíos normativos y procedimentales que los hagan efectivos:

El otro problema relativo a la naturaleza de la garantía de los derechos fundamentales lo considera más importante. Las garantías penales y procesales de los derechos de libertad solo en parte son extensibles a los derechos sociales. Sin embargo, detecta dos principios que, con la adaptación necesaria a los diversos derechos, aparecen dotados de un alcance garantista de carácter general.

“El principio de legalidad que consiste que las leyes provean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad los órganos y procedimientos para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligación a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo. Para algunos derechos sociales, como la subsistencia, la cosa es relativamente simple, pues es suficiente la previsión legal de subsidios o salarios mínimos para todas las personas que no cuenten con los mínimos vitales y la atribución de un derecho de crédito correlativo. No son tan simples, pero practicables, las garantías de los derechos legales a la educación y a la salud; en cambio, para otros derechos, como el derecho al trabajo o la vivienda es mucho más difícil una legislación social, aunque solo sea por el carácter irrealizable de su satisfacción igual, ni siquiera mínima.

El segundo principio garantista de carácter general es el de la jurisdiccionalidad. En virtud de este principio para que las lesiones de los derechos fundamentales individuales y sociables sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean justiciables, o sea, accionables en juicios contra los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión”.

B. ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN

Especial mención merece el derecho de la iniciativa privada en el desarrollo de la economía, que en Alemania está muy vinculada a la constitución, y es común referirse a la constitución y la economía. Tema ampliamente expuesto por Peter Häberle, en su estudio *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*⁵⁴.

El Estado constitucional se ocupa de la economía y del desarrollo del mercado con el fin de regularlo por medio de una economía social de mercado o de otro tipo

54 Conferencia inaugural del III Congreso sobre la Constitución Europea, Economía y Constitución Europea, traducida por MIGUEL AZPIRTALE SÁNCHEZ.

similar, para lograr un juego de equilibrio justo entre la fuerza del pluralismo, la aplicación de los derechos fundamentales y la libre concurrencia de las personas en el mercado, fenómenos culturales arraigados en el pueblo.

Las constituciones europeas y varias de América Latina han incorporado este tipo de control; pero debe ejercerse con ética y buena fe, no solamente como control político y social para perpetuarse en el poder.

Cuando vivía en mi quinta de Masaya, los pequeños y medianos agricultores pasaban todos los días con sus carretas o caballos cargados de los productos del campo para venderlos en el mercado. Les proponía comprar toda la mercadería a un precio más alto que el del mercado, una parte de la mercadería en serio y la total para experimentar, pero se negaban a ello. Les preguntaba: ¿por qué? Y me contestaban que era costumbre y placer concurrir al mercado, luchar por buenos precios e intercambiar experiencias con los compradores y competidores, y saludar a los amigos. Esto son valores que forman parte de la cultura de la comunidad.

El impulso del desarrollo económico de la comunidad se ve envuelto en una lucha entre el Estado y los particulares.

El Estado, con un afán de controlar la economía totalmente (comunismo) o una parte de ella, por no confiar en la iniciativa privada y las leyes del mercado, que considera peligrosas para los fines sociales y de control que estos sistemas políticos establecen.

Los particulares estiman que el Estado es un mal administrador y su paternalismo, sincero o falso, puede enervar o destruir la responsabilidad personal, la creatividad y la falta de independencia hasta desembocar en la aceptación del autoritarismo y la obediencia irreflexiva.

Pero existen ciertos recursos y funciones en que el Estado debe intervenir y recuperar ciertos recursos estratégicos como el petróleo, gas natural, minerales importantes, educación, salud, etc., sin perjuicio de la inversión y participación privada en ellos.

Nuestra Constitución reconoce la propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa, comunitaria, comunal, familiar y mixta, la que forma parte de una economía mixta, supeditada a los intereses sociales y cumplimiento de una función social.

Le dedica un título integrado por quince largos artículos bajo el epígrafe Economía, reforma agraria y finanzas públicas. Además de que existen otros artículos relacionados con el tema.

Una Constitución no tiene que ser necesariamente reglamentaria, para este tema bastaría garantizar la propiedad privada y señalar su función social.

Es muy ajustado a los valores democráticos dejar un espacio libre a los particulares, amparados por el Derecho privado, para que puedan desenvolverse en la economía y gozar los frutos de su trabajo, talento, creatividad, riesgo y esfuerzo.

Esto les proporciona responsabilidad personal e independencia frente al poder político que los quiera oprimir.

Y esto no es para hacer más ricos a los ricos y más pobres a los pobres, sino para crear riquezas y lograr su justa distribución, hoy concentrada en el mundo en pocas manos.

Sobre la reforma agraria, hemos tenido en nuestro país algunas malas experiencias, porque no solo es repartición de tierras para el clientelismo político. Una reforma agraria tiene que ir acompañada de asistencia técnica, préstamos, titulación de tierras y vocación agraria de los beneficiarios, de otra manera tenemos que esperar el fracaso. Esta reforma agraria puede operar a través de cooperativas o en forma individual entregando los títulos de propiedad bajo las condiciones pertinentes.

C. PROTECCIÓN A LA TIERRA Y AL AMBIENTE

Las constituciones de Ecuador y Bolivia, principalmente esta, protegen a la tierra y el ambiente como fin fundamental.

La Constitución de Nicaragua también los protege. Considera como supremo bien y universal a la madre tierra, la que debe ser adorada, cuidada y regenerada, viva y sujeto de dignidad, y pertenece comunitariamente a todos la que la habitan.

En verdad la Tierra es nuestro hogar; no tenemos adónde ir para sustituirla. Hay que protegerla, remediar sus males para beneficio de la naturaleza y de nosotros.

El cambio climático tiene alarmada a toda la humanidad y a las Naciones Unidas, comprometida a mejorar el ambiente y el deterioro de la naturaleza.

7. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado liberal de Derecho nace para amparar los derechos individuales y tiene las características siguientes: el imperio de la ley, expresión de la voluntad general; la separación de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial; legalidad administrativa, y las libertades y derechos.

Este Estado es mínimo y abstencionista en la vida social y económica; la interpretación de la ley es restrictiva, y el control de constitucionalidad de la ley la entrega al poder legislativo, quien interpreta y decide sobre la constitucionalidad de la ley por él creada, o sea, sobre su mismo producto.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los movimientos obreros principian sus luchas revolucionarias, a comienzo del siglo XX aparecen las constituciones económicas-sociales como las de México y Weimar, luego se instala la política de New Deal y otras incursiones sociales, con lo que se produce un importante cambio de carácter normativo que requiere nuevos estudios, replanteamientos y

metodologías, que en Europa constituye la aparición del Estado constitucional de Derecho, denominado, por su función, como Estado Social de Derecho.

Este nuevo Estado Constitucional de Derecho hace suyas todas las características señaladas anteriormente al Estado liberal de Derecho, pero lo modifica y avanza más: a) el poder del Estado crece; b) interviene en la vida económica y social de la población; c) asume un espacio importante de la economía; d) interviene en la contratación entre los particulares; e) el control de constitucionalidad de la ley es entregado a cortes judiciales o tribunales constitucionales, ajenos al conflicto; f) la interpretación de la ley se amplía en contacto con la constitución, la que se hace con forme a esta; g) la constitución incorpora a su seno los principios y valores de las diferentes ramas del Derecho; h) a los derechos individuales se agregan los derechos sociales, culturales y económicos, e incluso los de la tercera generación; i) los tribunales constitucionales crean nuevos derechos, derivado de los existentes o totalmente nuevo; j) estas cortes o tribunales se convierten en contralores de los otros poderes en el cumplimiento de la constitución; k) existe un control de la aplicación de la normatividad ordinaria (lo contencioso administrativo); l) el ejercicio de los derechos fundamentales afectan las relaciones civiles, mercantiles, laborales y la vida social de las personas (*Drittwirkung*); m) el pluralismo político y sus subdivisiones; n) protección a las minorías⁵⁵, y o) otras consecuencias.

8. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS PELIGROS

La interpretación de la normatividad ordinaria y constitucional es una de las materias importantes del Derecho.

A mediados del siglo XX no se le concedía mucha importancia a la interpretación constitucional, ya que en muchos manuales y tratados de Derecho constitucional no le dedicaban ninguna página a dicha interpretación, la que era materia propia del Derecho civil y los civilistas y penalistas monopolizaban el tema. En la actualidad, los estudios especializados son aparece un juez, corte o tribunal constitucional, con amplias facultades de interpretación de la constitución, que decide sobre la constitucionalidad de la normatividad ordinaria y también sobre el control de convencionalidad, para adecuar la normatividad local al Pacto de San José.

Es de todos conocido que en las constituciones se señala al órgano superior de la jurisdicción constitucional⁵⁶ como intérprete supremo, el que expresa la última

55 Las minorías están protegidas por el Estado constitucional ante las mayorías que conquistan el poder, lo que DIEGO VALADÉS denomina la pequeña revolución. (La lengua del Derecho y el derecho de la lengua, Ob. cit., p.125).

56 Cfr. RAÚL CANOSA USERA. “Interpretación constitucional como modalidad del control del poder”. El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, Perú, 2012, pp. 251 y ss.

palabra de lo que se deriva del lenguaje constitucional, sin que exista control alguno posterior, lo que representa un peligro para la tranquilidad política y social cuando este órgano superior, en forma irracional y atropellada, viola expresamente la constitución o comete fraude a través de manipulaciones argumentativas.

Para Valadés, la aceptación universal de la norma guarda relación con el entendimiento del legislador, administrador, juez y ciudadano, de tal manera que si cada uno de los sujetos atribuye un significado distinto a la norma, es dudoso que se pueda hablar de vigencia de un Estado de Derecho⁵⁷.

Ya tenemos ejemplos de decisiones que autorizan la reelección aunque esté expresamente prohibida (Costa Rica) y que convierten una democracia en una dictadura (abuso del art. 48 de la Constitución de Weimar, que llevó al nazismo al poder).

La Organización de los Estados Americanos (OEA) se encuentra en crisis, lo que está repercutiendo negativamente en la efectividad de los actos y resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las creaciones más importantes del Derecho público es el establecimiento de la justicia constitucional, con la finalidad de defender la constitución y los derechos fundamentales que contiene. Potestad que se atribuye en los diferentes países a los órganos constitucionales siguientes: a la Corte Suprema de Justicia; a una sala de estas (una sala constitucional); y a los tribunales constitucionales, independientes o adscritos al poder judicial.

Prescindiendo de sus antecedentes históricos mediatos, es conveniente principiar este tema, señalando que entre las familias del Derecho se distinguen la romano-germánica (*Civil Law*), que se funda en un Derecho escrito y codificado, en el cual tienen gran influencia en el Derecho público Montesquieu y Rousseau.

Este sistema romano-germánico está formado por códigos, leyes y jurisprudencia, las que han surgido en una cantidad numerosa, de manera que se habla de una inflación jurídica, que daña la seguridad jurídica. Los jueces se someten a lo establecido en la normatividad jurídica, aunque en la actualidad gozan de amplio poder de interpretación. En general, la jurisprudencia no es de obligatoria observancia, pero en algunos países como México y Perú sí lo es.

Y el *Common Law*, que encuentra sus bases en la costumbre y jurisprudencia con el aporte del gran jurista inglés Henry Bracton (1210? - 1260), que expresa: “Si surgieran en el reino asuntos nuevos y desconocidos y si casos similares se

57 La lengua del derecho y el derecho de la lengua, ob. cit., p.171.

hubieran presentado con anterioridad, dejad que se aplique la misma sentencia sobre los mismos asuntos, puesto que es la ocasión propicia para avanzar de un caso similar a otro similar”.

En este sistema, el Derecho tiene como fuente la jurisprudencia, la cual es de observancia obligatoria (vinculante) y se forma con las decisiones de los casos que se presentan en los tribunales, que llegan a ser miles, agrupadas en centenares de volúmenes.

El juez, al presentarse el caso, tiene que buscar el precedente aplicable al caso que tiene que decidir, lo que no resulta fácil, primero, por la dificultad de encontrarlo y, segundo, porque debe subsumir el presente caso a las declaraciones fundamentales del precedente del caso.

En la cultura política y jurídica de *Common Law* surge el gran jurista John Marshall, cuarto presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, considerado el fundador del sistema de Derecho constitucional norteamericano y de la doctrina del sistema difuso.

Marshall redactó la sentencia en el litigio *Marbury vs. Madison* de 1803, que es el primer caso de revisión judicial de las leyes federales de acuerdo con la Constitución, estableciendo la doctrina de la revisión constitucional de los actos del Congreso.

Ante la trágica experiencia del nazismo y el fascismo, surge en Europa la justicia constitucional para afianzar la democracia; en cambio, la justicia constitucional en los Estados Unidos, surge para proteger los derechos de las minorías.

Existe una tendencia creciente en América Latina para establecer en la Constitución consejos de la magistratura, tribunales constitucionales, carreras judiciales, inamovilidad de los jueces y magistrados y otras instituciones para garantizar la independencia del poder judicial.

Sobre los consejos de la magistratura, podemos señalar a Argentina⁵⁸, Bolivia⁵⁹, Colombia⁶⁰, Ecuador⁶¹, Dominicana⁶², Paraguay⁶³, Perú, El Salvador⁶⁴, Honduras⁶⁵, México⁶⁶ y Nicaragua⁶⁷.

58 Consejo de la Magistratura. (Art. 114)

59 Consejo de la Magistratura. (Art. 193 y ss.)

60 Consejo Superior de la Judicatura. (Art. 254 y ss.)

61 Consejo de la Judicatura. (Art. 179 y ss.)

62 Consejo del Poder Judicial. (Art. 155 y ss.) y Consejo Nacional de la Magistratura. (Art. 178 y ss.)

63 Consejo de la Magistratura. (Art. 262 y ss.)

64 Consejo Nacional de la Judicatura. (Art. 187)

65 Junta Nominadora de magistrados (Art. 311) y Consejo de la Judicatura. (Art. 317)

66 Consejo de la Judicatura para administración, vigilancia y disciplina. (Art. 94)

67 Art. 165. Reforma del 2014.

Tienen tribunales constitucionales: Bolivia⁶⁸, Chile⁶⁹, Colombia⁷⁰, Ecuador⁷¹, Dominicana⁷², Perú y Guatemala⁷³.

Siguen el sistema de sala constitucional: Paraguay⁷⁴, Honduras⁷⁵, Venezuela⁷⁶, Costa Rica⁷⁷, El Salvador⁷⁸ y Nicaragua⁷⁹.

La jurisdicción constitucional, a pesar de su éxitos, o por miedo al éxito, está amenazada por los gobiernos que no aceptan la independencia de los poderes y órganos constitucionales, posición negativa que ya se siente en el continente.

III. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Existe actualmente el denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, al que entroncan con la Constitución de Colombia de 1991, y desarrollado ampliamente en las constituciones de Venezuela de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009. Este constitucionalismo se aparta en buena medida del sistema de gobierno clásico liberal, de tradición europea y norteamericana, a fin de corregir la democracia representativa mediante la revocación del mandato, la democracia participativa, comunitaria y popular, con un ejecutivo fuerte y líderes carismáticos, guardando distancia de la tradicional división de poderes, pero con sus propios resortes de frenos y contrapeso⁸⁰. Se tolera a los partidos políticos, pero no son de su agrado, ni son necesarios para el juego democrático. El motor con el que se deroga la constitución anterior es el poder constituyente, esté o no contemplado en la constitución derogada.

¿Es posible que las anteriores características sean verdaderamente creadoras de un nuevo constitucionalismo? ¿No son más bien elementos circunstanciales o coyunturales que se han presentado, para bien o para mal, en la historia de los gobiernos? Por ejemplo: la revocación de cargos públicos tiene antecedentes en el comunismo; el control o atribución de todos los poderes del Estado lo tiene el rey

68 Tribunal Constitucional. (Art. 179, 196 y ss.)

69 Tribunal Constitucional (Art. 92 y ss.)

70 Corte Constitucional (Art. 239 y ss.)

71 Corte Constitucional (Art. 429 y ss.)

72 Tribunal Constitucional (Art. 182, 184 y ss.)

73 Corte Constitucional (Art. 268 y ss.)

74 Art. 260

75 Art. 316

76 Art. 262

77 Art. 10

78 Art. 174

79 Art. 163. Reforma de 2014.

80 IVÁN ESCOBAR FORNOS. *El arte y el derecho*. Editorial Cenicsa. Managua. Nicaragua. 2014, pp. 104-107. Cfr. ROBERTO VICIANO PASTOR y otros. *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Tirant Lo Blanch. Valencia. España. 2012.

o dictador; el partido único o preponderante o elecciones desiguales es propio de los dictadores; etc. ¿No estamos adelantando los acontecimientos?

Guardo reservas en punto a lo de nuevo constitucionalismo. Hay que esperar el desarrollo y evolución del fenómeno.

Gerardo Pisarello⁸¹ pone de relieve un despertar en América Latina de los movimientos populares en busca de cambios sociales, políticos, culturales y de reformas constitucionales, ante el fracaso de las constituciones liberales o desarrolladas, al servicio de la oligarquía, grupos económicos y políticos.

Venezuela ha sido líder del cambio en torno al cual giran varios países de Sudamérica. Entre sus dirigentes se distingue Hugo Chávez Frías, de Venezuela; en Brasil, Lula da Silva; en Bolivia, Evo Morales; y en Ecuador, Rafael Correa.

Los cambios constitucionales transformadores que nos interesan son los de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Cada uno de estos países tiene una nueva constitución que, podríamos decir, introduce un nuevo constitucionalismo y la creación de un sistema de gobierno que se aparta en buena medida del clásico liberal.

Siguiendo al citado autor, haremos un breve resumen de algunas innovaciones que nos puedan dar idea de la penetración del cambio.

Se han incorporado a la constitución, para corregir la democracia representativa, la revocatoria del mandato y otros sistemas de la democracia participativa a nivel municipal, comunitario y popular. En Venezuela, el art. 72 de la Constitución establece un referendo para revocar el mandato, bajo cierto requisito. También lo consagra la Constitución ecuatoriana para la revocación del mandato de autoridades de elección popular.

Con relación al poder judicial, la Constitución de Bolivia, multiétnica y pluricultural, contempla la elección directa y por sufragio universal de las magistradas y magistrados del tribunal supremo (art 181), del tribunal agroambiental (art 188), del Consejo de la Magistratura (art 194) y del tribunal Constitucional Plurinacional (art 199). En estos tribunales existen representaciones de los indígenas.

Estas nuevas constituciones estructuran un Estado que se aleja de la tradicional división de poderes de Montesquieu, pero tienen sus propios resortes de frenos y contrapesos.

El poder presidencial es fuerte en detrimento del poder legislativo, poder presidencial que aumentaría ante la posibilidad de la reelección indefinida, limitada en Bolivia y Ecuador e indefinida en Venezuela, tras la reforma constitucional de 2009, pero mitigada por medio de un referendo revocatorio.

En materia de derechos humanos y de su protección, penetran profundamente. No solo se protegen los derechos individuales y políticos, sino también los derechos

81 *Un largo Termidor. Ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2011, pág. 196 y ss.

sociales, culturales y ambientales. Tutela que se realiza por diferentes medios, por igual para todos, no solo como política estatal, sino por medio de los tribunales de justicia. Para esta defensa se concede acción popular.

En la Constitución ecuatoriana, se establece el derecho a la resistencia frente a las acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales, que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales. También reconoce la posibilidad de pedir nuevos derechos.

Este movimiento ha recuperado ciertos recursos económicos estratégicos, como el petróleo o gas en manos de consorcios internacionales, que en forma leonina los explotaban.

Existen restricciones a la libertad de expresión y de información, bajo sanciones penales y económicas.

Se establece una economía, no social de mercado, sino una economía mixta, solidaria y plural, que evita la concentración o acaparamiento de la riqueza y promueve su redistribución, eliminando privilegios y desigualdades.

Existe una preocupación por la protección del ambiente, de la biodiversidad, del ecosistema, para el buen vivir. Se respeta la Naturaleza o Madre Tierra, la Pachamama, como puede observarse en las Constituciones de Ecuador y Bolivia.

Las mujeres participan directamente en estos procesos de cambios y están logrando una igualdad que antes no tenían.

El vicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera, matemático, hombre culto y líder político, en entrevista en la cadena de televisión norteamericana CNN, informó que era comunista en espera de la revolución permanente, la que se realizaría en todo el mundo (tendencia trotskista). Como consecuencia, descarta la tesis estalinista del triunfo en un solo país, al que quedarían sometidos todos los partidos comunistas del mundo. Pero que mientras tanto, agregó García, tenían que seguir en la lucha, mensaje que inquietó inmediatamente, ya que el avance hacia el socialismo puro se puede dar paso a paso, dos adelante y uno atrás, en algunos casos imperceptibles.

En el plano internacional, la iniciativa de un Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), se ha venido debilitando en beneficio de otras como Mercosur o como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestras Américas (ALBA). Se creó el Banco del Sur como alternativa al Fondo Monetario Internacional, al Banco Mundial y al Banco Interamericano de Desarrollo. Funciona la cadena televisiva Telesur, con sede en Caracas.

Pisarello observa que este cambio democrático ha generado resistencia interna y externa, inercia y contradicciones entre las mismas fuerzas que dirigen estos procesos revolucionarios: el mismo proceso ha permitido la incorporación a las instituciones estatales de una nueva élite y sectores sociales postergados que no han podido impedir la irrupción de nuevos focos de burocratización y corrupción; ante la ausencia de una Administración Pública formada con los nuevos valores

constitucionales, muchas tareas ejecutivas que corresponden a otros órganos competentes las hacen los no competentes, como las fuerzas armadas en Venezuela; la figura presidencial fuerte, si bien desempeña un papel democratizador económico frente a la resistencia de las oligarquías tradicionales, también generan una cultura centralista y verticalista fundada en el carácter infalible e irremplazable de líder, intérprete del interés nacional y popular; la reelección es frecuente en los sistemas parlamentarios y presidenciales, pero puede atenazar o suplantar la autoorganización popular, restringir el legítimo pluralismo, neutralizar los controles y contrapeso institucionales y frustrar, con ello, las potencialidades democratizadoras y garantistas de las nuevas constituciones.

IV. CONCLUSIONES

La cultura, en el sentido amplio en que la hemos planteado, debe reflejarse en la Constitución, producto del convenio entre el poder y el pueblo.

El Derecho y la cultura son fenómenos impulsados por los movimientos políticos, económicos y sociales de la comunidad nacional, en busca del orden, la libertad, la igualdad y la felicidad.

En el Estado constitucional, las disposiciones, valores y principios de la constitución son verdaderas normas superiores y obligatorias para los gobernantes y los gobernados.

El Estado constitucional ha sido creado con miras al bienestar de la comunidad, con base en el cual se establecen, además de los derechos individuales, los derechos económicos, sociales y culturales, la protección a las minorías, el derecho a la paz, al ambiente y la defensa de la tierra.

Como consecuencia de la defensa constitucional de las minorías, las mayorías que conquistan el poder están obligadas a respetar sus derechos fundamentales, lo que se ha calificado como una pequeña revolución.

La soberanía en su estado original se ha visto enervada, ante la presencia de los tribunales constitucionales y los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos que obligan al gobierno local al ajuste de su normatividad y resoluciones al convenio o protocolo firmado.

La división de poderes ha recibido modificaciones por la Ilustración y el liberalismo, entre otros factores.

La iniciativa privada debe conservar su espacio para ejercerla, como instrumento de independencia de las personas ante el poder político, en un justo equilibrio entre la libertad y la igualdad.

Se debe evitar caer en la tentación de no respetar las divisiones de poderes, los derechos fundamentales, la institucionalidad, el Estado de derecho y pretender perpetuarse en el poder.

La interpretación debe ser abierta y ser atribuida no solo en los poderes, sino también a la ciudadanía. Debe ajustarse a los textos normativos y no ser fraudulenta.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) se encuentra en crisis, lo que está repercutiendo negativamente en la efectividad de los actos y resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisdicción constitucional, a pesar de sus éxitos, o por miedo al éxito, está amenazada por los gobiernos que no aceptan la independencia de los poderes y órganos constitucionales, posición negativa que ya se siente en el continente.

BIBLIOGRAFÍA

- CANOSA USERA, RAÚL. “Interpretación Constitucional como modalidad del Control del Poder”, en *El Control del Poder. Libro Homenaje a Diego Valadés*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima, Perú. 2012, pág. 251 y ss.
- CANOSA USERA, RAÚL. Conferencia Inaugural del III Congreso sobre la Constitución Europea, Economía y Constitución Europea, traducida por Miguel Azpirtale Sánchez.
- CANOSA USERA, RAÚL. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Editorial Ariel. Barcelona. España. 1980, págs. 90 y 91.
- CANOSA USERA, RAÚL. *Derecho y Razón*. Editorial Trotta. Madrid. España 1998., pp. 866 y ss.
- CANOSA USERA, RAÚL. “Derecho y Violencia. Una Trampa Alemana”, en *Ensayos Políticos*. Editorial Península. Barcelona. España. 1997, p. 82.
- CANOSA USERA, RAÚL. *En la Lección de este Siglo*. Temas Grupo editorial SRL. Buenos Aires, Argentina. 1998, págs. 109 y 110).
- CANOSA USERA, RAÚL. *El arte y el Derecho*, Editorial Cenicsa. Managua. Nicaragua. 2014.)
- CANOSA USERA, RAÚL. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Editorial Porrúa. México 1997, pp. 87-89. *Cuatro Ensayos Sobre la Libertad*. Alianza Editorial. Madrid. España. 1998, p. 267.
- ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *El Federalista*, XLVII. Al Pueblo de Nueva York. El Correo de Nueva York, viernes 1 de febrero de 1978. *El Federalista*, A. HAMILTON, J. MADINSON y J. JAY. Fondo de Cultura Económica. México. 1994, pp. 204-209.
- ESCOBAR FORNOS, IVÁN. “Evolución de la Organización Político-Constitucional en Nicaragua (1975-2005)”, en *Estudios Constitucionales*. Imprenta de la Corte Suprema de Justicia. Managua. Nicaragua. 2010, pp. 473 y ss. Ponencia presentada en el Coloquio sobre la

- Evolución Polito-Constitucional en Centroamérica y México, en Noviembre del 2005, en la Sección de El Salvador del Instituto Interamericano de Derecho Constitucional.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009, pp. 19-24.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Cultura y Derecho Constitucional, Entrevista a Peter Haberle*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *La Democracia Posible*, Paidós, Barcelona, España, 2007, pp. 163 y ss.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Lecciones Elementales de Políticas*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1997, pp. 215 y 216.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Libro libre*, San José, Costa Rica, 1986, pp. 134-140.
- MISTÓ, MICHELE. “La justicia constitucional en los países de Europa Centro-Oriental”, en *La Justicia Constitucional en Europa*, Fundación Universitaria de Derecho, Guanajuato, México, 2004 pág. 192.
- MISTÓ, MICHELE. “Reflexiones sobre la revolución francesa (1790)”, en *Textos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 39 y ss.
- MISTÓ, MICHELE. “Sobre la teoría de la democracia”, en *La Responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 176.
- TORRE, ABELARDO. *Un largo Termido. Ofensiva del Constitucionalismo Antidemocrático*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2011, pp. 196 y ss.
- VALADÉS DIEGO. *La Lengua del Derecho y El Derecho de la Lengua. Discurso de ingreso a La Academia Mexicana de la Lengua*, Universidad Nacional Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua, México, 2010, pp. 21-29.
- VICIANO PASTOR, ROBERTO y otros. *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2012.

IMER B. FLORES*

*La “cláusula social” en la estructura contemporánea
del Estado constitucional (y Democrático de Derecho)*

“Si no hay comida cuando se tiene hambre, si no hay medicamentos cuando se está enfermo, si hay ignorancia y no se respetan los derechos elementales de las personas, la democracia es una cáscara vacía, aunque los ciudadanos voten y tengan Parlamento”.

—Nelson Mandela—

SUMARIO

I. A manera de prólogo: derechos, principios e instituciones sociales. II. El constitucionalismo contemporáneo: del constitucionalismo (liberal) al constitucionalismo “social”: I. Constitucionalismo; 2. Constitucionalismo “social”; 3. Constitucionalismo “social” contemporáneo: A. Brasil; B. Colombia; C. Venezuela; D. Ecuador, y E. Bolivia. III. A modo de epílogo: hacia la universalización de la “cláusula social”. IV. Referencias: I. Bibliográficas; 2. Hemerográficas, y 3. Cibergráficas.

I. A MANERA DE PRÓLOGO: DERECHOS, PRINCIPIOS E INSTITUCIONES SOCIALES

Afirmar que la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 fue la primera “social” de su tipo en el mundo y que junto a la Constitución alemana de Weimar de 1919 constituyen las pioneras del constitucionalismo “social” es ya un lugar común. No obstante, en los últimos años, en el contexto de la tercera ola democratizadora, el constitucionalismo contemporáneo se ha caracterizado en buena medida por el reconocimiento de una amplia gama de instituciones sociales, entre las cuales destaca la inclusión no solo de los llamados “derechos sociales” re-concebidos como derechos fundamentales y, en consecuencia, como exigibles o justiciables y ya no como meras “normas programáticas”, sino también una serie de políticas o programas con el objetivo de asegurar ciertas condiciones “sociales” mínimas, mediante la inclusión, incorporación o integración de determinados principios en el texto constitucional, tales como “armonía”, “desarrollo”, “equidad”, “fraternidad”, “igualdad”, “justicia”, “seguridad” y “solidaridad”, seguidos o no del adjetivo “social”. Cabe aclarar que en alguna otra ocasión emparentamos dichos principios, no con el de “justicia social”, sino con el de “equidad social”¹, y que ahora los recharacterizamos como “cláusula social”.

* Doctor y Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Ha sido Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown.

1 Vid. FLORES, IMER B. Equidad social, en HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y DIEGO VALADÉS, eds. *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*. 2ª ed., México: El Colegio Nacional y Universidad Nacional Autónoma de

Ahora bien, buena parte de estas innovaciones han sido el producto o resultado de procesos constituyentes –convocados y realizados *ad hoc*– y de procesos “legislativos” extraordinarios de reforma parcial o total a las diferentes constituciones, unos y otros inclusive sometidos a referendos populares. Lo anterior nos permite adelantar una hipótesis no solo sobre la extensión de las mismas sino también del porqué de su inclusión: toda vez que la constitución o la reforma parcial o total a la misma ha de ser objeto de referendo popular, es necesario garantizar a sus destinatarios ciertas instituciones sociales, incluidos los “derechos sociales”, con el objeto de que otorguen dicha ratificación. No obstante, a la par de estos procesos legislativos extraordinarios de reforma a la constitución, y hasta de procesos legislativos ordinarios, algunas de estas innovaciones han sido el producto o resultado de procesos adjudicativos, a partir de novedosas interpretaciones a los respectivos textos constitucionales.

Al respecto, comienzo el análisis de la “cláusula social” a partir de los preámbulos de las diferentes constituciones del mundo. Así, por ejemplo, resulta que la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada el 5 de junio de 1998 por la Asamblea Nacional Constituyente, mencionaba en su “Preámbulo” los “ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz”. No obstante, esta Constitución fue reemplazada por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, aprobada el 28 de septiembre de 2008, mediante referéndum constitucional, misma que suprimió la referencia en el “Preámbulo” a tales ideales, pero que, como veremos más adelante, en su articulado remite en varias ocasiones no solamente a la equidad (artículos 32, 34, 116, 170, 189, 204, 217, 238, 270, 281, 282, 300, 340, 375 y 422) sino, además –y muy en especial–, a la “equidad social” (artículos 275, 340, 341, 345, 347, 348, 356, 358, y 367).

Sin embargo, hemos procedido a tratar de identificar, en los preámbulos de las constituciones de diferentes países del mundo, otros principios que en algún momento fueron englobados dentro del de “justicia social” y que ahora tienden a estar enmarcados en el de “equidad social”, pero que en cualquier caso constituyen lo que hemos recharacterizado como la “cláusula social”. Lo anterior, sobre todo cuando van seguidos del adjetivo “social”, tales como “armonía”, “desarrollo”, “equidad”, “fraternidad”, “igualdad”, “justicia”, “seguridad” y “solidaridad”, así como los llamados “derechos sociales”.

Al respecto, de un lado, cabe aclarar que la palabra ‘equidad’ deriva del latín *aequitas*, *-atis* y que su antecedente más remoto se encuentra en Aristóteles, quien habla de la equidad como la prudente adaptación o aplicación de la ley abstracta y general al caso concreto y particular. Así, la equidad es una forma de justicia adap-

tada o aplicada al caso concreto y, como tal, lo equitativo es justo pero no conforme a la ley (justo legal), sino como correctivo de lo justo legal (justo equitativo): “Por tanto, lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que esta es deficiente por su carácter general”². Del otro, cabe precisar que el término “equidad social” sugiere que el enderezamiento de lo justo legal es procedente cuando es necesario corregir o rectificar la ley, a partir de razones de carácter o naturaleza “social”. En este sentido, estipulamos que “equidad social” es el principio más amplio y, como tal, comprensivo de los demás. Para tal efecto, a partir de los preámbulos de las constituciones, podemos mencionar a guisa de ejemplo:

- Brasil alude a una sociedad fundada en la “armonía social”;
- Brasil, Bahréin, Corea del Sur, Eslovaquia, Líbano, Libia, Madagascar y Ruanda hacen referencia explícita al “desarrollo” y lo ligan de manera implícita –en mayor o menor medida– a lo “social”, mientras que las de Ecuador, Etiopía, y Mauritania son más contundentes en dicho vínculo al reconocerlo de modo expreso al insistir en “desarrollo social (o socio-económico)”;
- Francia, India, Irak, Madagascar, Namibia y Ruanda mencionan el ideal de “fraternidad”;
- India y Corea del Sur son las únicas que aluden a “la igualdad de condiciones y de oportunidades” y a la “igualdad de oportunidades”, respectivamente;
- Casi todos –por no decir que todos– los países del mundo, como es el caso de Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Corea del Sur, España, Estonia, Irlanda, Japón, Mongolia, Namibia, Omán, Polonia, Qatar, Rumania, Rusia, Sudáfrica, El Tíbet y Zambia, y del continente americano, tales como Argentina, Brasil, Canadá, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Paraguay y Venezuela usan el vocablo “justicia” o “justo/a”, como en el caso de El Salvador, Lituania, Portugal y Zambia, e incluso “injusticia” como en los casos de Afganistán, Corea del Sur, Madagascar y Sudáfrica. Empero, Afganistán, Argelia (en dos ocasiones), Kuwait, Líbano, Libia, Macedonia, Ruanda, Serbia, Sudáfrica, Turquía y Venezuela utilizan el término de “justicia social”, en tanto que Colombia se refiere al deber de “garantizar un orden político, económico y social justo”, España al deber de “garantizar... un orden económico y social justo”, así como India al deber de “asegurar a todos sus ciudadanos: la justicia, social, económica y política”;
- Brasil, Bulgaria, Corea del Sur y España apuntan a la “seguridad” ligada de manera implícita a lo “social”, y la de Estonia de modo explícito al “progreso social”;

2 ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Traducción de Antonio Gómez Robledo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, Libro v, Capítulo x, 129-130.

– Argelia, Ecuador, Irak, Polonia, Suiza, El Tíbet y Venezuela se refieren a la “solidaridad” y la de Albania es la única que se remite expresamente a la “solidaridad social”; y

– Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Croacia, España, Georgia, Líbano, Macedonia, Madagascar, Marruecos, Mongolia, Nueva Zelandia, Polonia, Ruanda, Rusia, Serbia y Venezuela se comprometen a afirmar, asegurar, garantizar, promover, proteger y respetar los “derechos humanos”; Afganistán, Etiopía, Mauritania, Portugal, Turquía y Vietnam a los “derechos fundamentales”; Sudáfrica a los “derechos humanos fundamentales”, Argelia a los “derechos y libertades individuales y colectivos”, Brasil a los “derechos sociales”, Mauritania a los “derechos económicos y sociales”, El Tíbet a los “derechos políticos, sociales y económicos”, pero Bulgaria, Corea del Sur, Estados Unidos de América, Francia, Namibia, Rumania, Tailandia, Taiwán y Zambia se refieren simplemente a “derechos” (individuales o del individuo)³.

II. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO: DEL CONSTITUCIONALISMO (LIBERAL) AL CONSTITUCIONALISMO “SOCIAL”

I. CONSTITUCIONALISMO (LIBERAL)

El constitucionalismo tiene como antecedente inmediato tanto la Declaración de Independencia de las trece colonias británicas en América del Norte, aprobada el 4 de julio de 1776 por el “primer” Congreso, como a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente. Empero, el constitucionalismo nace en los Estados Unidos de América con la promulgación, primero, de los Artículos de la Confederación y la Unión Perpetua, mejor conocidos simplemente como Artículos de la Confederación, aprobados el 15 de noviembre de 1777 por el segundo Congreso Continental y ratificados el 1 de marzo de 1781 y, después, de la Constitución

3 Cabe recordar que, en México, la Constitución de 1917 no contiene Preámbulo y que se limitó a reconocer en su artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que *otorga* esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, en un franco retroceso respecto del compromiso contenido en la Constitución de 1857: “Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.” En la actualidad consagra: “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

de los Estados Unidos, aprobada el 17 de septiembre de 1787 por la Convención Constitucional en Filadelfia y ratificada por el pueblo en convenciones estatales⁴, así como de las primeras diez enmiendas a la misma que constituyen la Declaración de Derechos, propuestas el 25 de septiembre de 1789 y ratificadas el 15 de diciembre de 1791. Por su parte, en Francia, con la de sus diferentes Constituciones, desde la Constitución del 2 de septiembre de 1791 hasta la Carta Constitucional (de la restauración) del 4 de junio de 1814 –incluidas la Constitución del año I del 24 de junio de 1793, la Constitución del año III del 22 de agosto de 1795, la Constitución del año VIII del 13 de diciembre de 1799, la Constitución del año X del 2 de agosto de 1802, y la Constitución del año XII del 18 de mayo de 1804. Con estos antecedentes, es posible hablar del nacimiento del constitucionalismo hacia finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Así mismo, estos inspirarían a la Constitución Política de la Monarquía Española, mejor conocida como Constitución de Cádiz o Constitución Española, del 19 de marzo de 1812 y, por supuesto, a las Constituciones no solamente de los países de América Latina sino además, en mayor o menor medida, a las del resto del mundo.

Por una parte, es pertinente recordar que el segundo párrafo de la Declaración de Independencia consagra a la par de la “igualdad”, los “derechos inalienables”, “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” y hasta la “seguridad”:

Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos 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; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que los gobiernos establecidos hace mucho tiempo no se cambien por motivos leves y transitorios; y, de acuerdo con esto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a sufrir, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia mediante la abolición de las formas a las que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, que persigue invariablemente el mismo objetivo, evidencia el designio de someterlos bajo un despotismo absoluto, es el derecho de ellos, es el deber de ellos, derrocar ese gobierno y proveer nuevas salvaguardas para su futura seguridad...

4 Entró en vigor después de ser ratificada el 21 de junio de 1788 por Nueva Hampshire, el noveno estado en hacerlo.

De igual forma, el “Preámbulo” de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano confirma la existencia de ciertos “derechos naturales, inalienables y sagrados”, incluida la “felicidad de todos”:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos...

Y en el artículo 2 insiste: “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”.

Por otra parte, es procedente traer a colación, de un lado, el “Preámbulo” de la Constitución de los Estados Unidos de 1787:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América...

Y, del otro, la Constitución de Francia de 1793, la cual a pesar de no haber entrado en vigor, al instaurarse el 10 de octubre de ese mismo año el “Reino del Terror”, es la primera en consagrar ciertas instituciones sociales, tales como la asistencia social, el trabajo y la educación. Así, reconocía en su artículo 21: “La asistencia pública es un deber sagrado. La sociedad debe dar asistencia a los ciudadanos infortunados, ya sea al procurarles un trabajo o al asegurarles los medios de existencia a quienes son incapaces de trabajar”. Además, en el 22: “La educación es necesidad de todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder el progreso de la razón pública, y poner la educación al alcance de todos los ciudadanos”. Y, finalmente, en el 23: “La garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y conservación de sus derechos; esta garantía se apoya sobre la soberanía nacional”.

2. CONSTITUCIONALISMO “SOCIAL”

Como ya adelantamos, es un lugar común afirmar que el constitucionalismo “social” surge con la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919. Al respecto, consideramos oportuno proceder a recordar una y otra.

Por una parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 es consecuencia directa e inmediata de la lucha armada, conocida como Revolución Mexicana, en contra del “porfiriato”, régimen caracterizado por la subsistencia no solo de una gran desigualdad económica, política y social sino también de diferentes formas de opresión e injusticia. De tal suerte, Venustiano Carranza, en su calidad de jefe del ejército constitucional convocó al Congreso Constituyente para presentar un proyecto de reformas a la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, con el objeto de ajustar la misma a las nuevas condiciones del país. Entre las principales aportaciones está el reconocimiento en su articulado de los llamados “derechos sociales”, entre los cuales despuntan:

- La educación laica y gratuita (artículo 3);
- La regulación de la propiedad conforme a los intereses sociales (tercer párrafo, artículo 27); y
- La protección de los trabajadores, al garantizar sus derechos de asociación y de unión (para su organización en sindicatos), de huelga, y de trabajo digno y socialmente útil, así como la jornada máxima de 8 horas (artículo 123).

Por otra parte, la Constitución de Weimar del 11 de noviembre de 1919, no solo implementó los “derechos sociales” sino también instauró el “Estado de bienestar”, el cual se caracterizó por una serie de políticas tendientes a la protección de los desfavorecidos incluidos los trabajadores. Cabe señalar que la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 11 de abril de 1919, en el marco del Tratado de Versalles y de la creación de la Sociedad de Naciones, fue un instrumento fundamental en este proceso y en la constitucionalización e internacionalización de los “derechos sociales” al fortalecer el reclamo de los trabajadores de todo el mundo para que estos fueran incorporados a los textos de las respectivas constituciones nacionales. Al respecto, su “Preámbulo” insiste no solo en la importancia de la “justicia social” para la paz universal, sino también en la trascendencia de adoptar un régimen de trabajo realmente humano ante las condiciones de trabajo hasta entonces prevalecientes:

Considerando que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente

mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo...

Para enfatizar cómo los “derechos sociales” fueron gradualmente reconocidos y hasta ampliados, desde aquel entonces y hasta mediados del siglo XX, me permito aludir a los casos tanto de los Estados Unidos de América como de Francia.

Por un lado, en los Estados Unidos de América, cabe recordar que la mayoría de la Corte Suprema, en el caso *Lochner v. New York* (1905), defendió a ultranza la “libertad para contratar” por encima de la necesidad de su regulación y hasta limitación. La decisión anterior dio inicio a la llamada “era Lochner”, la cual se caracteriza por una serie de resoluciones muy controvertidas, en las cuales la Corte procedió a anular o invalidar diferentes leyes tanto federales como estatales que pretendían regular las condiciones de trabajo mediante una legislación progresiva. No sería sino hasta *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) que la Corte, al resolver que la legislación sobre salarios mínimos promulgada por el estado de Washington era constitucional, revirtió el criterio sentado en *Adkins v. Children’s Hospital* (1923), en el sentido de que la legislación federal sobre salarios mínimos para las mujeres era inconstitucional al constituir una violación a la “libertad de contratar” tutelada por la cláusula del debido proceso de ley contenida en la Enmienda V, y puso fin a la “era Lochner”.

Por el otro, en Francia, el “Preámbulo” de la Constitución de la Quinta República Francesa del 4 de octubre de 1958, insiste en la adhesión a los “derechos humanos” y en el ideario de “libertad, igualdad y fraternidad”:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

En virtud de estos principios y del de la libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los Territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ella nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas para favorecer su evolución democrática...

De tal suerte, nos remitimos, a su vez, al “Preámbulo” de la Constitución de la Cuarta República Francesa del 27 de octubre de 1946, el cual refleja muy bien la gradual ampliación y hasta expansión de los llamados “derechos sociales”:

Apenas alcanzada por los pueblos libres la victoria sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama, una vez más, que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión o de creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Proclama, además, como particularmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales:

La ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre.

Todo hombre perseguido a causa de su acción en favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República.

Todos tienen el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias.

Todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses mediante la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección.

El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan.

Todo trabajador participa, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas.

Todo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser propiedad de la colectividad. La Nación proporciona al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.

Garantiza a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre. Todo ser humano que, en razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad medios de existencia decorosos.

La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante los gravámenes resultantes de calamidades nacionales.

La Nación garantiza la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado.

La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional. No emprenderá ninguna guerra con fines de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo.

Con tal que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz.

Francia forma con los pueblos de ultramar una Unión fundada en la igualdad de los derechos y de los deberes, sin distinciones de raza ni de religión.

La Unión Francesa se compone de naciones y pueblos que ponen en común o coordinan sus recursos y sus esfuerzos para desarrollar sus respectivas civilizaciones, acrecentar su bienestar y proveer a su seguridad.

Fiel a su misión tradicional, Francia se propone conducir a los pueblos que ha tomado a su cargo a la libertad de administrarse a sí mismos y de tratar democráticamente sus propios asuntos; desechando todo sistema de colonización basado en la arbitrariedad, garantiza a todos la igualdad de acceso a las funciones públicas y el ejercicio individual o colectivo de los derechos y libertades precedentemente proclamados o confirmados...

3. CONSTITUCIONALISMO “SOCIAL” CONTEMPORÁNEO

Antes de proceder al desarrollo del constitucionalismo “social” contemporáneo, nos gustaría citar algunos de los preámbulos que contienen un claro compromiso con la “justicia social” y los “derechos humanos”. Tal es el caso, por ejemplo, del “Preámbulo” de la Constitución de India, aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de noviembre de 1949 y que entró en vigor el 26 de enero de 1950, precisamente para conmemorar el vigésimo aniversario de su Declaración de Independencia, y de la Enmienda 42, vigente desde el 3 de enero de 1977, el cual establece:

NOSOTROS, EL PUEBLO DE INDIA, después de resolver solemnemente constituir a la India en una REPÚBLICA DEMOCRÁTICA SOBERANA SOCIALISTA SECULAR y asegurar para todos sus ciudadanos:

JUSTICIA social, económica y política;

LIBERTAD de pensamiento, expresión, creencia, fe y religión;

IGUALDAD de condiciones y de oportunidad;

y promover entre todos ellos

FRATERNIDAD para asegurar la dignidad del individuo y la unidad e integridad de la Nación;

EN NUESTRA ASAMBLEA CONSTITUYENTE este día vigésimo sexto de noviembre, 1949, POR TANTO ADOPTAMOS, PROMULGAMOS Y NOS DAMOS A NOSOTROS ESTA CONSTITUCIÓN...

De igual forma, el “Preámbulo” de la Constitución de España, ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978, sancionada por el rey el 27 y publicada en el Boletín Oficial de Estado el 29 de ese mismo mes y año, estipula:

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente...

Por su parte, el “Preámbulo” de la Constitución de Sudáfrica, adoptada por la Asamblea Constitucional el 11 de octubre de 1996, certificada por la Corte Constitucional el 4 de diciembre de ese mismo año y sancionada por el presidente el 10 de ese mismo mes y año, y que entró en vigor el 4 de febrero de 1997:

Nosotros, el pueblo de Sudáfrica,

Reconocemos las injusticias de nuestro pasado;

Honramos a quienes padecieron por la justicia y libertad en nuestra tierra;

Respetamos a aquellos que han trabajado para construir y desarrollar nuestro país; y

Creemos que Sudáfrica pertenece a todos quienes viven en ella, unidos en nuestra diversidad. Nosotros por lo tanto, mediante nuestros representantes libremente elegidos, adoptamos esta Constitución como la ley suprema de la república para:

- Sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en valores democráticos, justicia social y derechos humanos fundamentales;
- Sentar las basas para una sociedad abierta y democrática en la cual el gobierno esté fundado en la voluntad del pueblo y cada ciudadano sea igualmente protegido por la ley;
- Mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona; y
- Construir una Sudáfrica democrática y unida capaz de tomar el lugar que le corresponde como un Estado soberano en la familia de las naciones.

Que Dios proteja a nuestro pueblo.

Nkosi Sikelel' iAfrika. Morena boloka setjhaba sa heso.

God seën Suid-Afrika. God bless South Africa.

Mudzimu shatutshedza Afurika. Hosi katekisa Afrika.

Ya entrados en el constitucionalismo contemporáneo, procedemos a revisar los preámbulos de las cinco Constituciones más emblemáticas del constitucionalismo “social” contemporáneo en América Latina:

A. BRASIL

La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988 y su “Preámbulo” decreta:

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución...

Así, dicha Constitución se caracteriza por “asegurar el ejercicio de los derechos sociales”, entre los cuales están “la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad” (artículo 6), así como los “derechos de los trabajadores urbanos y rurales” (artículos 7-11). No obstante, también consagra “los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa” (artículo 1, fracción 4) y recalcó en su artículo 170: “El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la justicia social” (artículo 170); y al estipular en el numeral 193: “El orden social tiene como base primero el trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social”. Entre sus logros destaca

la creación del sistema único de salud (artículos 196-200), incluida la previsión social (artículos 201-202) y la asistencia social (artículos 203-204). Al respecto, consideramos obligado citar el artículo 3:

Artículo 3.- Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil:

1. Construir una sociedad libre, justa y solidaria;
2. Garantizar el desarrollo nacional;
3. Erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales;
4. Promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera otras formas de discriminación.

B. COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia fue promulgada el 4 de julio de 1991 y su “Preámbulo” dispone:

EL PUEBLO DE COLOMBIA

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente...

De esta forma, contiene entre sus principales aportaciones, por un lado, la ampliación de los derechos fundamentales, incluidos los sociales, al reconocer, por ejemplo, en su artículo 25: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, así como a toda una gama de derechos laborales, contenidos en el numeral 53. Y, por el otro, la institución de la “acción de tutela” como un mecanismo expedito y efectivo para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos fundamentales en el 86 y la instauración de la “acción popular” para la “protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella” en el 88. Así mismo, consagró “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”.

C. VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue aprobada por el pueblo venezolano mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999 y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de dicho mes y año, y su “Preámbulo” establece:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana;

Con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad;

En ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático, decreta la siguiente...

De esta manera, en su artículo 3, insiste que “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución” e inmediatamente después agrega: “La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

En este tenor respecto a los derechos económicos, políticos y sociales, afirma en su artículo 112 el deber estatal para promover la “justa distribución de la riqueza”:

Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio,

industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Y, finalmente, en el artículo 299 asienta el principio de “justicia social” y reitera el deber de garantizar la “justa distribución de la riqueza”:

Artículo 299.- El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

D. ECUADOR

La Constitución de la República de Ecuador fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y rige desde el 20 de octubre de ese mismo año fecha de su publicación en el Registro Oficial, y su “Preámbulo” estipula:

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente...

De este modo, en su artículo 1 señala: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Al respecto, en el numeral 3, complementa el reconocimiento de los “derechos económicos, sociales y culturales”, tales como la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua”, con los correspondientes deberes del Estado:

Artículo 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.
8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

Como ya advertimos, esta Constitución alude a la equidad (o a la justicia) en diferentes artículos, entre los cuales despuntan aquellos que tutelan los derechos a la salud (artículo 32), trabajo (artículo 33), seguridad social (artículo 34), alimen-

tación (artículos 281) y agua (artículo 282). Así mismo, apunta a la importancia de la “equidad social” al referirse en el artículo 275 a los principios generales que sustentan el régimen de desarrollo:

Artículo 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

Y, en el numeral 276, a sus objetivos:

Artículo 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.
2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.
3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.
4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.
5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.
6. Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado.
7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

De igual forma, al remitirse al régimen del bien vivir instaura el “sistema nacional de inclusión y equidad social” (artículos 340-342), mismo que guía a los sistemas nacionales de educación (artículos 343-357), de salud (artículos 358-366), de seguridad social (artículos 367-374) y que garantiza que el acceso a tales derechos, así como la distribución de los recursos destinados a los mismos, se regirá conforme a principios de “equidad social”.

E. BOLIVIA

La Constitución Política de Bolivia fue aprobada por el pueblo boliviano mediante referéndum el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero, mismo día en el cual entró en vigor, y su “Preámbulo” estipula:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia...

De tal suerte, la Constitución se caracteriza por promover la construcción de un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” y, en consecuencia, por reconocer una gran infinidad de derechos a los grupos sociales. Al respecto, en su artículo 8 explicita los principios y valores que dan sustento al Estado, incluidos tanto la “equidad social” como la “justicia social”:

- i. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaq ñan* (camino o vida noble).
- ii. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, *equidad social* y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, *justicia social*, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Y en el numeral 9 expresa cuáles son los fines y funciones del Estado:

Artículo 9.- Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena *justicia social*, para consolidar las identidades plurinacionales.
2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.
3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.
4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.
6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

Ahora bien, entre las novedades en materia de derechos humanos, baste citar el artículo 20:

- i. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.
- ii. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.
- iii. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.

III. A MODO DE EPÍLOGO: HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA “EQUIDAD SOCIAL”

Para finalizar, me gustaría referirme a un par de casos relacionados con la universalización de los servicios de salud y, en consecuencia, de las políticas tendientes a garantizar la “equidad social” y hasta la “justicia social”, a partir de lo que recharacterizamos como la “cláusula social”. Lo anterior para enfatizar que es posible profundizar en el reconocimiento de derechos, principios e instituciones sociales sin que sea necesario convocar a un congreso constituyente ni realizar una reforma total o parcial a la constitución, así como para evidenciar que es necesario contar con los recursos suficientes para financiar su implementación universal más allá de una mera prestación y ciertamente que se requiere de voluntad política.

Por una parte, en Canadá, la provincia de Saskatchewan, en 1946, introdujo la cobertura (casi) universal en materia de servicios de salud, al aprobar la Ley de Hospitalización de Saskatchewan, misma que garantizó el acceso a los hospitales a gran parte de la población en la medida en que el gobierno provincial contaba con recursos económicos para ello. Por su parte, la provincia de Alberta, en 1950, creó un programa similar, pero dos años antes ya había creado los Servicios Médicos Incorporados (de Alberta), que proveían cobertura médica a un 90% de la población. En 1957, el gobierno federal aprobó la Ley de Seguro Hospitalario y de Servicios de Diagnóstico (HIDS, por sus siglas en inglés) para financiar el 50% del costo de los programas provinciales que fueran adoptados y cumplieran con cinco condiciones: “administración pública, integralidad, universalidad, portabilidad y accesibilidad”. Así, para 1961, las diez provincias contaban con este tipo de programas. En 1962, la provincia de Saskatchewan, con los recursos liberados por el financiamiento federal, decidió ampliar la cobertura para incluir los servicios

médicos. Dicho programa fue muy exitoso y el gobierno federal presentó, en 1966, la Ley de Asistencia Médica, misma que extendió los beneficios de HIDS para que cada provincia pueda establecer un plan universal de asistencia en materia de salud y creó el sistema *Medicare*. Finalmente, en 1984, la Ley de Salud de Canadá fue aprobada y, en 1999, reafirmado el compromiso con el acceso a la salud a partir de los principios de “integralidad, universalidad, portabilidad, administración pública y accesibilidad”.

Por otra parte, en los Estados Unidos de América, como es sabido, en los últimos años se presentaron una serie de iniciativas de ley que pretendían constituirse en una reforma integral en materia de salud y que aspira a la cobertura universal, pero que dadas las resistencias existentes ha sido comprometida, lo anterior sin negar los méritos de la misma. Al respecto, cabe recordar que con anterioridad, en 1965, se promulgó la legislación que introduce los programas *Medicare* y *Medicaid*. El primero para cubrir los hospitales y los médicos para las personas de la tercera edad a partir de seguros generales financiados con un impuesto federal sobre el empleo durante la vida laboral del jubilado; en tanto que el segundo para permitir que el gobierno federal pueda financiar parcialmente un programa de gestión para los pobres y que sean cofinanciados por los estados. De igual forma, en 1997, el gobierno federal creó un programa para proporcionar seguro médico a los niños de familias en o por debajo de ciertos niveles de pobreza. Finalmente, la reforma en materia de salud comprende hasta el momento dos leyes: de un lado, la Ley para la Protección del Paciente y Atención Accesible, promulgada el 23 de marzo de 2010; y, del otro, la Ley de Atención Médica y Reconciliación Educativa aprobada el 25 de ese mismo mes y año. Dicha reforma se caracteriza por su gradualidad, por conservar los seguros y proveedores de servicios médicos de atención de salud privados, pero ofrece mayores subsidios públicos para que los pobres puedan acceder a un seguro y al servicio médico, así como por explicitar que los seguros no pueden negar la cobertura a las llamadas “condiciones preexistentes”. De tal suerte, queda pendiente la discusión y, en su caso, aprobación —o no— de la iniciativa de la Ley Nacional de Salud, anteriormente denominada Ley de *Medicare* para Todos, misma que tiene por objeto garantizar la cobertura universal.

IV. REFERENCIAS

I. BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, BRUCE. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press, 1980. (Hay versión en español: *La justicia social en el estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.)

- ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*. Traducción de Antonio Gómez Robledo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- CABO MARTÍN, CARLOS DE. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- CONNECTICUT COALITION FOR UNIVERSAL HEALTH CARE. *The Case for Universal Health Care in the United States*. Disponible en: http://cthealth.server101.com/the_case_for_universal_health_care_in_the_united_states.htm (página consultada el 15/11/15).
- CORDERA, ROLANDO. “La Ley General de Población y el proceso de desarrollo”, en LUZ MARÍA VALDÉS (coord.). *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 53-73.
- CORNEJO CERTUCHA, FRANCISCO M. “Equidad”, en AA.VV., *Diccionario Jurídico Mexicano. D-H*, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 1.293-1.294.
- DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977. (Hay versión en español: *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.)
- DWORKIN, RONALD. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010. (Hay versión en español: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar González y María Julia Bertomeu. Madrid: Paidós, 2003.)
- FABRE, CÉCILE. *Social Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FLORES, IMER B. “Equidad social”, en HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y DIEGO VALADÉS, eds. *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*. 2ª ed. México: El Colegio Nacional y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, 137-165. (Hay primera edición y versión original: 2011, pp. 93-120.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. “Papel que la equidad desempeña en el derecho mexicano”, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. Año V, n.º 1, enero-marzo, 1934, 121-128.
- GEORGETOWN UNIVERSITY. Center for latin american studies. *Political Database of the Americas*. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu> (página consultada el 15/11/15).
- GORDON R., SARA. “Equidad y justicia social”, en *Revista Mexicana de Sociología*. Año LVII, n.º 2, abril-junio, 1995, 175-184.

- MILLER, DAVID. *Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- MILLER, DAVID. *Principles of Social Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- PREBISCH, RAÚL. “Hacia la recuperación económica y la equidad social”, en *Estudios Internacionales*. Año XVI, n.º 64, octubre-diciembre, 1983, 510-522.
- RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971. (Hay edición revisada: 1999; y versión en español: *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.)
- RAWLS, JOHN. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. (Hay versión en español: *Liberalismo político*. Traducción de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1995.)
- ROEMER, JOHN E. *Equality of Opportunity*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.
- RUIPÉREZ, JAVIER. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- SEN, AMARTYA. *Inequality Reexamined*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1992.
- VANOSI, JORGE REINALDO. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad de Buenos Aires, 1994.
- WALZER, MICHAEL. *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983. (Hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.)

2. HEMEROGRÁFICAS

- CORDERA, ROLANDO. “Más allá de la focalización. Política social y desarrollo en México”, en *Nueva Sociedad*. Nn.º 215, mayo-junio, 2008, 95-110.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. “Papel que la equidad desempeña en el derecho mexicano”, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. Año V, n.º 1, enero-marzo, 1934, pp. 121-128.

GORDON R., SARA. “Equidad y justicia social”, en *Revista Mexicana de Sociología*. Año LVII, n.º 2, abril-junio, 1995, 175-184.

PREBISCH, RAÚL. “Hacia la recuperación económica y la equidad social”, en *Estudios Internacionales*. Año XVI, n.º 64, octubre-diciembre, 1983, pp. 510-522.

RAWLS, JOHN. “Justice as Fairness”, en *The Philosophical Review*, Vol. LXVII, 1958. (Hay versión en español: Justicia como equidad. En: John Rawls. *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Traducción de Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos, 1986.)

3. CIBERGRÁFICAS

CONNECTICUT COALITION FOR UNIVERSAL HEALTH CARE, *The Case for Universal Health Care in the United States*. Disponible en: http://cthealth.server101.com/the_case_for_universal_health_care_in_the_united_states.htm (página consultada el 15/11/15).

GEORGETOWN UNIVERSITY. Center For Latin American Studies, *Political Database of the Americas*. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu> (página consultada el 15/11/15).

CAPÍTULO III

DISEÑO INSTITUCIONAL E INCLUSIÓN DE LA DIVERSIDAD

ELIZABETH SALMÓN*

*Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación
de un modelo de inclusión desde el DIDH*

SUMARIO

1. Diversidades múltiples y multiplicidad de formas de gestionarla. 1.1 ¿Cuál es la relación entre tolerancia e inclusión? Una precisión necesaria. 2. Igualdad y no discriminación y las medidas para hacerlas efectivas. 2.1 La igualdad y no discriminación como derechos sustanciales de carácter imperativo. 2.2 Igualdad, no discriminación y políticas públicas. 2.3 Políticas públicas con enfoque de derechos. 3. Inclusión y democracia o hacia una inclusión democrática. 3.1 Democracia y contextos de justicia transicional. 4. Conclusiones.

En el Derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no existe un contenido unívocamente establecido de inclusión. Por el contrario, el término mismo no aparece en las diversas normas ni pronunciamientos que lo componen. No obstante, esto no significa que la inclusión sea un concepto carente de contenidos y efectos jurídicos, pues creo que una lectura sistemática y evolutiva de sus disposiciones lleva a sostener –en la más prudente de las lecturas– que la afirmación de los derechos humanos visibiliza la diversidad o, dicho en otros términos, imposibilita su negación o represión, hasta –en la más generosa de las interpretaciones– propugnar que el conjunto de obligaciones del DIDH configura en la actualidad un verdadero modelo de inclusión. En este sentido, puede entenderse la inclusión como una garantía de que distintas colectividades tengan la oportunidad de acceder a derechos sin tener que renunciar a ser lo que son (adaptándose irrestrictamente al paradigma dominante) o bien como una apuesta por la participación como un proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques” (UNESCO, 2005).

Lo que planteo en este ensayo es que el DIDH delimita la capacidad estatal de decisión frente a la diversidad, pues impone un conjunto de obligaciones que no solo afirman la igualdad y no discriminación, sino que apuntan a la adopción de políticas públicas a favor de los grupos excluidos con un enfoque de derechos.

En efecto, las diversidades múltiples necesitan un modelo de *gestión de la diversidad*¹ que puede adquirir diversas formas. Lo que postulo es que la capacidad estatal de gestionar la diversidad se encuentra delimitada por este conjunto nor-

* Elizabeth Salmón (Perú) es profesora principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de esa universidad (IDEHPUCP), donde además dirige la Maestría en Derechos Humanos. Es doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, y autora de varias publicaciones sobre Derecho internacional público, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Justicia transicional. Correo de contacto: esalmon@pucp.edu.pe. La autora desea agradecer a Félix Reategui Carrillo por sus acertados comentarios y a Rita Zafra por su valioso apoyo en la elaboración de este texto.

1 Tomo esta frase de A. TOURAINE. *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 46. Tradicionalmente, la “gestión de la diversidad” ha sido un tér-

mativo y jurisprudencial del DIDH que configura un *modelo democrático de gestión de la diversidad*.

Este trabajo parte del reconocimiento de las diversidades múltiples y las formas también múltiples de gestionarla. Frente a ese panorama, se presenta el principio de igualdad y no discriminación y las medidas para hacerlas efectivas, lo que, en mi opinión, implica la obligación estatal de definir políticas públicas con un enfoque de derechos. Finalmente, analizo la idoneidad de la democracia representativa para albergar este modelo de inclusión y presento algunas ideas sobre los periodos de transición tras dictaduras y conflictos armados como una oportunidad para plantear democracias inclusivas.

I. DIVERSIDADES MÚLTIPLES Y MULTIPLICIDAD DE FORMAS DE GESTIONARLA

La diversidad no es un fenómeno de nuestro tiempo. En realidad, ha existido en diferentes momentos y lugares², pero lo que cambia contemporáneamente es nuestra conciencia de ella y la necesidad jurídica de reconocerla en todos los ámbitos. La inclusión es precisamente el proceso de respuesta “a la diversidad de necesidades de las personas, mediante el aumento de la participación a través de la modificación de estructuras, procesos y enfoques”³. En suma, que se reconozcan las diferencias de manera explícita para que dichos grupos puedan expresar sus necesidades, intereses y perspectivas⁴.

En efecto, la utopía de la identidad única y hegemónica, casi siempre promovida y perpetuada por el propio Estado, dejó de ser una variable posible y hasta deseable. Resulta necesario entonces referirse a diversidades múltiples, y ya no solo a una identidad nacional, lo que a su vez genera la necesidad de contar con una gestión de la diversidad.

En ese sentido, ¿qué es la diversidad? Como afirma Koenig, todavía no se ha llegado a un concepto técnico y certero sobre qué es la diversidad⁵. En el ámbito del discurso público y de las políticas, el concepto de diversidad no tiene un contenido

mino utilizado en el ámbito corporativo laboral. Véase: J. WRENCH, *Diversity Management*, en: S. VERTOVEC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014.

2 Véase, por ejemplo, P. HEATHER. *Diversity and the Roman Empire*; N. LAFI, *Diversity and the Nature of the Ottoman Empire: from the construction of the imperial old regime to the challenges of modernity*; C. CLARKE, *Race and Labour, Forced and Free, in the Formation and Evolution of Caribbean Social Structures* y otros en: S. VERTOVEC, *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014.

3 UNESCO. *Guidelines for Inclusion. Ensuring Access to Education for All*, París, UNESCO, 2005, p. 13.

4 I. M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p. 83.

5 M. KOENIG, *Diversity Interview*, MPI MMG. Véase en: <http://www.mmg.mpg.de/diversity-interviews/koenig/>. Citado en S. VERTOVIC. *Introduction: Formulating Diversity Studies*, en: S. VERTOVEC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, 5.

claro salvo para afirmar que la diferencia es aceptable o aceptada⁶. No obstante, creo que es posible encontrar un punto de consenso cuando identificamos que la diversidad se trata de la coexistencia en un mismo marco institucional de grupos con características distintas del paradigma dominante. En cuanto a sus sujetos, se apunta a agrupaciones de personas que comparten características comunes como grupos que se consideran diversos⁷. Ciertamente, existen identidades individuales (tantas como personas), pero a lo que se apunta es a las individualidades en un sentido más estructural (colectivo, étnico, etc.). En este sentido, como afirma Touraine:

[N]uestra identidad se funda cada vez menos sobre lo que hacemos y cada vez más sobre lo que somos, sobre nuestras necesidades, pero también, y en mayor medida, en la relación con nosotros mismos, en las relaciones interpersonales, en grupos de elección o en la comunidad de pertenencia⁸.

A lo largo de la historia han existido distintos modelos o formas de enfrentar la diversidad. En un extremo se ubicaría la integración que pretende diluir la diferenciación y, en el otro, la exclusión que busca eliminarla del sistema, con multiplicidad de formas intermedias entre ambas. Lo interesante es que siendo modelos opuestos, hasta contradictorios, ambos son modelos anuladores de “la diversidad como problema” para el arreglo republicano. El modelo contemporáneo apunta a una inclusión democrática y respetuosa de las diversidades que propugna su plena participación.

La exclusión apunta a la uniformidad y se manifiesta en la marginación de grupos vulnerables y su apartamiento de la participación social y política y la violencia y la discriminación contra los mismos, lo que puede ciertamente conducir a la frustración, la hostilidad y el fanatismo⁹. Como afirma Gargarella, refiriéndose a la situación de los más pobres o esclavos, “la situación de desventaja no se debía, fundamentalmente, a su desdén o a su falta de voluntad, sino a una situación de relegamiento que el propio Estado les había impuesto por la fuerza”¹⁰. En ese sentido, la exclusión a la que se ven expuestos diversos colectivos responde a una política del Estado que busca impedir que los diferentes grupos formen parte de una misma sociedad con los mismos derechos y deberes. De esta forma, la inclu-

6 S. VERTOVIC. *Introduction: Formulating Diversity Studies*, en: S. VERTOVIC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, 3.

7 J. P. VERA LUGO. La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, *Universitas Humanística*, vol. 62, n.º 62, 2006, 207.

8 *Ídem*, 49. A. TOURAINE. *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 49.

9 UNESCO, Declaración de principios sobre la tolerancia de 16 de noviembre de 1995, artículo 2.1.

10 R. GARGARELLA, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860) Conclusiones: igualitarismo y constitucionalismo*, Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 270.

sión debe permitir que las personas obtengan una mayor libertad para elegir sus destinos, sin estar limitados por exclusiones ajenas a ellas¹¹.

Un ejemplo histórico odioso de esta exclusión es la de la Alemania nazi, cuyas Leyes de Nuremberg de 1935^[12] imponían a los judíos una “muerte civil”, que los apartaba completamente de la vida pública y que fue el antecedente del plan de exterminarlos físicamente. Años después, el régimen del *apartheid* en Sudáfrica significó la exclusión de un amplio sector de la población, mediante “actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente”¹³. En Estados Unidos, por su parte, las leyes de *Jim Crow* crearon dos mundos paralelos que, aunque se decían formalmente iguales, creaban en los hechos graves situaciones de desigualdad de la población afroamericana¹⁴.

Estas formas que llamaremos extremas y que revisten clara ilegalidad coexisten con otras modalidades formalmente aceptables. El supuesto de las denominadas democracias consociativas puede resultar un buen ejemplo de ello. Estas funcionan en sociedades fragmentadas, a partir de la formación de coaliciones autónomas que representan a dichos segmentos de la población. Existe, además, un poder de veto mutuo de las minorías¹⁵. Una de las grandes críticas al consociativismo es ser, “por definición, elitista [ya que], privilegiando el protagonismo de las élites de los diversos grupos, pospone la democratización de las sociedades multiétnicas, desatendiendo la dimensión competitiva y la creación de una ciudadanía dotada de derechos y garantías individuales”¹⁶. Esto es porque, en estricto, el consociativismo no busca la inclusión, sino la repartición del poder para la supervivencia del sistema.

En ese sentido, se pueden resumir las estrategias de regulación de la diversidad de la siguiente manera¹⁷:

11 J. M. IGUÍÑIZ ECHEVERRÍA. Inclusión/exclusión en perspectiva relacional y desarrollo humano, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 29.

12 En específico, Ley de la ciudadanía del Reich, que reconocía la misma solo a las personas de sangre alemana.

13 Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen del *apartheid*, Artículo II.

14 Véase, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*, sentencia del 17 de mayo de 1954.

15 R. ANDEWEG. Consociational Democracy. *Annual Review of Political Science*, 2000, vol. 3, n.º 1, p. 513.

16 R. MAÍZ. Los nacionalismos antes de las naciones. *Política y cultura*, 2006, n.º 25, p. 105.

17 B. O’LEARY. *Governing Diversity*, en: S. Vertovic. *Introduction: Formulating Diversity Studies*, en: S. VERTOVIC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, 204. Estos modelos no son excluyentes entre sí, pueden adoptarse diferentes modelos respecto a distintos grupos. Ídem, p. 207.

ELIMINACIÓN DE LA DIVERSIDAD	MANEJO DE LA DIVERSIDAD
1. Genocidio Objetivos: puridad y seguridad. Medios: exterminio.	1. Control Objetivos: preservar la dominación jerárquica. Medios: organización del grupo dominante, desorganización de los dominados.
2. Homogenización Objetivos: seguridad, solidaridad, coordinación, eficiencia. Medios: asimilación (fusión o aculturación) o integración (privatización de la diferencia).	2. Acomodación <i>Centripetalismo</i> Objetivos: coexistencia basada en la moderación de la mayoría. Medios: separación de poderes y atracción de votos mediante la moderación. <i>Consociación</i> Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos e igualdad de intereses en la seguridad. Medios: reparto del poder inclusivo, autonomía, proporcionalidad y derechos de veto.
3. Expulsión Objetivos: puridad y seguridad. Medios: “limpieza” del territorio.	3. Arbitración Objetivos: coexistencia basada en la igualdad de grupos que trabajan como socios, seguridad, equidistancia de todas las religiones con relación al Estado como mediador. Medios: mediación o adjudicación (permanente o transicional), puede incluir ajustes territoriales.
4. Monismo territorial Objetivos: puridad, seguridad o evitar los costos de la acomodación. Medios: decolonización, pérdida de territorios, uniformización administrativa.	4. Pluralismo territorial Objetivos: manejo de la diversidad mediante el reparto territorial del poder. Medios: acuerdos particulares, estados federativos, representación interestatal de distintas nacionalidades.

Y es que si bien es cierto que las democracias, por su propia naturaleza, suponen un terreno más propicio para las políticas de inclusión, estas no son ajenas a formas de exclusión más o menos sutiles. De hecho, si discutimos sobre la inclusión, es porque aún existen grandes niveles de exclusión en un marco de difusión del modelo democrático.

I. I ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE TOLERANCIA E INCLUSIÓN? UNA PRECISIÓN NECESARIA

En 1995, los Estados miembros de la UNESCO adoptaron la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, cuya definición se superpone conceptualmente con la inclusión:

I. I La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensa-

miento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

(...)

1.3 La tolerancia es la responsabilidad que sustenta los derechos humanos, el pluralismo (comprendido el pluralismo cultural), la democracia y el Estado de Derecho. Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo y afirma las normas establecidas por los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

No obstante, desde la doctrina, se plantea que se tolera solo aquello que en principio disgusta. Por ello, la tolerancia implica un acto intencional y no la simple falta de interés o despreocupación por las diferencias existentes¹⁸. En esta línea, el concepto “tolerancia” puede connotar acepciones negativas como el paternalismo, falta de empatía intercultural, falta de conciencia, entre otras.¹⁹ En cualquier caso, y más allá de la nomenclatura, llama la atención que esta primera ocasión en que los Estados definen la tolerancia, lo hagan desde una perspectiva poco acorde con la idea contemporánea de inclusión.

En primer lugar, se alude al término “multicultural” en la Declaración de Principios sobre la Tolerancia²⁰. La multiculturalidad es diferente de la interculturalidad en el sentido de que apunta al reconocimiento de la diferencia, mientras que la segunda es la convivencia de la diversidad²¹. En ese sentido, se puede afirmar que la perspectiva intercultural se ha vuelto necesaria debido a las limitaciones, errores y fracasos del multiculturalismo²². La principal ventaja o aporte del interculturalismo se basa en su énfasis en la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciadas, al proponer “algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia”²³. Mientras el multiculturalismo busca integrar la diversidad en los espacios públicos,

18 E. GARZÓN VALDÉS. El sentido actual de la tolerancia, en M. GIUSTI (coord.) *Tolerancia. Sobre el fanatismo, la libertad y la comunicación entre culturas*, Lima, Centro de Estudios Filosóficos/Fondo Editorial PUCP, 2015, p. 28.

19 F. LENZERINI. *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 226.

20 Artículo 2 La función del Estado

2.3 Para que reine la armonía internacional, es esencial que los individuos, las comunidades y las naciones acepten y respeten el carácter *multicultural* de la familia humana. Sin tolerancia no puede haber paz, y sin paz no puede haber desarrollo ni democracia.

21 C. GIMÉNEZ ROMERO. Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad, *Educación y Futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, 2003, n.º 8, 13.

22 Idem, p. 15.

23 Idem, p. 16.

el interculturalismo propone interculturalizarlos”²⁴. Esto último implica que el espacio público en sí mismo quede definido (materialmente, funcionalmente, simbólicamente, utilitariamente, etc.) por diversas orientaciones culturales. Eso resulta distinto de tener un espacio público definido monoculturalmente, pero en el cual se tolera que todos estén presentes.

De esta manera, la inclusión busca que todos los actores relevantes participen dentro del proceso de transformación de las instituciones, para poder solucionar problemas de una manera más justa²⁵.

La concepción multicultural del respeto por los derechos humanos se corresponde con la idea de la tolerancia como la respuesta a la cuestión de la diversidad de identidades. En esta misma línea, el concepto de tolerancia implica considerar aquello que se quiere “tolerar” como algo ajeno a uno mismo, que se encuentra en una esfera diferente a la propia²⁶.

La tolerancia solo es necesaria cuando en un mismo sistema no se acoge la diversidad como algo propio. Implica entonces, reconocer que aquello que se “tolera” no es parte del propio sistema normativo. La tolerancia exige como requisito que se haga un distanciamiento con aquel valor o norma que se busca tolerar. Generalmente, implica tener la voluntad de “dejar ser”, pero no de establecer una relación con el otro, lo que constituye una aproximación inadecuada frente a la inclusión²⁷.

Dentro de una lógica de derechos humanos, en consecuencia, la tolerancia no es la mejor opción para garantizar la inclusión. Si solo se “tolera la diversidad”, significa que no se la acepta como perteneciente o propia del sistema normativo de nuestra sociedad. El DIDH, implica, por otro lado, que la tutela de la diversidad sea entendida como propia de este sistema normativo, esto es, incorporar al propio sistema normativo la diversidad existente en la sociedad. En esta perspectiva, el concepto de tolerancia es insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la diversidad de grupos y personas existentes en la sociedad en un marco de igualdad y no discriminación.

24 F. TUBINO. Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 151.

25 I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 12.

26 E. GARZÓN VALDÉS, ob. cit., p. 27. Para este autor: “El concepto de tolerancia está doblemente referido a sistemas normativos. Por una parte, solo puede hablarse de tolerancia cuando quien tolera está dispuesto a permitir la realización de un acto o una actividad prohibidos en el sistema que los regula. Este sistema puede ser llamado “sistema normativo básico”. A menos que este sistema normativo sea contradictorio, es decir, deónticamente patológico, por prohibir y permitir un acto o actividad en las mismas circunstancias, el levantamiento de la prohibición solo puede lograrse recurriendo a otro sistema normativo al que se propone llamar “sistema normativo justificante”. Es él el que proporciona las razones para el levantamiento de la prohibición. El fundamento de la tolerancia no es, pues, nunca *intra*, sino *intersistémico*”.

27 I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 225.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LAS MEDIDAS PARA HACERLAS EFECTIVAS

2.1 LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHOS SUSTANCIALES DE CARÁCTER IMPERATIVO

Una vez afirmado que el concepto de tolerancia no es suficiente para una protección integral de la diversidad de las personas en el DIDH, es necesario encontrar una base dentro de esta misma rama del Derecho Internacional que fundamente la obligación de inclusión de la diversidad. En mi opinión, esta base es el principio de igualdad y no discriminación.

Empiezo afirmando que el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de naturaleza compleja que irradia a todo el DIDH²⁸.

A. FUNDAMENTO

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la “dignidad esencial de la persona”²⁹. Como señala Schachter, se ha convertido en un valor elemental aceptado ampliamente por todas las culturas, lo cual se ve reflejado en las múltiples referencias a la dignidad de las personas que se encuentran en una serie de resoluciones y declaraciones internacionales, así como en constituciones y proclamaciones nacionales³⁰.

Con base en la definición de discriminación establecida en diferentes instrumentos internacionales, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos afirmó que, tal como se emplea en el Pacto, “discriminación” es: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio,

28 Véase artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18, 10 de noviembre de 1989 y Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 31 de 26 de mayo de 2004.

29 Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párrafo 55.

30 Véase: O. SCHACHTER. *Human Dignity as a Normative Concept*, American Journal of International Law, 1983, n.º 848.

en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”³¹.

B. DERECHO DE CONTENIDO COMPLEJO

Es necesario, no obstante, precisar que el derecho a la igualdad es distinto del derecho a la no discriminación. Tradicionalmente, la prohibición de discriminación ha sido considerada como el lado negativo del derecho a la igualdad. Se entendía que todo acto contrario al derecho a la igualdad era un acto discriminatorio. Sin embargo, el derecho a la igualdad permite que existan distinciones y estas no configurarían actos discriminatorios. Ahora bien, esto será posible si las diferencias tienen como base cuestiones consideradas como de opción individual o que dichas diferenciaciones tengan como objeto concretizar y efectivizar valores sociales imperiosos u otros derechos. En consecuencia, solo existe discriminación cuando se da una distinción de cualquier tipo entre personas o grupos en situaciones similares, sin que medie una razón objetiva y razonable para tal distinción.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene dos artículos sobre el derecho a la igualdad y no discriminación: el artículo 1.1, que establece que los derechos contenidos en la Convención se deben gozar y ejercer “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; y el artículo 24, que recoge el derecho a la igualdad ante la ley. El uso “sin discriminación alguna” en el artículo 1.1 exige que este criterio deba estar presente en todos los casos concretos de “respeto” y “garantía” de los derechos consagrados en la CADH. Respecto al artículo 24, debe resaltarse que el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación es una respuesta a la necesidad de incluir dentro de la protección del DIDH a grupos que inicialmente no lo estaban.

C. CARÁCTER DE *JUS COGENS*

A la vez, cabe mencionar que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos distinguen, dentro de sus disposiciones, un grupo de normas mínimas no pasibles de suspensión en ninguna circunstancia o lugar³². Estas normas constituyen un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e

³¹ Ídem, párrafo 7.

³² Véase artículo 4.2 del PIDCP, artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

inderogables, que adquieren el valor jurídico de normas imperativas o *jus cogens*³³. En relación con el principio de igualdad y no discriminación propiamente, debe considerarse que todos los tratados sobre derechos humanos que permiten que los Estados suspendan derechos en caso de emergencia nacional incluyen un requisito de no discriminación en las disposiciones pertinentes; en otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación se ubica como un presupuesto indispensable e inderogable para la suspensión de algún derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por ejemplo, establece que cualquier medida impuesta por un Estado, luego de proclamar oficialmente la existencia de una situación excepcional, “no entrañe discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (artículo 4). Por su parte, el texto del artículo 27 de la CADH y del artículo 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es bastante similar. En tal sentido, se observa que dichos instrumentos internacionales consideran como parte del núcleo duro de los derechos humanos la prohibición de discriminación.

De otro lado, el carácter imperativo o de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación ha sido reconocido expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante su Opinión Consultiva n.º 18, en la cual señaló que:

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*³⁴.

33 E. SALMÓN. El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Revista Themis*, 2005, n.º 51, p. 153.

34 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrafo 101. Reiterado posteriormente en Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 94.

D. SUPERACIÓN DE LA IGUALDAD FORMAL EN PRO DE LA IGUALDAD REAL

Ahora bien, el Derecho admite que brindar un trato formalmente igualitario a todos los grupos puede originar una mayor discriminación de la que existía inicialmente. Es necesario, por lo tanto, realizar el *test* de igualdad para establecer si un trato diferenciado es legítimo o no: primero, se debe identificar la finalidad del trato, luego se analiza la legitimidad de dicha finalidad y, finalmente, se decide si el criterio de diferenciación es adecuado y proporcionado frente a dicha finalidad.

El artículo 24 de la CADH también incluye la cláusula de criterios prohibidos (aquellos criterios que históricamente han sido motivos de discriminación), la cual conlleva las siguientes consecuencias: (i) la extensión de la prohibición de discriminación recogida en el artículo 1.1 a todos los derechos extraconvencionales y a todo el Derecho interno de los Estados y (ii) la incorporación de un *test* de igualdad más estricto para las distinciones fundadas en las “categorías sospechosas”.

E. INCLUYE LA ADOPCIÓN DE ACCIONES POSITIVAS

En esta misma línea, la Observación General n.º 4 del Comité de Derechos Humanos, luego reemplazada por la observación General n.º 31, señalaba expresamente en su párrafo 2 que el artículo 3 del PIDCP requiere “no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”. En efecto, puede afirmarse que existe una obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir desigualdades respecto a determinados grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, la Corte IDH ha reafirmado esta obligación en casos respecto a la violación de derechos de las personas con discapacidad³⁵. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, en virtud del principio de igualdad, existen determinadas circunstancias, como funciones públicas reservadas para mujeres³⁶, en las que se exige a los Estados adoptar disposiciones positivas con el fin de reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan la perpetuación de la discriminación.

En consecuencia, el DIDH urge a los Estados a respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, en igualdad de condiciones. En ese sentido, esta obligación no puede ser llevada a cabo sin una perspectiva inclusiva, que conciba a todas las personas y colectivos, en toda su diversidad, como sujetos con

35 Corte IDH, Caso Ximenes Lopez v. Brazil. Sentencia de 04 de julio de 2006, párrafo 141.

36 Comité de Derechos Humanos, Comunicación 943/2000, párrafo 9.3. Caso Guido Jacobs c. Bélgica. El Comité consideró que los Estados pueden adoptar medidas para que se garantice a las mujeres el derecho de acceso a las funciones públicas en igualdad con los hombres, tal como el establecimiento de un número de puestos reservados a mujeres.

los mismos derechos. En consecuencia, no sorprende que la igualdad sea siempre presentada como un principio inclusivo³⁷.

Se trata, sin duda, del reconocimiento de aquellas personas diversas a uno mismo como sujetos que tienen los mismos derechos. Pero no solo eso, sino que, como forman parte del mismo sistema normativo, se convierten también en sujetos de derechos pertenecientes al sistema de protección de derechos humanos y lo ayudan a construir. No se trata, entonces, de la construcción de una sociedad en la que se tiene que “tolerar” a ciertos elementos que presentan elementos diferenciados, sino de la configuración de una sociedad y de sus valores con la participación de todas las personas, logrando un Estado inclusivo que, idealmente, logre erigirse con su participación, y no que únicamente los acomode de manera incidental.

Estamos ante una concepción de igualdad basada únicamente en la condición propia de ser humano. Como afirma Touraine:

Solo así los términos igualdad y diferencia se vuelven complementarios e inescindibles. Somos iguales entre nosotros solo porque somos diferentes los unos de los otros. Por el contrario, si definimos la igualdad a partir de las creencias comunes, advertiremos fácilmente minorías, y aun mayorías, que no las comparten y que desde ese momento consideraremos inferiores³⁸.

2.2 IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Bajo estos parámetros, la igualdad funciona tanto como norma, estrategia y aspiración³⁹. Esta inclusión basada en la igualdad real más allá de la tolerancia implica que el Estado tiene que tomar acciones concretas a través de políticas públicas para garantizar el disfrute de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción en igualdad de condiciones. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH, que consagra el deber de adoptar medidas de Derecho interno para garantizar los derechos contenidos en dicha Convención. De la jurisprudencia de la Corte IDH, además, se puede inferir que la misma avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, partiendo del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales, por lo cual el Estado debe

37 S. SPENCER, *Equity for Whom?*, en: S. VERTOVEC, *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014, p. 216.

38 *Ídem*, 63. A. TOURAINE. *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 63.

39 D. COOPER. *Challenging Diversity: Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 196.

abandonar su neutralidad y contar con herramientas de diagnóstico social para poder identificar estos grupos⁴⁰.

Entendida como “una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos, [...] a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo”⁴¹, la política pública cuenta con las siguientes fases⁴²: a) Fase de agendación o establecimiento de una agenda, que consiste en la identificación de los problemas públicos que sean prioritarios y que ameriten la actuación del Estado para resolverlos; b) Diseño o establecimiento de las directrices básicas de la política pública. Es decir, implica el planteamiento de la forma como se realizará la política pública, definiéndose la visión, los objetivos y las metas; c) Implementación o puesta en marcha de los procesos y actividades planificadas, utilizando, para ello, los recursos y dispositivos previstos en el diseño, y d) Evaluación o verificación de si el diseño fue implementado y si dicha implementación cumplió con las metas y objetivos planteados.

Como puede apreciarse, los derechos humanos sirven para determinar los temas de la agenda. En ese sentido, lo primero será el reconocimiento de la existencia de los grupos diversos que cuentan con características propias, diferentes a la “norma”. Asimismo, este reconocimiento debe comprender que estas diferencias implican que cada grupo “diverso” cuente con necesidades propias y particulares.

En este sentido, el reto no se restringe solamente al ámbito en el cual el grupo presenta la divergencia con el resto de la sociedad. En el caso de las personas con discapacidad física, por ejemplo, se debe tomar en cuenta que los derechos que son posiblemente vulnerados no se restringen únicamente a la accesibilidad física a ciertos lugares y servicios, sino que esto redundaría en la afectación de otros derechos, como el derecho al trabajo, a la educación, entre otros. Otro caso interesante en donde podemos evidenciar esta necesidad de conocer todos los aspectos en los cuales el hecho de pertenecer a un grupo determinado afecta la vida de las personas es en la situación de los grupos LGBT. Aunque se puede pensar en un inicio que el derecho al matrimonio y derechos conexos son aquellos derechos que se ven afectados por la exclusión que sufren las personas LGBT, recientes estudios demuestran

40 V. ABRAMOVICH. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, 2009, p. 18.

41 J. SUBIRATS y B. DENTE, *Decisiones públicas*, Barcelona, Ariel Ciencias Sociales, 2014, p. 36.

42 W. PARSONS. *Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, México, 2007. Comentado en: C. Alza, *Del ciclo de políticas a las funciones gerenciales*, Blog Valor Público, publicado el 13 marzo 2013, véase en: https://carlosalzarbarco.wordpress.com/2013/03/13/funciones_gerenciales/.

que, como se ha afirmado en líneas anteriores, esta aproximación resulta limitada e insuficiente⁴³.

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS

¿Cuál es el método que mejor permite llegar a la inclusión de los grupos que se reconocen como diversos dentro de la dinámica de las políticas públicas? Ciertamente, el DIDH no contiene un determinado diseño de políticas públicas, sino que constituye, como afirma Abramovich, un marco para las políticas públicas que los Estados deben adoptar.⁴⁴ De esta forma, las dotan de direccionalidad (fase de agendación) y legitimidad (fase de implementación).⁴⁵

En la práctica contemporánea de Naciones Unidas, por ejemplo, esta relación entre derechos humanos y políticas públicas ha generado una metodología específica de elaboración de políticas públicas que recibe el nombre de enfoque basado en derechos humanos (en adelante, EBDH).

En efecto, desde 1997, el Secretario General de Naciones Unidas (ONU) señaló que la misión de dicha organización debía reorientarse de modo que la realización de los derechos humanos fuera el fin último de la misma.⁴⁶ En 1998, en el marco de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Secretario General a través de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) solicitó a todas las agencias de la organización que manifestaran de qué manera estaban contribuyendo o podrían contribuir a la realización de los derechos humanos, para lo que se adoptó un marco conceptual y práctico que se

43 Entre estos estudios, resalta el realizado por la *Equality and Human Rights Commission* de Gran Bretaña. Dicho estudio se centra en la necesidad de recolectar información sobre las características propias de las vidas de las personas LGB (lesbianas, gays y bisexuales), para poder identificar cuáles son sus necesidades particulares en lo respectivo a los servicios públicos. La falta de información sobre estas necesidades particulares se debe a la invisibilización de la vida de estas personas, como lo afirma la misma Comisión: “Tradicionalmente, la orientación sexual ha sido vista como un asunto privado... pero sin evidencia clara sobre dónde viven las personas lesbianas, gay y bisexuales, dónde trabajan, cuáles son sus experiencias y necesidades de servicios públicos, falta una pieza clave del rompecabezas. La evidencia es clave para lograr que los servicios reflejen las experiencias de todos y satisfagan sus necesidades”. *Equality and Human Rights Commission, Beyond Tolerance. Making Sexual Orientation a Public Matter*. Londres, Equality and Human Rights Commission, 2009, p. 3.

44 V. ABRAMOVICH, Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado para “Derechos y Desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo”, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 2.

45 E. SALMÓN. El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2007, vol. 4, n.º 7, p. 167.

46 En 1997, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN, entregó el informe *Renovación de las Naciones Unidas: un programa para la reforma (A/51/950)*, en el cual llamó a integrar los derechos humanos en toda la gama de las actividades de la ONU (párrafos 78 y 79). En el ámbito regional, el Consejo de la Unión Europea emitió el documento denominado *Council Conclusions on a Rights-Based Approach to Development Cooperation, Encompassing All Human Rights*, el 19 de mayo de 2014.

denominó EBDH. Por ello, este se fundamenta en estándares del DIDH y está dirigido operativamente a los promotores y protectores de estos derechos⁴⁷:

En esa línea, el EBDH busca fortalecer los objetivos de desarrollo y bienestar humano a partir del trabajo de las agencias de Naciones Unidas y brindar, por este medio, un mejor soporte a los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. No obstante, dado que son las acciones del Estado las que crean las condiciones en las cuales los pobres y otros actores toman decisiones, la metodología tiene que estar dirigida también al Estado puesto que es allí desde donde mejor se pueden generar cambios reales⁴⁸. Así entendido, los objetivos del enfoque EBDH no se limitan a mejorar el trabajo de las agencias, sino en última instancia, a “lograr que las entidades a cargo del diseño, implementación y ejecución de las políticas públicas se apropien de la metodología no solo como procedimiento de evaluación y seguimiento permanente, sino fundamentalmente, como una guía para reformular las políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos”⁴⁹.

En el caso peruano, el propio Estado define el EBDH como “una aproximación conceptual y metodológica basada en los estándares y principios de derechos humanos que sostiene que el desarrollo debe orientarse a promover y proteger los derechos humanos, para que sean ejercidos plenamente por todas las personas”⁵⁰. En ese sentido, implica un cambio en la forma en la que se diseñan e implementan las políticas públicas debido a que las personas dejan de ser consideradas “beneficiarias” para ser consideradas “titulares de derechos”, y el Estado deje de ser considerado un “proveedor de servicios” para ser considerado un “titular de obligaciones”⁵¹. En este sentido, el EBDH busca empoderar a los sectores excluidos mediante el reconocimiento de sus derechos⁵². Es decir, el EBDH convierte los objetivos del desarrollo en derechos de la persona y define la responsabilidad de los titulares de obligaciones de conformidad con las normas de los derechos humanos. Esto implica que los procesos de “desarrollo y los planes y políticas públicas se insertarán dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, amparados por el Derecho internacional, y que entiende el desarrollo como el proceso por el cual

47 Tomado de la sección *Human Rights in Development* de la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.unhchr.ch/development/approaches.html>.

48 D. NARAYAN (ed.) *Empoderamiento y reducción de la pobreza*, Colombia, Banco Mundial/ Alfaomega Colombiana S.A., 2002, p. xi.

49 L.E. PÉREZ MURCIA “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia”. Ponencia presentada en el XIV Curso Internacional – *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Santiago de Chile, del 9 al 13 de junio de 2003.

50 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, p. 15.

51 Ídem, 17.

52 Ídem, 10.

los ciudadanos ejercen sus derechos y participan del espacio público para que los que tienen obligación de actuar —especialmente instituciones públicas— cumplan con sus deberes”⁵³. En este sentido, ejemplos como la creación de instituciones encargadas de la promoción y protección de ciertos grupos identificados como vulnerables, en el caso del Perú, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), es necesaria y beneficiosa. En cualquier caso, y más allá de la existencia de instituciones *ad hoc*, resulta indispensable la integración del EBDH en el diseño de políticas públicas de manera transversal para conseguir un Estado inclusivo.

Se entiende que el EBDH cuenta con tres principios transversales: El de igualdad y no discriminación, el de participación e inclusión y el principio de transparencia y rendición de cuentas. Los dos primeros principios son esenciales en la línea en la que se desarrolla el presente trabajo. El principio de igualdad y no discriminación requiere que se identifiquen los grupos en condiciones de vulnerabilidad y su situación particular respecto a los derechos involucrados en la política a desarrollar. También implica que se asegure su involucramiento y participación en la implementación⁵⁴. Por otra parte, el principio de participación e inclusión exige que se identifiquen los espacios, momentos y mecanismos para asegurar la participación de los titulares de derechos en el proceso de formulación, y que además también se precisen los mecanismos para desarrollar sus capacidades para participar en el proceso y para conocer y reclamar sus derechos⁵⁵.

Bajo esta perspectiva, la legitimidad de una medida depende del grado en el cual aquellos que se ven afectados por ella tuvieron participación en el proceso de toma de decisión y la oportunidad que tuvieron para influenciar los resultados⁵⁶. Y es que, siguiendo a Habermas, es necesario que aquellos individuos que se ven afectados participen en el discurso público y justifiquen aquello que constituya un trato igualitario o no⁵⁷. Si todos aquellos afectados participan del proceso de diseño de la política pública de forma igualitaria y sin discriminación, la política resultante será más idónea⁵⁸.

Considero que esta nueva aproximación a la elaboración de políticas públicas deviene en necesaria para generar el mejoramiento de relaciones inadecuadas (laborales, en el hogar o de acceso a servicios y ciudadanía) y el reforzamiento cotidiano de la inclusión de las personas o grupos focalizados en diversas relaciones

53 R. BREGAGLIO, R. CONSTANTINO y C. CHÁVEZ, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, 21.

54 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ob. cit., p. 22.

55 Ídem.

56 I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 5-6

57 J. HABERMAS, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, C. CRONIN y P. DE GREIFF (eds.), Massachusetts, MIT Press, 1998, p. 210.

58 I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 29-30.

sociales⁵⁹. Asimismo, se enriquece con los estándares existentes en el DIDH⁶⁰ y se vuelve una forma de hacerlos cumplir. Por lo tanto, creo que la afirmación plena de los derechos humanos pasa necesariamente por afirmar un contenido amplio y dinámico de la igualdad y no discriminación como normas imperativas que tienen consecuencias concretas en la generación de políticas públicas con un enfoque de derechos humanos.

3. INCLUSIÓN Y DEMOCRACIA O HACIA UNA INCLUSIÓN DEMOCRÁTICA

El modelo de inclusión que se deriva del DIDH encuentra en el sistema democrático el ámbito de aplicación más acorde con sus características. Ciertamente, el proyecto democrático es inclusivo por definición, aunque no estático, por lo que dependerá del modelo de ciudadanía y concepto de ciudadano que postule (moderno, individual, racional, liberal, economicista, etc.) que la democracia termine configurándose como más o menos incluyente. En todo caso, para ser coherente, no puede poseer formas institucionalizadas y culturalmente legitimadas de exclusión, como la exclusión de la participación de individuos y de grupos sociales menospreciados injusta y sistemáticamente⁶¹.

En la práctica de nuestra región, además, la idea de inclusión se encuentra inevitablemente vinculada a las de democracia y derechos humanos, visión que se apoya en los instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De aquí se desprende que si bien la democracia representativa se centra en la participación de la población en la elección de los gobernantes⁶², la naturaleza de la democracia representativa no se agota con esta concepción, sino que, también y fundamentalmente, genera un marco apropiado para que los Estados cumplan, a nivel interno, con las obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos humanos⁶³.

59 J. M. IGUÍÑIZ ECHEVERRÍA. Inclusión/exclusión en perspectiva relacional y desarrollo humano, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 32.

60 V. ABRAMOVICH. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado para *Derechos y desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo*, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 24.

61 F. TUBINO. Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 143.

62 E. PERUZZOTTI. *La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación*, Debates en Sociología (PUCP) n.º 33, 2008, p. 10.

63 E. SALMÓN. El buen gobierno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relevancia para el Estado Peruano, en A. CASTRO (ed.). *Buen gobierno y derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, p. 132.

Entre los instrumentos a nivel interamericano que recogen esta vinculación entre democracia y derechos humanos se puede mencionar la Carta Democrática Interamericana, en cuyo preámbulo se afirma que

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia⁶⁴.

Ahora bien, como afirma Habermas, esto no requiere un modelo diferente de democracia, sino una actualización del sistema de derechos que existe en ella⁶⁵. En suma, reconocer que la diversidad y la contribución continua de las comunidades e individuos solo son posibles al crear un ambiente de inclusión, participación y un diálogo abierto y efectivo para facilitar una sociedad de valores compartidos⁶⁶. Con esto, la democracia se fortalece, pues una democracia débil es incapaz de garantizar la vigencia de los derechos humanos, lo que a su vez genera altos niveles de exclusión⁶⁷.

3. I DEMOCRACIA Y CONTEXTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Los periodos posteriores a regímenes dictatoriales o de conflicto armado suelen ser ocasiones en que se postula la necesidad de refundar (o fundar) verdaderos sistemas democráticos. Y es que, como afirma De Greiff⁶⁸, en los periodos de transición, un Estado debe afrontar su pasado, evaluar su presente y decidir cómo desea que sea su

64 Carta Democrática Interamericana. Aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones (Lima, Perú), el 11 de septiembre de 2001, artículo 6. Este instrumento de *soft law* ha sido “jurisprudencializado” por la Corte IDH para afirmar: “En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana (...). En dicho instrumento se señala que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, n.º 184, párrafos 142.

65 J. HABERMAS, ob. cit., p. 208,

66 A. VRDOLJAK. *Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures, and International Law*, en: A. VRDOLJAK (ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 60.

67 V. ABRAMOVICH, La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas, en: M. NAVARRETE (ed.). *Políticas Públicas y Derechos Humanos en el MERCOSUR. Un compromiso regional*, Montevideo, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2004, p. 118.

68 P. DE GREIFF. *Theorizing Transitional Justice*. En: *Nomos*, vol. 51, 2012, p. 57.

futuro por lo que, en realidad, de ser exitoso, un periodo de transición constituye el camino hacia una situación de democracia y paz en su sentido más amplio y positivo. En ese sentido, si se afirma que la justicia transicional implica un compromiso con el respeto al Estado de Derecho (democrático), este Estado de Derecho tiene que cumplir con objetivos de promover la justicia social, el reconocimiento, entre otros.

Estos periodos, además, hacen visibles las brechas de desigualdad y exclusión. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta una tensión fundamental. De un lado, los procesos de justicia transicional, aunque pueden proveer cambio, no pueden solucionar todos los problemas existentes en una sociedad. Pero, de otro, si la justicia transicional busca consolidar la democracia, no puede evitar atacar estas brechas. En ese sentido, se debe hacer un análisis de cuál es el verdadero alcance del potencial para el cambio de las políticas de justicia transicional, con el objetivo de maximizar estas posibilidades⁶⁹.

De esta manera, la inclusión se erige no solo como un elemento definitorio de cualquier contexto democrático, sino que adquiere particular relevancia cuando la exclusión de ciertos sectores de la población fue una de las causas de los periodos de graves violaciones de los derechos humanos. Esta situación, por ejemplo, se hizo patente en el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Perú. En efecto, la CVR peruana identificó que la población más afectada por el conflicto armado fue también la población más excluida. En esta línea señaló que el 75% de las víctimas eran quechuablantes de origen rural, el 35% pertenecían al quintil más pobre y el 70% tenían educación inferior a la secundaria⁷⁰. En ese sentido, se puede afirmar que la exclusión jugó un papel importante respecto a tres aspectos relacionados con el conflicto armado: (i) una estrecha relación entre la pobreza y las causas del conflicto armado, (ii) una relación entre la exclusión y el desarrollo del conflicto armado, en el sentido que la intensidad de la violencia varió de acuerdo con si la población involucrada estaba más o menos incluida y (iii) la existencia de una fuerte relación entre la pobreza y la fase posterior al conflicto, debido a que la grave violencia desplegada profundizó las condiciones económicas, sociales y culturales preexistentes en el país⁷¹.

En ese sentido, al momento de realizar sus recomendaciones, la CVR tomó en consideración estos factores y, entre otras medidas, recomendó una serie de reformas institucionales. Entre estas, se encuentra el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional, incluyéndolos “de manera importante en el proceso de reforma constitucional, con

69 C. SANDOVAL. *Transitional Justice and Social Change*. SUR-International Journal On Human Rights, 2014, vol. 11, n.º 20, p. 187.

70 CVR, *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, t. 1, pp. 157 y ss.

71 E. SALMÓN. El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2007, vol. 4, n.º 7, p. 163.

la finalidad de brindarles una protección jurídica justa y legítima como sujetos de derechos y reafirmar la diversidad y pluralidad de la nación peruana”⁷². Para lograr dicho objetivo, se sugirió, entre otras medidas, la adopción de la interculturalidad como política de Estado, el reconocimiento de la existencia legal y personalidad jurídica como pueblos y de sus formas de organización comunal y el respeto del Derecho y administración de justicia indígena, de acuerdo con los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena⁷³.

En esta misma línea, la Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición elaborada por el Secretario General estableció como uno de sus principios la necesidad de buscar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas del conflicto o el régimen dictatorial, y que se tomen en consideración las violaciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (principio 9). En ese sentido, se afirma que la paz solo puede prevalecer si las situaciones sistemáticas de discriminación, distribución desigual de la riqueza y servicios sociales, y la corrupción endémica son enfrentadas por el Estado⁷⁴.

También en materia de reparaciones, otro mecanismo de la justicia transicional, se configura un elemento esencial para insertar una perspectiva de inclusión y aquí es que se plantea el debate sobre las denominadas reparaciones transformadoras o la finalidad de desarrollo de la justicia transicional. Sobre lo primero, Uprimny ha señalado:

En efecto, ¿qué sentido tiene que la reparación consista únicamente en devolver a un campesino a su minifundio de pobreza; a una mujer a su situación de carencia de poder, inseguridad y discriminación; a un niño a una situación de malnutrición y falta de acceso a la educación; a un grupo étnico al sometimiento y la ausencia de seguridad jurídica sobre sus tierras? Sin duda, una devolución de esta naturaleza es importante en contextos como el colombiano, en los que los crímenes atroces se han caracterizado históricamente por quedar en la impunidad y en los que, por consiguiente, en la mayoría de casos no ha habido ningún tipo de reparación. Sin embargo, una reparación puramente restitutoria como ésa no aseguraría uno de los objetivos centrales de la reparación, que es garantizar la no repetición de las atrocidades, ya que se dejarían intactas muchas condiciones de exclusión que se encuentran en la base del conflicto⁷⁵.

72 CVR, *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, t. IX, 118.

73 Ídem.

74 Secretario General de las Naciones Unidas. *Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición*, 2010, p. 7.

75 R. UPRIMNY y M. P. SAFFON. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática, en C. DÍAZ GÓMEZ, N. SÁNCHEZ, R. UPRIMNY (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ/ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- DEJUSTICIA, 2009, p. 36.

La naturaleza transformadora de algunas reparaciones implica que los programas de reparación deber ser concebidos como parte de un proyecto de democracia inclusiva, sobre todo para incluir a las víctimas dentro del nuevo orden social⁷⁶. Las interacciones con el Estado en torno a las reparaciones, de ser positivas, pueden tener, además, como efecto, la toma de conciencia sobre sí mismos como ciudadanos con derechos, lo que puede llevar a exigir acceso a la justicia y un gobierno efectivo y transparente⁷⁷.

Sin embargo, es necesario reafirmar que este tipo de reparaciones no se deben identificar con una política social, ya que las primeras buscan saldar una deuda específica por violencias directas que fueron ejercidas contra ciertas víctimas⁷⁸. En esta línea, los efectos en el marco de la justicia distributiva no son esenciales, sino incidentales de las medidas de reparación, cuyo principal fin es el de proteger los derechos de las víctimas⁷⁹.

76 R. UPRIMNY. Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations, en A. MIHR. *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a Triangular Learning. The Case of Colombia*, Venecia, EUC, 2013, p. 82.

77 N. ROHT-ARRIAZA y K. ORLOVSKY. Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria, en F. REÁTEGUI (ed.), *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ, 2011, p. 528.

78 R. UPRIMNY y M.P. SAFFON, ob. cit., p. 46.

79 En el caso peruano, la CVR planteó también la creación de un Plan Integral de Reparaciones (Ley n.º 28592. Artículo 2) que preveía una serie de reparaciones de diferente naturaleza. Entre estas reparaciones estaban Programa de restitución de derechos ciudadanos: Programa de reparaciones en educación, reparaciones colectivas y simbólicas, promoción y facilitación al acceso habitacional, entre otros programas que la Comisión Multisectorial aprobaba. Respecto al nivel actual de implementación del proceso de reparaciones en el Perú, hasta el momento existen 208, 675 víctimas individuales inscritos en el Registro Único de Víctimas (RUV). Además, existen 5, 712 comunidades y centros poblados inscritos y 56 grupos organizados de desplazados no retornantes. De las víctimas individuales inscritas, 79,085 son potenciales beneficiarios del Programa de Reparaciones Económicas. Hasta la fecha se ha reparado a 76,617 de las mismas, lo que equivale al 96.97%. Respecto al programa de Reparaciones en Salud, 140, 081 de los 159,715 beneficiarios inscritos en RUV han sido afiliados al Sistema Integral de Salud (SIS). Aunque este es un número alto de beneficiarios, cabe enfatizar que existen muchos problemas en el funcionamiento del SIS, sobre todo porque no cubre varios tratamientos necesarios. (C. CHÁVEZ, *Política y reparación en el postconflicto peruano. Reflexiones a 10 años del PIR*, Lima, IDEHPUCP, 2015, véase en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/politica-y-reparacion-en-el-postconflicto-peruano-reflexiones-a-10-anos-del-pir/>). En lo concerniente al Programa de Reparación en Educación, hasta la fecha son 1171 los beneficiados. En cuanto al Programa de promoción y facilitación al acceso habitacional, el 18 de noviembre de 2014 se aprobaron los Lineamientos Generales del mismo programa, el cual tiene como objetivo permitir la implementación del mismo por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. En la misma fecha se aprobaron los Lineamientos Generales del Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos. En la actualidad, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos brinda asesoría legal mediante defensores especializados en las regiones de Apurímac, Ayacucho y Huancavelica. Por otro lado, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil elaboró un “Plan Nacional de Atención de la Problemática de la Indocumentación 2011-2015”. Respecto al Programa de restitución de reparaciones simbólicas, se ha inaugurado un museo de la memoria en Junín y el Lugar de la Memoria, la Tolerancia y la Inclusión Social en Lima. Además, el Estado ha transferido el terreno necesario para la construcción del “Santuario de la Memoria”, en la Hoyada, Ayacucho. Finalmente, en este punto, cabe mencionar que en 2014 se realizó el acompañamiento a 161 casos de entierro de víctimas de desaparición forzada. En torno al Programa de reparaciones colectivas, entre 2007 y 2014 se

4. CONCLUSIONES

La inclusión de la diversidad es una cuestión que, hoy en día, no es solo una obligación social o ética de los Estados, sino también una obligación jurídica que encuentra su fundamento en las disposiciones del DIDH. Creo además, que esta afirmación condiciona la gestión de la diversidad en el sentido de que la inclusión comprende también la definición de políticas públicas con enfoque de derechos y la afirmación de un sistema democrático inclusivo. Sin duda, esto se debe a que el DIDH es entendido como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas⁸⁰.

Al respecto, aunque en un principio la tolerancia era identificada como la razón esgrimida por el DIDH para acoger la diversidad, esta perspectiva resulta hoy insuficiente. La tolerancia no permite identificar la diversidad como parte del mismo sistema normativo, como algo propio, sino como algo foráneo. Resulta necesaria, entonces, acoger la inclusión como el estándar que se deriva del DIDH.

En ese sentido, aunque no se puede hablar en estricto de un derecho a la inclusión, esta tiene como base jurídica el principio de igualdad y no discriminación, el cual tiene naturaleza de *jus cogens*. Para que dicho principio sea respetado en plenitud, es necesario que el Estado adopte políticas, no solo de abstención de prácticas discriminatorias, sino también de adopción de medidas necesarias para garantizar una verdadera inclusión de todas las personas bajo su jurisdicción por igual. Esta tarea puede ser lograda a través de la adopción del enfoque basado en derechos humanos (EBDH) para la elaboración de políticas públicas. En mi opinión, dicho enfoque cuenta con una serie de herramientas que son las más idóneas para lograr una verdadera inclusión.

Finalmente, prestando atención a la experiencia latinoamericana, este modelo de inclusión democrática encuentra vigencia en el marco de un sistema democrático. Resulta además necesario reflexionar sobre los periodos de transición como un marco idóneo para adoptar medidas que permitan lograr el objetivo de la inclusión. Luego de periodos de violencia cuyas raíces se encuentran, en mayor o menor medida, en la exclusión de determinados sectores de la sociedad, es necesario plantear de qué forma las medidas de justicia transicional pueden eliminar el problema

ejecutaron 251 046 950.17 millones de soles en financiamiento de proyectos de infraestructura productiva o de mejoramiento de servicios básicos en 2,095 comunidades nativas, campesinas o centros poblados más afectados. (La información ha sido recabada del documento Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN), Información sobre avances en la implementación del PIR, Oficio n.º 783-2015-JUS/CMAN y del Oficio n.º 715-2015-JUS-CR/ST del Consejo de Reparaciones sobre la elaboración del Registro Único de Víctimas (RUV)).

80 V. ABRAMOVICH, Una aproximación al enfoque de Derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado para *Derechos y desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo*, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004, p. 4.

de la exclusión. En ese sentido, las reformas institucionales y las reparaciones de naturaleza transformadora, como garantías de no repetición, constituyen una herramienta esencial para poder lograr la inclusión de aquellas víctimas de la violencia que forman parte del sector más relegado de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en la formulación de políticas públicas, en: M. NAVARRETE (ed.). *Políticas Públicas y Derechos Humanos en el MERCOSUR. Un compromiso regional*, Montevideo, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, 2004.
- ABRAMOVICH, V. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina, Documento preparado para *Derechos y desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo*, Santiago de Chile, diciembre 9 y 10 de 2004.
- ABRAMOVICH, V. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, 2009, 18.
- ALZA, C., *Del ciclo de políticas a las funciones gerenciales*, Blog Valor Público, publicado el 13 marzo 2013, véase en: https://carlosalzarbarco.wordpress.com/2013/03/13/funciones_gerenciales/.
- ANDEWEG, R. *Consociational democracy*. Annual Review of Political Science, 2000, vol. 3, n.º 1.
- BREGAGLIO, R.; CONSTANTINO, C. y CHÁVEZ, C., *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014, 21.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. Aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones (Lima, Perú), el 11 de septiembre de 2001, artículo 6.
- CHÁVEZ, C. *Política y reparación en el postconflicto peruano. Reflexiones a 10 años del PIR*, Lima, IDEHPUCP, 2015, véase en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/comunicaciones/opinion/politica-y-reparacion-en-el-postconflicto-peruano-reflexiones-a-10-anos-del-pir/>.
- COMISIÓN MULTISECTORIAL DE ALTO NIVEL (CMAN). *Información sobre avances en la implementación del PIR*, Oficio n.º 783-2015-JUS/CMAN y del Oficio n.º 715-2015-JUS-CR/ST del Consejo de Reparaciones sobre la elaboración del Registro Único de Víctimas (RUV).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 943/20001, párrafo 9.3. Caso Guido Jacobs c. Bélgica.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General n.º 18, 10 de noviembre de 1989
Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 31 de 26 de mayo de 2004.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DEL APARTHEID,
Artículo II.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

CONSEJO DE REPARACIONES. Oficio n.º 715-2015-JUS-CR/ST sobre la elaboración del Registro
Único de Víctimas (RUV).

COOPER, C. *Challenging Diversity. Rethinking Equality and the Value of Difference*, Cambridge,
Cambridge University Press, 2004.

CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Repa-
raciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, n.º 184, párrafos 142.

CORTE IDH, *Caso Ximenes Lopez Vs. Brazil*. Sentencia de 04 de julio de 2006, párrafo 141.

CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Con-
sultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrafo 101. Reiterado
posteriormente en caso *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21
de septiembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 94.

CORTE IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada
con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A
n.º 4, párrafo 55.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Brown vs. Board of Education*, sentencia del 17
de mayo de 1954.

COUNCIL CONCLUSIONS ON A RIGHTS-BASED APPROACH TO DEVELOPMENT COOPERATION, EN-
COMPASSING ALL HUMAN RIGHTS, 19 de mayo del 2014.

CVR. *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2003.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

DE GREIFF, P. *Theorizing Transitional Justice*. En: *Nomos*, vol. 51, 2012.

EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Beyond Tolerance. Making Sexual Orientation
a Public Matter*, Londres, Equality and Human Rights Commission, 2009.

- GARGARELLA, R. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860) Conclusiones: igualitarismo y constitucionalismo*, Madrid, Siglo XXI, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, E. El sentido actual de la tolerancia, en M. GIUSTI (coord.) *Tolerancia. Sobre el fanatismo, la libertad y la comunicación entre culturas*, Lima, Centro de Estudios Filosóficos/Fondo Editorial PUCP, 2015.
- GIMÉNEZ ROMERO, C. Pluralismo, multiculturalismo e interculturalidad, *Educación y Futuro: revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, 2003, n.º 8.
- HABERMAS, J. *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, C. CRONIN y P. DE GREIFF (eds.), Massachusetts, MIT Press, 1998.
- HEATHER, P. *Diversity and the Roman Empire*; N. Lafi, *Diversity and the nature of the Ottoman Empire: from the construction of the imperial old regime to the challenges of modernity*; C. CLARKE, *Race and labour, forced and free, in the formation and evolution of Caribbean social structures* y otros en: S. VERTOVEC, *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014.
- IGUÍÑIZ ECHEVERRÍA, J. M. Inclusión/exclusión e perspectiva relacional y desarrollo humano, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 29.
- KOENING, M. *Diversity Interview*, MPI MMG. Véase en: <http://www.mmg.de>.
- LENZERINI, F. *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MAÍZ, R. *Los nacionalismos antes de las naciones*. Política y cultura, 2006, n.º 25.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013.
- MURCIA L.E. PÉREZ, “Seguimiento y evaluación de políticas públicas en perspectiva de derechos humanos: la experiencia de la Defensoría del Pueblo de Colombia”. Ponencia presentada en el XIV Curso Internacional – *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*, Santiago de Chile, del 9 al 13 de junio de 2003.
- mpg.de/diversity-interviews/koenig/. Citado en S. VERTOVIC. *Introduction: formulating diversity studies*, en: S. VERTOVEC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, p. 5.
- NARAYAN, D. (ed.). *Empoderamiento y reducción de la pobreza*, Colombia, Banco Mundial/Alfaomega Colombiana S.A., 2002.

O'LEARY, B. Governing diversity, en: S. VERTOVIC. *Introduction: formulating diversity studies*, en: S. Vertovec. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, p. 204.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

PARSONS, W. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas, México, 2007. Comentado en: C. Alza, *Del ciclo de políticas a las funciones gerenciales*, Blog Valor Público, publicado el 13 marzo 2013, véase en: https://carlosalzarbarco.wordpress.com/2013/03/13/funciones_gerenciales/.

PERUZZOTI, E. *La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación*, Debates en Sociología (PUCP), n.º 33, 2008.

RENOVACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: UN PROGRAMA PARA LA REFORMA (A/51/950).

ROHT-ARRIAZA, N. y ORLOVSKY, K. Reparaciones y desarrollo: una relación complementaria, en F. REÁTEGUI (ed.), *Justicia Transicional. Manual para América Latina*, Brasilia, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ, 2011, 528.

SALMÓN, E. *El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Revista Themis, 2005, n.º 51.

SALMÓN, E. El largo camino de la lucha contra la pobreza y esperanzador encuentro con los derechos humanos, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2007, vol. 4, n.º 7, 163.

SALMÓN, E. El buen gobierno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relevancia para el Estado Peruano, en A. CASTRO (ed.). *Buen gobierno y derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2014.

SANDOVAL, C. Transitional Justice and Social Change. *SUR-International Journal on Human Rights*, 2014, vol. 11, no 20.

Schachter, O. *Human Dignity as a Normative Concept*, American Journal of International Law, n.º 848, 1983.

SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición*, Naciones Unidas, 2010.

SPENCER, S. Equity for whom?, en: S. VERTOVIC, *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Routledge, 2014, p. 216.

- SUBIRATS, J. y DENTE, B. *Decisiones públicas*, Barcelona, Ariel Ciencias Sociales, 2014.
- TOURAINÉ, A. *Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia*, 2.^a edición, México, Fondo de Cultural Económica, 2002.
- TUBINO, F. Inclusión en la participación y políticas de reconocimiento, en: F. TUBINO, C. ROMERO y E. GONZÁLEZ DE OLARTE (eds.), *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, p. 151.
- TUBINO, F.; ROMERO, C. y GONZÁLEZ DE OLARTE, E. (eds.). *Inclusiones y desarrollo humano: relaciones, agencia, poder*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014.
- UNESCO. Declaración de Principios sobre la Tolerancia de 16 de noviembre de 1995, artículo 2.1.
- UNESCO. *Guidelines for Inclusion. Ensuring Access to Education for All*, Paris, UNESCO, 2005.
- UPRIMNY, R. Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations, en A. MIHR. *Rule of Law and Transitional Justice. Towards a Triangular Learning. The Case of Colombia*, Venecia, EIUC, 2013.
- UPRIMNY, R. y SAFFON, M. P. Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática, en C. DÍAZ GÓMEZ, N. SÁNCHEZ, R. UPRIMNY (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ/Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- DEJUSTICIA, 2009.
- VERA LUGO, J. P. *La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*, Universitas Humanística, vol. 62, n.º 62, 2006, p. 207.
- VERTOVEC, S., *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014.
- VERTOVIC, S. Introduction: formulating diversity studies, en: S. VERTOVEC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014, p. 3.
- VRDOLJAK, A., Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures, and International Law, en: A. VRDOLJAK (ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- WRENCH, J. Diversity management, en: S. VERTOVEC. *Routledge International Handbook of Diversity Studies*, Nueva York, Oxford, 2014.
- YOUNG, I. M., *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

JOSHUA MITROTTI VENTURA*

*Agencia Colombiana para la Reintegración
de Grupos de Personas y Alzados en Armas –ACR–*

Agradecemos a la Universidad Externado de Colombia por invitarnos a presentar una política pública de inclusión, una política pública que promueve la igualdad, que promueve entender los contextos de violencia que ha sufrido Colombia históricamente, y cómo a partir de una reconfiguración de nuestro pasado histórico podemos construir una sociedad que apalanque el desarrollo y que realmente genere igualdad de oportunidades para todos y cada uno de los colombianos.

Primero que todo, aclaro que no soy abogado, no soy profesor, pero me he desempeñado por más de 15 años como funcionario del Estado colombiano en zonas en guerra. Empecé como Defensor del Pueblo en Bojayá – Chocó, después de la masacre. Además, durante 8 años trabajé en Derechos Humanos y en Derecho Internacional Humanitario, siempre de la mano de las víctimas. Desde 2008 trabajo con los desmovilizados, lo que me permitió romper con el imaginario de que este es un país de buenos y malos, de blancos y negros. Desafortunadamente, cuando se ha vivido en una guerra que ha durado más de 50 años la paz no puede ser un referente. Creo que, en nuestro corazón, en nuestro ADN, en nuestras conductas como ciudadanos, tenemos que transformarnos, debemos entender que esto se construye con buenos, con malos, con más o menos buenos, con más o menos malos, y que esa línea es cada vez más compleja de definir.

Ahora, les quiero presentar la política de reintegración, la cual se ha venido construyendo en Colombia desde hace 12 años, que ha logrado trascender cuatro gobiernos y dos mandatarios; ha tenido muchos aciertos y, particularmente, muchos errores, sobre los cuales hemos aprendido. Somos conscientes de que trabajar con personas no es trabajar con números, no es trabajar con máquinas; es trabajar en los contextos en un país de regiones como el nuestro, lo que representa una dificultad enorme cuando uno está promoviendo la inclusión y la igualdad. Y eso es lo que hemos hecho en reintegración: construir sobre lo construido.

Durante este tiempo, también nos hemos dado cuenta de que, en Colombia, muchas de las personas que se van a la guerra se encuentran en condición de vulnerabilidad, con limitaciones para el acceso a la educación, a la salud, propiciando que sus proyectos de vida se desarrollen en la ilegalidad.

En ese marco, entendimos que solamente generando oportunidades y trabajando en la superación de condiciones de vulnerabilidad podemos afianzar el ejercicio de la ciudadanía de forma autónoma, responsable y de largo plazo, siendo este el principal objetivo de la política de reintegración.

Así, como primer punto que quiero traer sobre la mesa está la evolución institucional que ha tenido la política de reintegración. En estos 12 años hemos tenido cuatro directores, los tres que me preceden asumieron este reto, dejando de lado el

* Director de la Agencia Colombiana para la Reintegración de Grupos de Personas y Alzados en Armas – ACR.

miedo a equivocarse, asumiendo que esta política pública está en construcción, sin olvidar que el objetivo final es construir un país en paz estable y duradera.

Otro aspecto preliminar pertinente a destacar es la apuesta que el Gobierno ha hecho a la reintegración, la cual busca romper con los ciclos de violencia, afianzar mecanismos de convivencia pacífica e incorporar a todos los sectores de la sociedad bajo el principio de corresponsabilidad.

En Colombia, en los últimos 12 años, se han desmovilizado 58.000 personas, aproximadamente, de las cuales el 84% se ha acogido al proceso de reintegración, esto es, aproximadamente 48.000 personas que han abandonado las armas, producto de acuerdos de paz o de decisiones individuales, ya sea de las FARC, del ELN o de las Autodefensas Unidas de Colombia¹.

De las personas que han accedido al proceso de reintegración, el 90% llegaron con alguna afectación psicológica por causa del conflicto, y han requerido intervención para superar los distintos eventos a los que estuvieron expuestos por 20 años de guerra. Afortunadamente, el 93% de ellos han logrado superar esta situación, gracias al acompañamiento institucional, el 7% de ellos requirieron de atención especializada en salud mental, al cual han podido tener acceso por las alianzas interinstitucionales con el Ministerio de salud y los diferentes operadores que atienden esta necesidad a nivel nacional².

Adicionalmente, es preciso referir que el 75% de la gente que atendemos llegó en condición de analfabetismo siendo mayores de edad, el 46% dicen haber sido incorporados a los grupos armados organizados al margen de la ley como menores de edad. Estas son algunas de las condiciones de la población que atendemos en reintegración, sobre las cuales se construye una ruta de reintegración particular y diferenciada que dura en promedio 6,5 años y que también pretende transformar esas habilidades que eran pertinentes para la guerra, y volverlas aptas para la construcción de la sociedad.

Al día de hoy se tienen aproximadamente 22.000 personas que aprobaron su básica primaria, 8.300 aprobaron su básica secundaria, 13.200 son bachilleres, 2.700 personas hoy están estudiando educación superior y 500 son profesionales. El 55% de la gente que ingresó está en régimen el contributivo del Sistema de Seguridad Social, es decir, tienen un empleo, porque esta política desde el principio fomenta la búsqueda de alternativas productivas en la legalidad, para obtener su sustento y el de sus núcleos familiares.

Finalmente, el 76% de las personas que ingresaron al proceso de reintegración está comprometida con la legalidad, y no solamente con la legalidad entendida

1 Subdirección de Seguimiento ACR. *Sistema de Información para la Reintegración (SIR)*, septiembre de 2015.

2 Ídem.

en no participar de actores armados violentos, sino también de dar ejemplo y ser responsables como parte de una familia y de una comunidad.

Como resultado global, tenemos 9.500 personas que han culminado su proceso exitosamente, sin embargo, aún tenemos grandes desafíos, entre ellos, promover la inclusión de la población desmovilizada en diferentes sectores evitando la estigmatización³.

En Colombia somos buenos para ser implacables con el otro, para ver en el otro las peores conductas, pero somos malos para ver en nosotros las conductas que son reprochables y que no son correctas para construir una democracia. Es ahí donde debemos pensar que como parte de esta sociedad debemos ser tolerantes con el otro, y aceptar al desmovilizado como un colombiano más. La estigmatización es el escenario donde tenemos que trabajar fuertemente, la academia, el sector privado, los gremios, el Estado, pero particularmente nosotros en la función de ciudadanos, como habitantes de un barrio, de un edificio, en el entender al otro y abrir espacios para que el otro pueda tener una posibilidad en la legalidad de construir un proyecto de vida autónomo y suficiente.

No obstante, hemos avanzado en algunos aspectos, por ejemplo: con la academia, con los empresarios, hoy 25.000 desmovilizados trabajan, 9.500 de ellos en el sector privado. Ciento sesenta empresas de las más grandes de Colombia, muchas de estas multinacionales generan más o menos 1.500 empleos, pero esto sigue siendo insuficiente. La informalidad reina en un 70%, esto es un desafío enorme, la informalidad no es ilegalidad, pero está cerca y ahí también tenemos que abrir espacios democráticos para una inclusión laboral de estas personas en la formalidad⁴.

Otro reto para la inclusión de las personas en el largo plazo, es la estabilidad jurídica; sin ser abogado, sino como Gerente de Política Pública, percibo que en retrospectiva la desmovilización de paramilitares dada en el 2006, tuvo muchas dificultades. Sin embargo, estas personas confiaron en la palabra del Estado representado por un gobierno elegido democráticamente, en donde se les ofreció un tratamiento especial para los combatientes de base que no estuvieran involucrados en delitos de lesa humanidad, quienes serían juzgados por la simple pertenencia al grupo armado ilegal. Bajo esta premisa, 36.000 personas se acogieron a ese pacto, se entregaron 16.000 armas, se esclarecieron gran cantidad de crímenes y se contribuyó a la búsqueda de personas desaparecidas.

Para los comandantes y los desmovilizados que hubieron participado en la comisión de los delitos de lesa humanidad y que no se encontraban incluidos en la anterior condición, se creó un mecanismo de justicia transicional, denominado

3 Ídem.

4 Ídem.

Justicia y Paz, el cual contempla penas alternativas y beneficios jurídicos a cambio de colaboración con la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición.

Pero, ¿donde está la inseguridad jurídica? En 2007, las Cortes, particularmente la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, señalaron que no se podía establecer que estos combatientes de base estaban inmersos en delitos políticos, sino en delitos ordinarios, eso implica proceso ordinario, condenas, inhabilidades, entre otros. La cárcel en Colombia tiene una tasa de éxito de 30%⁵ y cuesta en un año \$12.000.000^[6]; por su parte, el proceso de reintegración tiene una tasa de éxito del 76%, al día de hoy, y cuesta \$5.000.000^[7].

Finalmente, creo que el proceso de reintegración es un mecanismo de resocialización, de inclusión, pero que depende que como sociedad, que como Estado y como ciudadanos, nos pongamos de acuerdo en lo que queremos, asegurar que como colombianos estamos dispuestos a recibir a miles de colombianos víctimas y victimarios que quieren rehacer su vida en la legalidad, construyendo un país mejor. En reintegración, un porcentaje mayoritario de las personas que dejaron las armas han aprovechado estas ofertas y han salido adelante con sus familias, con sus comunidades. Hoy, como parte de la reconciliación, 25.000 desmovilizados han entregado voluntariamente más de dos millones y medio de horas en trabajo comunitario con las víctimas, con los ancianos, con los niños y discapacitados. Esa es la Colombia que estamos tratando de construir, con muchas dificultades, pero con algunos avances. Queríamos aprovechar este espacio para poner este debate presente, que es político pero también jurídico, con el inmenso deseo de construir un país distinto.

5 Naciones Unidas. Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Oficina Colombia. *Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*. Bogotá. 31 de octubre de 2001, p. 25.

6 http://www.larepublica.co/economia/%C2%BFcu%C3%A1nto-le-cuesta-al-pa%C3%ADs-mantener-un-presos_34699.

7 Subdirección de Seguimiento ACR. *Sistema de Información para la Reintegración (SIR)*, septiembre de 2015.

ANTONIO D'ALOIA*

*El legado de Brown. La Constitución de Estados Unidos
y la lucha contra la discriminación racial*

1. Hace sesenta y un años, el 17 de mayo de 1954, la Corte Suprema de Estados Unidos publicó una sentencia de las que han hecho la historia de la jurisprudencia constitucional americana, y más en general del camino de la libertad y los derechos civiles, desarrollando legados fundamentales que han ido más allá del campo de la discriminación racial¹. Al decidir sobre el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, la Corte Suprema lo declaró inconstitucional porque es contrario a la Cláusula de Igual Protección de la XIV Enmienda, el sistema de segregación racial en la escuela pública, basado en la hipócrita fórmula “separados pero iguales”, que siempre había sido apoyada por la Corte Suprema, como “racialmente neutral”, en el sector del transporte público, en el caso *Plessy v. Ferguson* 1896, con declaraciones que hoy en día son realmente inaceptables, como cuando la Corte escribió que “la ley no puede erradicar instintos raciales ni abolir las distinciones basadas en diferencias psíquicas” o que la segregación crea un estigma de inferioridad no “por ninguna razón que se encuentre en el acto en sí, sino solo porque la raza de color decide superponer tal construcción”. Frente a esta opinión de la mayoría de los jueces, Harlan desarrolló una disidencia que era, en cierto sentido, profética, y que encontramos tanto en la motivación de *Brown* como en las opiniones de Kennedy en “casos de la ley de sodomía” (y, especialmente, en el famoso juicio *Lawrence v. Texas* en 2003):

La separación arbitraria de los ciudadanos, sobre una base racial, mientras que están en la vía pública, es una insignia de servidumbre totalmente incompatible con la libertad civil y la igualdad ante la ley que establece la Constitución. No se puede justificar con ningún fundamento jurídico.

De hecho, legislación como esta en cuestión es inconsistente no solo con que la igualdad de derechos corresponde a la ciudadanía, nacional y estatal, sino con la libertad personal disfrutada por todos en Estados Unidos.

Todo el mundo sabe que las posiciones en cuestión tenían su origen en el propósito, no tanto de excluir a las personas blancas de vagones de ferrocarril ocupados por los negros, sino de excluir a las personas de color de los entrenadores ocupados por o asignados a personas blancas.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Parma. Fue director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la misma facultad entre el 2002 y el 2006. Ha sido profesor visitante en la Universidad de Reading (Reino Unido), Fordham University of New York (Estados Unidos) y Boston College (Estados Unidos).

1 M. MINOW, *In Brown's Wake. Legacies of America's Educational Landmark*, Oxford University Press, 2008, 5-6, e 189, subrayando que “*Brown se invoca en cada nueva lucha por los derechos civiles. Un legado clave del caso Brown v. Board of Education es que la gente ahora convencida de su exactitud se pregunta cuál será la próxima lucha análoga para dentro de medio siglo*”.

La raza blanca se considera a sí misma como la raza dominante en este país. Y así es, en el prestigio, en logros, en educación, en riqueza y en el poder. Así que, no lo dudo, lo seguirá siendo siempre, si se mantiene fiel a su gran patrimonio y se aferra a los principios de libertad constitucional. Pero en opinión de la Constitución, a los ojos de la ley, no hay en este país una clase superior, dominante, gobernante de ciudadanos. No hay castas. Nuestra Constitución es daltónica (*colorblind*) y no conoce ni tolera clases entre los ciudadanos. Con respecto a los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

En *Brown*, la Corte impugna directamente y de forma absoluta el criterio de la segregación racial (ya ‘vergonzoso’ para el país que luchó en la Segunda Guerra Mundial en nombre de la libertad, y tuvo que hacer frente al “enemigo” soviético y su capacidad para conquistar socios diplomáticamente, especialmente entre los países en desarrollo: para este argumento, según el cual *Brown* fue apoyado por razones oportunistas también por el establecimiento blanco, (ver un maravilloso artículo de la década de los 60 de Derrick A. Campana Jr.), y lo excluye claramente del ámbito escolar (“en el campo de la educación pública, la doctrina de ‘separados pero iguales’ no tiene lugar. Instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales”), como un hecho en sí mismo discriminatorio, que priva a los niños de un grupo minoritario de un derecho (a la igualdad de oportunidades educativas) que “debe ser puesto a disposición de todos en igualdad de condiciones”, simplemente porque la escuela tiene la obligación intrínseca de desarrollar el espíritu cívico y favorecer la integración social; y esto sin tener en cuenta la posible (pero en realidad solo era una ficción) equivalencia de los servicios disponibles en las escuelas para negros y en las escuelas para los blancos (“... a pesar de que las instalaciones físicas y otros factores tangibles de escuelas de blancos y negros pueden ser iguales”).

2. Fue una sentencia llena de implicaciones interpretativas aún más generales, más que del tema ‘racial’. Muy significativo, por ejemplo, es el paso de la interpretación evolutiva de la XIV Enmienda (criticado por Alexander Bickel en su famoso libro *The least dangerous branch*, y otros estudiosos americanos). La Corte habla de ‘naturaleza inconclusa de la historia de la Enmienda’, argumentando abiertamente que la norma constitucional debe ser leída a la luz de los cambios sociales y culturales: “al abordar este problema, no se puede dar marcha atrás a 1868, cuando la Enmienda fue adoptada, o incluso a 1896, cuando se escribió *Plessy v. Ferguson*. Debemos considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su lugar actual en la vida estadounidense a lo largo de la Nación...”. Como escribe Cass Sunstein en su maravilloso libro *A Constitution of Many Minds* (p. 219), “si estamos hablando de Fundadores de la Constitución, hay que incluir no solamente a Madison y Hamilton, y sus compatriotas, sino también a Abraham Lincoln, ... Franklin Delano Roosevelt, Martin Luther King, Lyndon Johnson ..., y un sinnúmero de figuras públicas dentro y fuera del gobierno. Los ciudadanos comunes han jugado un papel crucial, sin duda, en la medida en que sus juicios tanto de hechos como de valor han ayudado a

motivar nuevas interpretaciones de la Constitución a través del compromiso activo de los ciudadanos. Pero el contenido de la Constitución estadounidense ha cambiado significativamente como resultado de las creencias y los compromisos de los ciudadanos, evolucionando en el tiempo. Los estadounidenses celebran la estabilidad de su Constitución. Pero el cambio generacional es un hecho de la vida constitucional”². De esta manera, el Tribunal libera la cláusula de igual protección y la XIV Enmienda de los acontecimientos históricos de la esclavitud y la Guerra Civil, ampliando el radio de aplicación. No es casualidad que, en los próximos pasos de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el enfoque originalista se utilice, sobre todo, para remarcar los significados individualistas del principio de igualdad, y para desafiar la diferenciación de las medidas preferenciales en función del objetivo perseguido: la discriminación es siempre injusta, incluso si se hace para reparar una discriminación anterior. En otras palabras, serán sobre todo los jueces opuestos a las *acciones positivas* a utilizar el criterio originalista (Scalia en cierto sentido es el campeón de esta corriente interpretativa), aunque ha habido ejemplos de un uso progresista de la intención original.

Volviendo al caso Brown, también poco común (al menos por ese tiempo) es el recurso de la Corte Suprema a los argumentos extraídos de otras ciencias sociales (argumentos esencialmente psicológicos, antropológicos y sociológicos) para subrayar los efectos negativos e inconstitucionales de los institutos objeto del juicio sobre aspiraciones, autoestima, objetivos de emancipación de las personas de color: se lee en la opinión (escrita por el Juez presidente Warren) que “la segregación de niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color. [...] Un sentimiento de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación con la sanción de la ley, por lo tanto, tiene una tendencia a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”.

3. Más allá de estos perfiles por así decirlo ‘generales’, Brown es considerado uno de los pilares de la historia constitucional y jurídica estadounidense en términos de integración racial. Un verdadero ‘acto revolucionario’³, según muchos estudiosos americanos, que revive y pone ‘en acción’ la potencialidad traicionada o simplemente abandonada de la XIV Enmienda y del *Civil War Act*. El racismo y el legado de la esclavitud (como ‘institución peculiar’, según Kendall y Zanetti⁴) en

2 C. SUNSTEIN, *A Constitution of Many Minds*, Princeton, 2009, p. 219.

3 Así, P. B. KURLAND, en un famoso ensayo, *Egalitarianism and the Warren Court*, in 68 Michigan Law Rev. 629, 1970.

4 K. THOMAS e GF. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005.

la sociedad y en el derecho estadounidenses no pudieron ser cancelados de repente solo por una sentencia.

Si pensamos en las numerosas “Jim Crow laws” o la “anterior” *Dred Scott v. Sandford* de 1857, cuando la Corte Suprema sancionó el principio según el cual los negros no pueden ser considerados ‘ciudadanos de un Estado de los Estados Unidos’ y por consiguiente no tenían título para iniciar una acción ante un juez federal, y en un *obiter dictum* vino a conectar la condición de los esclavos a la noción de la propiedad privada; unos años antes, un tribunal de primera instancia en el caso *Bailey v. Poindexter’s Ex’r*, condenaba además que “... el esclavo no es una persona, sino una cosa. La investidura de un bien mueble con derechos civiles o capacidad legal es de hecho un solecismo legal y un absurdo... implica una contradicción palpable en términos”.

La situación permaneció durante muchos años fragmentada e incierta: basta pensar que solo en 1967 el Tribunal Supremo anuló la prohibición del matrimonio interracial (caso *Loving v Virginia*). También *Loving*, como se conoce, ha ido más allá del problema de la raza, convirtiéndose hoy en día en precedente fundamental para la batalla sobre el matrimonio homosexual. Es un fuerte paralelo, que dramatiza las apuestas: el homosexual como el Negro, *Brown* como una referencia de una sentencia que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de sodomía, y exactamente *Loving* como símbolo de un “derecho al matrimonio”, que no puede encontrar ninguna limitación, ni por razones de raza ni relacionadas con el sexo de los cónyuges⁵.

Además, eran necesarias otras decisiones (entre 1954 y 1956), desde “*Brown v. Board II* de 1955, en la que la Corte resolvió que la des-segregación se llevara a cabo “con toda la velocidad deliberada”, para eliminar la *doctrina* de la segregación de otros sectores de la vida pública y social: los parques públicos, instalaciones deportivas, playas públicas, el transporte municipal.

Destaca, por permanecer en este último ejemplo, el caso *Browder v. Gayle*, que se originó en el acto de resistencia pasiva de *Rose Parks*, que en diciembre de 1955, en la ciudad de *Montgomery* (Alabama), mientras regresaba a su casa en un autobús municipal, se negó a levantarse de un asiento reservado para blancos, por lo que fue detenida y encarcelada por conducta impropia y por violar el reglamento. Un Tribunal de Distrito de Alabama, en un fallo confirmado por la misma Corte Suprema de Estados Unidos declaró que “la separación forzada de pasajeros blancos y negros en los autobuses de motor que operan en la ciudad de *Montgomery* viola la Constitución y las leyes de los Estados Unidos” porque priva a las personas de color de la igual protección de la XIV Enmienda. Los derechos necesitan a alguien

5 B. ACKERMAN, *We the People: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, p. 230.

que en un cierto punto luce por su realización (como destaca con precisión el título de un libro de Tommaso Frosini). Para Alan Dershowitz, los derechos surgen de la injusticia, y de la denegación o controversia del abuso por parte de autoridades públicas o de otros sujetos.

4. En resumen, volviendo a Brown, dicha sentencia fue un punto de inflexión a pesar de (o quizás debido a) sus límites y las dificultades encontradas en la aplicación del principio de la des-segregación. Como recuerda Ackerman, incluso diez años después de la histórica sentencia sobre la des-segregación en el sur de los Estados Unidos solo el 6% de los estudiantes negros asistían a escuelas de estudiantes blancos, y en algunas decisiones de tribunales inferiores se atestigua una lectura claramente devaluativa de Brown, en el sentido de que “Nada... en la decisión de la Corte Suprema le quita a las personas la libertad de elegir las escuelas a las que asisten. La Constitución, en otras palabras, no requiere la integración. Simplemente prohíbe la discriminación”. Una distinción sutil, pero muy pesada, ya que cedió a la presión intimidatoria, la elección hecha para evitar la humillación de ser todavía “independiente” y no deseado⁶. Ahora, el propósito de este trabajo es reconstruir el legado de esta decisión, lo que sucedió *después* de Brown y *gracias* a Brown.

La “resistencia” a la decisión de la Corte, los obstáculos para su aplicación plena y eficaz, si de un lado puso al descubierto las debilidades de un enfoque que permaneció vinculado formalmente a una lógica “individualista” y “daltónica” del principio de igualdad, de otro lado era la prueba de que la discriminación racial debía ser combatida con políticas y medidas más fuertes, de carácter “promocional”, capaz de corregir y reorientar las estructuras jurídicas y económico-sociales.

La batalla de la integración se enriquece de instrumentos más fuertes, que apuntan a cambiar la sociedad y no simplemente a corregir los errores y violaciones establecidas específicamente.

En consecuencia, el principio antidiscriminatorio asume una versión ‘sustancial’ y colectiva: la necesidad de conseguir la igualdad racial no se aplica a los sujetos individuales que de vez en cuando llevan a juicio casos de discriminación, pero en realidad la población de color, todo el grupo minoritario, y al mismo tiempo la obligación de reparar la discriminación no se descarga solo en aquellos que han cometido una conducta discriminatoria, sino en toda la sociedad. ¿Cuáles han sido las etapas de esta transformación?

Ciertamente, la primera y quizás la más importante es la Ley de Derechos Civiles de 1964, definida por algunos estudiosos como el proyecto de ley más importante de los derechos civiles del siglo.

6 B. ACKERMAN, pp. 235 y ss.

A ella se añadió al año siguiente la Ley de Derechos Electorales⁷. Como señala Ackerman⁸, la Ley de Derechos Civiles “había salvado a Brown reuniendo al Congreso, al Ejecutivo y al poder judicial en un esfuerzo conjunto”. La intervención del solo poder judicial amenazaba con convertirse en un arma contundente. En una sentencia inmediatamente después de la CRA (me refiero a Estados Unidos v. Jefferson County Board of Education, 1966) muestra una conciencia de que la doctrina de la segregación no podía ser combatida solo a través de la libertad de elección de las familias de los estudiantes negros (libertad más aparente que real), o el “principio anti-humillación” declarado por el juez Warren en 1954. La segregación escolar era un reflejo de un problema más grande, una especie de “corriente principal de la vida estadounidense”, y es que “los negros deben mantener su lugar”⁹; en consecuencia, la lucha se llevó a cabo en todas las esferas de la vida política, económica, social.

En los años 60, la novedad de la CRA se refleja en los nuevos “casos de desegregación” de los años 60, en que la Corte Suprema pasa de la prohibición de la segregación a la obligación de promover la integración escolar, por un lado, mediante la eliminación de criterios de inscripción formalmente neutrales pero sustancialmente segregacionistas (tales como los relacionados con la proximidad de los estudiantes de escuelas residenciales en el Instituto), por otro lado permitiendo a los distritos escolares promover políticas destinadas a tener un número mínimo de estudiantes negros en cada escuela (casos Green, 1968, y Swann, 1971).

En segundo lugar, estamos asistiendo a la aparición y consolidación de la teoría del “impacto dispar”, según la cual porque se confronte una discriminación racial no es necesario que los procedimientos y conductas examinadas sean abordados intencionalmente con el fin de discriminar, pero es suficiente que el resultado sea objetivamente discriminatorio, y es que el nivel de hechos se han producido efectos desproporcionados en relación a la consistencia de los grupos raciales (caso Griggs, 1971). Por último, la estrategia de las “acciones positivas”, es decir, las medidas para obtener beneficio directo para los miembros de minorías de color resultan “positivas”, de utilidad, preferibles (en el acceso a la universidad, la adjudicación

7 En esta última, ver el reciente caso de *Shelby County, Alabama, v. Holder*, decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en una sentencia (5/4, de 25.6.2013), que juzga inconstitucional § 5 del VRA en la parte en que sostenía los eventuales cambios de la legislación electoral solo de algunos Estados (las denominadas ‘jurisdicciones cubiertas’) a una aprobación especial por parte del gobierno federal: para la Corte 50 años después, las cosas han cambiado, no son más que condiciones de discriminación racial en la votación que había infectado el proceso electoral (gracias también a esta regla) y por lo tanto una medida extraordinaria como esta, que “autoriza la intrusión federal en zonas sensibles de la formulación de políticas estatales y locales, y” a pesar de nuestra tradición histórica que todos los Estados gozan de igualdad de soberanía”, ya no se justifica.

8 B. ACKERMAN, p. 236.

9 B. ACKERMAN, p. 237.

de contratos públicos, en las competiciones, etc.)¹⁰. Y aquí, podemos decir que, en cierto sentido, el poder judicial le devuelve el favor al legislador. Como el CRA había fortalecido los esfuerzos de lucha contra la discriminación, mostrando al país que todas las instituciones republicanas estaban, al menos formalmente, empeñadas en construir sociedad respetuosa de la cláusula de igual protección, así la jurisprudencia de la Corte Suprema (y los mismos tribunales de mérito) tiene esencialmente avalada la práctica de tratamientos preferenciales, que parecían fuera del radio de acción y de las posibles aplicaciones de la CRA. Lo hizo, de una manera única, a través de técnicas procesales de selección de casos, como la *denegación de certiorari*, o la terminación de asunto del concurso.

5. Las *acciones positivas* en realidad han sido el más poderoso y controvertido instrumento para combatir la discriminación racial y para promover la igualdad en sí y en el acceso a oportunidades.

Ha sido una experiencia tormentosa, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal que ha acompañado y determinado los desarrollos. Una jurisprudencia difícil, que nunca ha tenido aceptación plena, y tal vez nunca ha ‘borrado’ definitivamente el modelo de las acciones positivas.

Lo que sale es una sucesión de directrices interpretativas absolutamente asimétricas y no lineales, donde el fenómeno de las decisiones internamente “fragmentadas” (entre opiniones mayoritarias, opiniones “discrepantes y concurrentes”) se acentuó por un ‘oportunismo metodológico’, con los mismos criterios interpretativos ‘intercambiaron’ en contextos diversos de partidarios y detractores de los “tratamientos preferenciales”.

Un emblemático caso del originalismo, utilizado rutinariamente en apoyo de una visión individualista y daltónica de la cláusula de igual protección, y sin embargo, a veces se coloca dentro de senderos interpretativos de signo “progresista”, como en la insistencia de algunas opiniones (por ej., al juez Marshall en el caso Bakke de 1979) sobre las raíces de las acciones positivas y de los significados de enmiendas constitucionales de 1868 sobre *Fredmen's Bureau Act* dos años antes, que reservaba algunos asientos a los negros.

La Corte Suprema, con un uso no siempre “transparente” y predecible de su poder para seleccionar los casos, o esperando inteligentemente la cesación de la materia en concurso, a menudo optó por no decidir casos que se referían al trato preferencial basado en la raza, evitando así la necesidad de expresar su opinión sobre la compatibilidad o no de las acciones positivas con respecto a la interpretación de la Constitución de Estados Unidos y sus cláusulas ‘indeterminadas’ (como precisa

¹⁰ Al respecto, remito a mi *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, pp. 147-220; ver. también D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, pp. 123-21.

la de la Protección de la Igualdad). Un ejemplo relevante es el caso De Funis de 1974, sobre el estudiante blanco que en el examen de ingreso a la universidad, habiendo obtenido una mayor puntuación, ha visto su puesto sustraído por un estudiante afroamericano. Su ingreso fue denegado por la cláusula que la universidad había aplicado reservando una cuota de ingreso para los estudiantes pertenecientes a la minoría de color. El estudiante blanco recurre a la Corte Suprema señalando que este comportamiento viola su derecho a la igual protección, de acuerdo con una interpretación daltónica o “ciega ante el color” de la Constitución¹¹.

En esta ocasión la Corte, dada la importancia del caso respecto a la opinión pública, decide enfrentarse a él, pero lo hace, por decirlo así, “con calma”, después de tres años del recurso, momento en el cual el estudiante excluido tuvo éxito (el año siguiente a la primera exclusión) para entrar en la misma universidad, perdiendo así el interés en la denuncia. El resultado entonces es meramente procesal: “cese de la materia de concurso”. En el fondo, sin embargo, sigue siendo una pesada disidencia por el juez Douglas, según el cual el modelo de acciones positivas “orientado a resultados” (cuotas) está en contra de la cláusula de igual protección. El período de máxima difusión de las acciones positivas se alcanzará en los años setenta y ochenta, cuando hacen un número cada vez mayor de las políticas de igualdad y, por tanto, también los beneficiarios de las mismas. Y en este punto, la Corte participa, no solo ‘pasivamente’, en la legitimación del modelo. Pero vamos en orden. En 1971, como se mencionó anteriormente, con la sentencia *Griggs vs. Duke Power Co.*, la teoría del *impacto dispar* (discriminación indirecta) es una formulación convincente: porque sea vista una discriminación racial no es necesario que los procedimientos y comportamientos observados sean abordados intencionalmente con el fin de discriminar, pero es suficiente que el resultado sea objetivamente discriminatorio, y es que a nivel de hechos, se han producido efectos desproporcionados (*impacto dispar*) con respecto a la consistencia de los grupos raciales.

Mejor dicho, este *impacto dispar* no tiene en sí mismo una situación discriminatoria, sino una presunción de discriminación, lo que impone al empleador (empresa o sociedad profesional) la carga de probar la legalidad de los procedimientos seguidos en la misma forma en que los requisitos vinculados a tipo de trabajo ofrecido (*necesidad de la empresa*)¹².

11 Sobre el punto, en clave de discusión crítica, ver N. GOTANDA, “*La nostra costituzione è cieca rispetto al colore*”: una crítica, in *Legge, razza, diritti*, cit., pp. 27-69.

12 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, (1971). Sobre el hecho que dio origen al caso *Griggs*, v. la síntesis de M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pp. 195 ss. La importancia de tal sentencia es subrayada entre otros por J. DREYFUSS, L. CHARLES, *The Bakke Case: The Politics of Inequality*, New York, 1979, p. 240, por los cual si *Brown* ha establecido el principio de igualdad racial, *Griggs* ha exigido que se realice en la práctica.

La igualdad o desigualdad injusta se convierte, después del caso Griggs, en un problema estadístico¹³, de esta manera 'objetivándose' y justificando su configuración como un problema de la sociedad en su conjunto, que la Administración está llamada a enfrentar y resolver de forma independiente de si ella misma causó el daño.

Ya esto en sí mismo constituye un elemento de apertura al discurso de las medidas preferenciales en el sentido estricto. En base a ambos perfiles, existe la idea de que la discriminación y la igualdad son un problema que no concierne tanto o solo al individuo, sino a la sociedad y a su segmento colectivo. El efecto indirecto de la sentencia Griggs es notable. Las empresas están efectivamente 'empujadas' a preparar programas de acciones positivas para evitar incurrir en las rejillas estadísticas implicadas en el concepto de discriminación indirecta. El esfuerzo de la jurisprudencia constitucional estadounidense no puede, sin embargo, producir resultados consolidados, dejando sobre el terreno las señales que afectan al manejo del modelo. Este es uno de los ámbitos en los que más que las sentencias cuentan las opiniones de los jueces, que atraviesan todas las etapas del itinerario jurisprudencial de la Corte, por no hablar de lo que es posible hacer frente a la red, capaz de dirigir con claridad y sin equívocos o "conos de sombra", la actividad de los tribunales ordinarios y las autoridades públicas.

6. El símbolo en cierto sentido del carácter oscilante de la orientación interpretativa de la Corte Suprema estadounidense sobre el tema de las "acciones positivas", que es la sentencia de 1979 sobre otro caso de admisión a la educación universitaria (caso *Regent of the University of California v. Bakke*), donde el desarrollo de las acciones positivas sigue la tendencia registrada en general por el sector laboral (privado y público) y de la contratación: aparente cierre del *Civil Rights Act* (en particular, el Título VII), pionero de un órgano administrativo del Estado, en el *Departamento de Salud, Educación y Bienestar* (HEW), que en una directiva publicada en 1973^[14] instó a las universidades a promover acciones positivas para superar los efectos de las prácticas discriminatorias del pasado que seguían obstaculizando la plena utilidad y la accesibilidad de los servicios ofrecidos (por miembros de grupos minoritarios)¹⁵. La pronunciación declaró que bajo ciertas condiciones es legítimo promover las diferencias raciales en el ámbito estudiantil: a favor de la presente sentencia estuvieron cinco jueces y cuatro en contra, y uno de los cinco, el juez Powell, expresó una evaluación de admisibilidad, en general,

13 G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Parigi, LGDJ, 1998.

14 El texto de la directiva se establece en los puntos esenciales de G. CALVÈS, *L'affirmative action*, cit., p. 58.

15 438 U.S. 265 (1978). El caso se refería a la exclusión de un blanco (exactamente Alan Bakke) de los procedimientos de acceso a la Facultad de Medicina, a pesar de que tenía una puntuación más alta que otros candidatos, pertenecientes a minorías raciales, preferidos por un programa universitario que les reserva el 16% de las plazas disponibles, proporcionando mecanismos de selección diferenciados y menos selectivos.

y bajo ciertas condiciones del modelo, rechazando la medida específica en virtud de la citada sentencia.

No hay ganadores, ni perdedores: la cuestión sigue abierta a cualquier solución¹⁶, pero mientras tanto se discute y tematiza todos aquellos que serán en el futuro los argumentos del conflicto. La misma opinión de Powell parece difícil de descifrar¹⁷, distinguiéndose también del coro de voces favorables a las acciones positivas como posible contenido de una lectura evolutiva y ‘sustancial’ de la igualdad. Para él, la elegibilidad de las medidas preferenciales puede ser delineado alrededor del objetivo (interés público apremiante) de la diversidad cultural del alumnado¹⁸, que es reconducible a la esfera de la libertad académica derivada de la enmienda. Pero en cualquier caso, esta búsqueda de la integración y la diversidad cultural no puede negar la comparación equitativa entre todos los candidatos, y su derecho a ser tratados como individuos.

En resumen, la posición de Powell sobre la cláusula de igual protección es muy similar a la de los detractores de las medidas preferenciales¹⁹.

De este modo viene a delinarse una imagen de máxima fragmentación, no solo en número sino por la fragilidad misma de la línea de compatibilidad del modelo de acciones positivas con la interpretación de la cláusula constitucional de igual protección, bajo la lente del pluralismo cultural, de la promoción de la diversidad racial de los estudiantes universitarios; una línea que, como se verá, todavía existe hoy, aunque cada vez más diluida en su fuerza persuasiva. La caída de las acciones positivas, después de una serie de decisiones judiciales siempre (y solo) ‘parcialmente’ favorable, se manifiesta al final de los años ochenta a través de un marcado retroceso del modelo teórico.

En la decisión Croson 1989, por esto definida en la opinión disidente de Marshall, Blackmun y Brennan como “un paso de gigante hacia atrás” en la historia jurídica de las acciones positivas, la Corte rechaza la lógica de la discriminación social pasada como un elemento de legitimación de las medidas preferenciales

16 G. CALABRESI, *Bakke as Pseudo-Tragedy*, in *Catholic University Law Rev.*, 1979, vol. 28, p. 431.

17 “In sum, the admission that process can be race conscious, but not too much”, K.L. KARST, H.W. HOROWITZ, *The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine*, in *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 14, n.º 1, 1979, p. 8.

18 Sobre el argumento de la diversidad cultural usado por POWELL in *Bakke*, v. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 299. Contra el tema de la diversidad, J.N. EULE, *Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting*, in *The Supreme Court Rev.*, 1990, pp. 105 y ss.

19 En el lado opuesto, el grupo “progresista”, encabezado por el juez Brennan, se basa completamente en la noción de “estigma”, pero utilizandola en modo invertido respecto a Powell, como un criterio para distinguir entre las clasificaciones raciales discriminatorias- y por tanto, para invalidar- y clasificaciones mas bien “benignas”, a sostener en el ambito de una lectura sustancial del fundamento de la igual protección, a entenderse esencialmente como “ciudadanía igual” (igualdad de los ciudadanos). En particular, “los candidatos blancos que no eran elegibles para el programa de las minorías no eran de ningún modo degradados o estigmatizados; no hubo negación de su humanidad, su valor como personas”.

actuales. El fallo anula una medida preferencial adoptada por la Ciudad de Richmond, que declaró, de conformidad con la Ley de Obras Públicas de 1977, que no menos del 30% de los contratos públicos adjudicados por la administración local debe reservarse para las *Minority Business Enterprises* (MBE), es decir, las empresas en las que prevalecían –entre los socios y/o empleados– la participación de miembros de minorías étnicas y raciales (incluyendo, como siempre, en primer lugar, la minoría Negra). El objetivo explícito del programa de acciones positivas fue la eliminación de las consecuencias discriminatorias y estigmatizadoras de un pasado infrarrepresentado y la desventaja social y económica de estas comunidades raciales. En la opinión concurrente de Stevens, que hasta entonces había dado su apoyo a la formación de mayorías favoreciendo a los programas de acciones positivas, las cuotas son el resultado del razonamiento estereotipado, porque determinan desventajas para los que no han contribuido al comportamiento discriminatorio contra las minorías protegidas, y utilidad para otros que nunca han sido víctimas.

Emerge, entonces, el paradigma de las “víctimas inocentes”, es decir, los que pertenecen a la mayoría blanca, la categoría no preferida por las acciones positivas, respecto a lo que uno se pregunta por qué tienen que pagar hoy por la discriminación cometida ayer por sus padres. Colapsando de esta manera el pilar de la discriminación social que constituía la justificación de las acciones positivas, parecía difícil de justificar (desde el punto de vista del “interés público apremiante”) excepto en una perspectiva individualista y de reacción a un comportamiento abiertamente e intencionalmente discriminatorio.

Está claro que, en una perspectiva “redistributiva”, “social”, del modelo del trato preferencial, no tiene sentido considerar el problema de las “víctimas” y, por tanto, preguntarse si han o no contribuido a la discriminación que pretende contrarrestar y superar. La discriminación es el producto histórico objetivo (independiente de la conducta voluntaria, decisiones, elecciones) de una estructura social, y de la sociedad en su conjunto, con sus instituciones y personas que han hecho parte de las clases favorecidas, quienes deben hacerse cargo de las medidas necesarias para corregir la situación²⁰.

Y conduce a resultados no diferentes del enfoque de Rosenfeld sobre la justicia como “reciprocidad reversible”; también en este último ajuste de hecho, la justificación constitucional de las acciones positivas como un remedio a un contexto de

20 Cfr. R.J. FISCUS: “only racism, (...), can explain the failure of racial minorities to attain their deserved proportion of the society's important benefits that they would have on the basis of their numbers in the society. From that, and form the assumption that racism is indisputably unfair, it follows that minorities have the right to claim proportional benefits for themselves”. La configuración de las medidas *race-conscious* en benigna como “important governmental objective, even if those measures are not remedial in the sense of being designed to compensate victims of past governmental or societal discrimination”, por la opinión mayoritaria expresada por Justice Brennan en *MetroBroadcasting*, cit., en R.J. FISCUS, o.c., 140, note 9-10.

exclusión sistemática basada en la raza o el sexo (base racial o de género), no requiere un enlace de compensación con una mala conducta específica de la Administración Pública (malhechores estatales), podrían los poderes públicos ser llamados a responder de esta imagen concretamente racista o sexista del mecanismo y de los procedimientos de funcionamiento de las instituciones o de la sociedad también si no la han determinado directamente, sino solo fomentado o tolerado (totalidad de circunstancias abordadas²¹).

Más en general, en el análisis de Dworkin, la justificación adecuada de los programas de acción positiva se conecta al reflejo de beneficios sociales (integración más rápida de la fuerza laboral, reducción de la tensión racial, cohesión social, desarrollo de un modelo deseable de sociedad sin estereotipos negativos, mejores servicios para las minorías, diversidad cultural y pluralismo del alumnado²²) que los resultados de esas medidas producen. En este sentido, para Dworkin, “la desventaja para los candidatos como De Funis es un costo que se debe pagar para un mayor beneficio colectivo”²³, y son estos beneficios sociales, precisamente los que compensan los daños injustos sufridos por víctimas inocentes²⁴, constituyen un criterio eficaz para distinguir las diferencias entre los “propósitos benignos” o discriminatorios en modo odioso (podríamos decir “en contra...”) ²⁵

El tema de las víctimas inocentes se convierte en una verdadera divisoria entre dos concepciones de la igualdad: la resarcitoria (en la que se trata de demostrar que en contra de una persona se ha producido el comportamiento discriminatorio y por lo tanto es oportuno recurrir a un instrumento de contraste de la discriminación como las acciones positivas) y la promocional o la redistributiva, en la que al contrario, las acciones positivas se pueden utilizar como un instrumento de cohesión social y de integración y reequilibrio de las condiciones de discriminación y de exclusión sistemática de una minoría racial objetivamente presente en la estructura dinámica

21 M. ROSENFELD, *Affirmative action and justice. A Philosophical and Constitutional inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991, pp. 334-335.

22 M. ROSENFELD, *Affirmative actions*, ob. cit., 95 e 104. Como se lee en el libro excelente, muy documentado, de W.G. BOWEN, D. BOK, *The shape of the river*, cit., *the affirmative actions* (en las universidades) “*not only raised their income and job status, but enhanced their self-confidence and aspirations with the knowledge that they could compete with America’s best and brightest*” (pp. 245 y ss.). Los mismos beneficiarios de las *affirmative actions*, en la opinión de los AA. Cit., “*feel a strong sense of social responsibility and most go on to contribute to their communities in meaningful leadership roles*” (pp. 155 y ss.).

23 R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, ob. cit., p. 300.

24 Así también J. J. THOMSON, cit., 33. *Contra*, en opinión de R. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy*, Totowa, New York, 1980, p. 69.

25 También de acuerdo con M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, cit., pp. 324-325, “*the innocent white male should realize that affirmative action is not intended, ..., to cast him as an inferior*”, y “*in other words, while for the innocent white male affirmative action means only a somewhat increased chance of failure, for blacks and women it provides the means to effectuate a transition between inferiority and equality*”.

y en el proceso de ajuste de la sociedad estadounidense, así también simplemente alentado o no confrontando a las autoridades públicas.

La sentencia Croson pone sustancialmente fuera de juego las perspectivas teóricas orientadas a una justificación en clave “redistributiva” del modelo de las acciones positivas, reduciendo considerablemente de este modo los márgenes de viabilidad de tales medidas.

En el mismo período, la Corte Suprema corrige (y redimensiona) la connotación objetiva (y esencialmente estadística) del “impacto dispar”, obligando al legislador a reaccionar a través de la inclusión de los criterios directamente en la ley.

Con la sentencia Wards Cove, de 1989, el Órgano Supremo de la justicia federal establece que para determinar si una conducta es discriminatoria no basta el dato meramente estadístico de la escasez de trabajadores pertenecientes a la minoría de color: se necesita demostrar que este desequilibrio ha sido determinado causalmente por comportamientos específicos o medidas adoptadas por la empresa.

Este elemento también se refleja en la asignación de la carga probatoria en el proceso. Y el actor (es decir, el sujeto que se queja de una discriminación) debe demostrar que la medida es discriminatoria y que fue motivada por su raza, mientras que la empresa demandada debe limitarse a sostener que la medida en cuestión está conectado razonablemente (y no indispensable o esencial) a las necesidades de producción y organización empresarial.

7. A Croson se refiere directamente lo que se considera como el “capítulo final” de este camino americano a la igualdad sustancial, a saber, la sentencia sobre el caso Adarand, de 1995: la mayoría de la Corte Suprema (cinco contra cuatro) rechaza un programa de acciones positivas en el ámbito de la contratación pública, obteniendo la adhesión decisiva del juez Antonin Scalia, quien formaría la opinión de la Corte a condición (condición inserta en el dispositivo de la sentencia) de que se consagre el principio por el que de ningún modo las autoridades públicas puedan tener y justificar como intereses fundamentales (interés público fundamental) la utilización de herramientas desiguales en perspectiva ‘correctiva’ (curativa) contra la discriminación social del pasado.

La Corte quiere, en otras palabras, golpear el modelo de acciones positivas en lugar de aplicarlo en el caso que nos ocupa. Además, el marco normativo de legitimación de las medidas impugnadas es de rango federal, lo que significa que se rinde también a la última línea de la resistencia que había sido planteada por el caso Croson, a saber, la distinción entre los programas federales y estatales, los primeros objetos de una revisión más deferente y respetuosa de las decisiones discrecionales de las autoridades públicas²⁶.

26 Dec. cit., 16, donde leemos que “todas las clasificaciones basadas en la raza, ya sea que vengan por el gobierno

Para Scalia, la Constitución es daltónica (*colorblind*): la configuración de una “raza acreedora” y de una “deudora” en condiciones históricas pasadas de discriminación, es “ajena al enfoque de la Constitución sobre el individuo”²⁷. De acuerdo con este enfoque, la “moral constitucional” americana tiene sus raíces en la prevalencia de los motivos del individuo sobre los de los grupos; lo que implica, como dice Thomas en su opinión, que no es relevante “saber si las autoridades públicas actúan con discriminación racial para oprimir a un raza o para expresar un objetivo sincero de ayudar a los grupos vulnerables y desfavorecidos”²⁸. En ambos casos, las medidas de ayuda basadas en la raza “solo pueden exacerbar, en lugar de reducir, los prejuicios raciales, esto retrasará el tiempo en que la raza se convertirá en un factor verdaderamente irrelevante, o al menos insignificante”²⁹; por no mencionar, bajo este enfoque, que las acciones positivas, no muy diferentemente de las políticas de discriminación directa, “estampan en las minorías una insignia de inferioridad”³⁰.

A partir de ahora, todas las clasificaciones raciales se convierten en “sospechosas” (o simplemente inconstitucionales, salvo una rigurosísima y casi imposible prueba en contrario, sometida a la prueba de escrutinio estricto).

Queda abierta una pequeñísima grieta, vinculada al principio-objetivo del pluralismo cultural, afirmado en el famoso juicio Bakke de 1979, y nunca revocado formalmente por la Corte Suprema; aparte del intento, más teórico que práctico³¹, para dirigir las acciones positivas al campo de la lucha contra la pobreza, que, al menos en abstracto, es transversal, no representa un problema de relación entre razas o clases favorecidas o desfavorecidas.

8. La oportunidad para poner a prueba la consistencia del tema de la integración cultural de las minorías es ofrecida por dos casos de 2003 (*Grutter v. Bollinger* y *Gratz v. Bollinger*), y en los programas de admisión de la Universidad de Michigan

federal, si proceden de los estados o instituciones locales, será sometido a un control más estricto (strict scrutiny). Si la decisión Metro Broadcasting contradice esto holding, es overruled”.

27 Dec. cit., 19.

28 515 U.S. 200, (1995), pp. 225-240.

29 Ob. cit., 229. En opinión de JUSTICE THOMAS, “Government cannot make us equal; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law. That these programs may have been motivated, in part, by good intentions cannot provide refuge from the principle that under our Constitution, the government may not make distinctions on the basis of race. (...) In my mind, government-sponsored racial discrimination based on benign prejudice is just as noxious as discrimination inspired by malicious prejudice. In each instance, it is racial discrimination, plain and simple”.

30 Ob. cit., 240-241. En opinión de THOMAS, “So-called “benign” discrimination teaches many that because of chronic and apparently immutable handicaps, minorities cannot compete with them without their patronizing indulgence. Inevitably, such programs engender attitudes of superiority or, alternatively, provoke resentment among those who believe that they have been wronged by the government’s use of race”.

31 R.H. FALLON JR., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, en *UCLA Law Rev.*, 1996, n. 43; R.D. KAHLBERG, *Class-Based Affirmative Action*, en *California Law Rev.*, 1996, vol. 84, n.º 4, pp. 1.037-1.099.

dirigidos a aumentar 'el acceso de personas pertenecientes a minorías raciales a sus cursos de estudio.

La Corte Suprema actúa con un juicio asimétrico en dos programas, uno considerado coherente con las implicaciones constitucionales de la XIV Enmienda y con la orientación por la que "la libertad de la universidad para adoptar sus decisiones con respecto a la educación también incluye la selección del alumnado"; otro, sin embargo, rechazado porque se basa en mecanismos automáticos y numéricos, como constituir sustancialmente un sistema de cuotas.

La distinción es representada por la circunstancia de hecho de que, mientras que el primero de los programas examinados solo preveía la posibilidad de la Administración de enfatizar (no exclusiva o decisivamente) el elemento racial de la evaluación de la hoja de vida del candidato, en el marco de un concurso que quedaba abierto, sin reserva de puestos, la segunda atribuye a estudiantes pertenecientes a minorías raciales puntos adicionales (20 puntos sobre 150, en un esquema que requiere una puntuación mínima de admisión de 100 puntos) que acababa por determinar los efectos preferenciales (y correspondientes desventajas para los miembros de las categorías no preferidas) 'directos', casi al límite de las cuotas.

Para la Corte Suprema, en el primer caso, "la escuela de Derecho tiene interés apremiante en un cuerpo estudiantil diverso"; este objetivo "está en el corazón de la misión institucional adecuada de la Facultad de Derecho, y esa 'buena fe' por parte de una universidad se presume ausente a mostrarse al contrario". En resumen, también si la motivación ha parecido mucho más formalista que real, de acuerdo con los jueces supremos, sin dejar el equilibrio racial 'patentemente inconstitucional', en este caso, la medida sería legítima porque el objetivo perseguido por la Universidad es diversificar al alumnado con el fin de producir efectos beneficiosos sobre el sistema de formación y educación.

La teoría subyacente de pluralismo cultural, entonces, solo puede funcionar si se cae en un contexto organizativo en el que las medidas destinadas a promover la integración racial del cuerpo estudiantil estén "hechas a medida", es decir, flexibles y temporales, tal como para no impedir o alterar significativamente la comparación igualitaria y méritocrática.

Para completar esta reseña sobre las principales orientaciones de la jurisprudencia constitucional estadounidense sobre el tema de las acciones positivas, también debemos recordar la sentencia *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no. 1 et al.* del 2007, con la cual la Corte Suprema ha abordado una vez más la cuestión de las medidas basadas en la raza (en este caso, en realidad, más connotados por un establecimiento 'des-segregacionista' que no preferencial), utilizando como barrera impeditiva la prueba del escrutinio estricto y tomando nota de la falta de flexibilidad de los programas basados en decisiones unilaterales y vinculantes de la Administración (registro y dilución de los estudiantes de color

en los distritos escolares), que no dieron cuenta de la imposibilidad de utilizar instrumentos alternativos como incisivos, por ejemplo en relación a la oferta formativa, la ubicación de las escuelas, la distribución de fondos para programas especiales.

Por último, el año pasado, la Corte Suprema (en el caso *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, igualmente conectado a los dos del 2003) sostuvo que una norma constitucional estatal (aprobada mediante referéndum), que prohíbe la discriminación (también con “propósitos benignos”) basada en la raza o el género en los procedimientos de admisión a la universidad no viola la XIV Enmienda ni la cláusula de igual protección.

Aunque la opinión de la mayoría señala que “en este caso no se trata de cómo debe resolverse el debate sobre las preferencias raciales”, sino de “quien puede resolverlo”, es evidente que se trataba de una confirmación definitiva de la nueva tendencia interpretativa en relación con las acciones positivas.

No es sorprendente que la opinión disidente de la jueza Sotomayor vaya al fondo del problema (con datos y cifras que muestran la fuerte disminución de la presencia de los estudiantes negros en las universidades americanas más importantes como consecuencia de la crisis del modelo de acciones positivas), afirmando con orgullo que ella es en el fondo “*the perfect affirmative action baby*”, y que sin la posibilidad de utilizar una medida de este tipo, “sería altamente cuestionable si fuese aceptada”. Y el propio presidente Obama, a través de su portavoz, dijo que él sigue creyendo que, en el contexto de la admisión a la universidad, “tener en cuenta la raza, junto con otros factores, puede ser apropiado en ciertas circunstancias”.

La lectura “formal” de la cláusula de igual protección derrama también sobre las políticas de redistribución de los distritos electorales motivados por razones de promoción de la participación y de la representación de minorías de color.

En los casos *Shaw v. Reno*, *Miller v. Johnson*, *Shaw v. Hunt* (adoptadas entre 1993 y 1996, con mayorías muy fragmentadas), la Corte Suprema censura el carácter “extraño” e irregular del resultado del plano del retazo territorial del distrito electoral, y, en general, el hecho en sí de haber creado una circunscripción electoral solo por fines “raciales” no importa si “positiva” o no directamente ‘discriminatoria’: “el plan de redistribución que incluye en un distrito individuos que pertenecen a la misma raza, ..., lleva a una incómoda semejanza con el apartheid político”. Sobre todo, se relanza la idea de que toda distinción entre los individuos “socava” la XIV Enmienda, porque “el mandato central de la decimocuarta enmienda es la neutralidad racial en la toma de decisiones gubernamentales”; remediar una discriminación pasada puede ser un interés apremiante suficiente para pasar indemne del escrutinio estricto solo cuando la discriminación pasada está específicamente “identificada”.

En conclusión, existe todavía una gran incertidumbre sobre la suerte y los límites de las acciones positivas en el ordenamiento que ha experimentado primero este modelo, aunque los márgenes de viabilidad de estas medidas parecen estar

fuertemente comprimidas por una interpretación del principio constitucional (esencialmente la cláusula de igual protección) claramente orientado a la lógica individualista y no redistributiva; si tuviéramos que usar la famosa metáfora de llenar el vaso, hay que decir que esta “medio vacío”.

9. Sesenta años más tarde, Estados Unidos es un país muy diferente del que ha manejado (y mejorado), con las dificultades que hemos visto, el impacto de la sentencia Brown.

El camino de la integración racial ha sido agotador, pero intenso en términos de resultados. Sin embargo, quedan situaciones lejanas del proyecto constitucional de igual protección.

Como demostró un reciente estudio de la Harvard Civil Rights, se ha evidenciado que en el ámbito escolar sigue habiendo una importante experiencia de segregación, en la que, entre otras cosas, se combinan minoría racial y pobreza. Durante los últimos 15 años se registran incluso fenómenos de ‘re-segregación’ en algunas zonas del país, por lo cual, como se ha dicho de manera efectiva, “Brown en retrospectiva es un emblema tanto de cambio social como de divisiones raciales obstinadas, ocasionando tanto celebración como la crítica”³².

Del mismo modo, en el lado político electoral, si bien es cierto que la “fórmula de cobertura” (ahora declarada inconstitucional por la decisión Shelby) nos ha permitido lograr resultados sustanciales en la igualdad de participación electoral entre blancos y negros, y las prácticas discriminatorias más directas parecen ya una cosa del pasado, también lo es el hecho de que incluso en los últimos años continúan siendo experimentadas en varios estados las ‘barreras de segunda generación’, formas de falsificación de elecciones o de nuevo trazado racial de distritos con fines segregacionistas, u otras medidas similares, pero que ahora ya no son obstáculos del § 5 del VRA³³.

Aparte de la suerte del modelo de acciones positivas que, paradójicamente, cuando entraron en la crisis de su país de origen, se convirtieron en una política clave en el Derecho europeo contra la discriminación por razón de sexo (véase ahora el art. 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE y las notas de las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los casos Marschall, Badeck, Abrahamsson), no hay duda de que la cuestión racial y las políticas para combatir la discriminación contra las minorías de color en los Estados Unidos han tenido un desarrollo extraordinariamente importante y resultados en efecto muy positivos, si los comparamos, no solo con la herencia de la esclavitud, pero en el mismo contexto en el que la Corte suprema adoptaba la decisión del caso Brown.

32 M. MINOW, *In Brown's Wake*, ob. cit., p. 9.

33 V. en SHELBY el voto disidente de los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan.

Pero sobre todo, esta historia ha encontrado su nuevo punto de aterrizaje simbólico en la elección del primer presidente negro. Brown y Obama, para resumir, podrían ser el principio y el final de una historia positiva.

Sin embargo, el caso Ferguson (y la trágica muerte de Michael Brown: todavía ese nombre parece realmente una ironía involuntaria de la historia), otros casos similares y las tensiones raciales que estallan puntuales en cada oportunidad, el resurgimiento del pasado del terrorismo racial en reciente atentado en Charleston en junio de este año, demuestran que la lucha por una América verdaderamente “integrada” en torno al mandato constitucional de la Decimocuarta Enmienda no ha terminado todavía.

Se puede sostener, como muchos lo hacen, que los tratamientos preferenciales o “cuotas” a favor de los negros no son las medidas más apropiadas o compartidas o que tiene demasiados aspectos controvertidos (aunque, como ha señalado enfáticamente R. Kennedy, “esos blancos que están en desventaja en nuestra sociedad [debido a una acción positiva], sufren no a causa de su raza, pero a pesar de su raza. [...] Las acciones positivas no establecen una jerarquía racializada en la que todos los blancos, como tal, son privados de beneficios económicos, sociales, o políticos. No por la jerarquía: al contrario, que nivela el privilegio racial”³⁴), pero es igualmente cierto que la discriminación contra la minoría de color sigue siendo una “realidad desafortunada” en muchos ámbitos de la vida económica y social: una realidad que necesita ser enfrentada y combatida, y probablemente, la lógica de la Constitución “daltónica”, y de la versión individual de igualdad, sigue siendo inadecuada “para hacer frente a la nación hoy en día, tan racialmente estratificada, culturalmente diversa y económicamente dividida”³⁵.

En resumen, la lucha por la igualdad está en curso. En esta batalla, el Derecho puede y aun debe hacer su parte, y la educación sigue siendo, como en el caso Brown y en los primeros ensayos de las acciones positivas, algo decisivo. Y en la escuela aprender a estar juntos, para compartir un destino y una pertenencia, para construir una sociedad realmente daltónica; es por desgracia todavía en la escuela donde persiste —por usar las palabras de Jhonson, evidentemente, todavía presentes, en el famoso discurso en la Universidad de Howard el 4 de junio 1965— una “ampliación del abismo” entre la educación universitaria de élite y los pobres, los desempleados, los desarraigados y los desposeídos.

Según Ackerman³⁶, tenemos que recuperar el espíritu de Brown de la primera Reconstrucción (la que condujo a la decimotercera y la decimocuarta enmienda), del

34 R. KENNEDY, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, en *Harvard Law Review*, 1986.

35 En palabras de N. GOTANDA, en un ensayo de 1991, ahora en *Legge, razza, diritti*, ob. cit., p. 67.

36 Ob. cit., 2013, p. 339.

New Deal de la segunda Reconstrucción (la del Movimiento de los derechos civiles, de Brown, de las reformas legislativas de 1964-1965), de lo contrario la memoria de estos esfuerzos constitucionales corre el riesgo de perderse (“se perderá en la niebla de culto incestor”).

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., *We the People: The Civil Rights Revolution*, 2013.
- BARBERA, M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Claremont, 1962.
- BOWEN, W. G.; BOK, D., *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admission*, Princeton, 1998.
- CALABRESI, G., *Bakke as Pseudo-Tragedy*, in *Catholic University Law Rev.*, 1979, vol. 28, 431.
- CALVES, G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Supreme des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Paris, LGDJ, 1998.
- D'ALOIA, A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.
- DOUGLAS-SCOTTE, S., *Affirmative Action in the U.S. Supreme Court: The Adarand Case - The Final Chapter?*, in *Public Law*, 1997.
- DREYFUSS, J.; L. CHARLES, *The Bakke Case: The Politics of Inequality*, New York, 1979.
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.
- EULE, J.N., *Promoting Speaker Diversity: Austin and Metro Broadcasting*, in *The Supreme Court Rev.*, 1990.
- FALLON JR., R.H., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, in *UCLA law Rev.*, 1996.
- FISCUS, R.J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham and London, 1992.
- FULLINWIDER, R., *The Reverse Discrimination Controversy*, Totowa, New York, 1980.

- GOODMAN, F., *De Facto School Segregation: A Constitutional and Empirical Analysis*, in 60 *California L. Rev.*, 1972.
- KAHLENBERG, R. D., *Class-Based Affirmative Action*, in *California Law Rev.*, 1996, n. 84.
- KARST, K.L.; HOROWITZ, H.W., The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine, in *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 14, N.1, 1979, 8.
- KENNEDY, R., Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate, en *Harvard Law Review*, 1986.
- KURLAND, P. B., Egalitarianism and the Warren Court, in 68 *Michigan Law Rev.* 629, 1970.
- MINOW, M., *In Brown's Wake. Legacies of America's Educational Landmark*, Oxford University Press, 2008.
- ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991.
- STRAZZAR I, D., *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.
- Sunstein, C., *A Constitution of Many Minds*, Princeton, 2009.
- THOMAS, K.; ZANETTI, GF. (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005.

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI*

*El reconocimiento de la diversidad cultural
y de la identidad de los pueblos indígenas
y su incidencia en el diseño institucional del Estado*

SUMARIO

1. Pueblo y nación no siempre coinciden dentro de un estado. 2. El desconocimiento de la diversidad cultural en el ámbito constitucional y del diseño institucional del estado. 3. Los distintos ámbitos de reconocimiento constitucional de la diversidad cultural. 3.1. El reconocimiento de los pueblos y las comunidades indígenas y de sus derechos. 3.2. El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado. 3.3. El reconocimiento de la impartición de justicia y solución de conflictos aplicando las normas consuetudinarias y los usos culturales de los pueblos indígenas. 3.4. El reconocimiento de las lenguas indígenas y originarias como idiomas oficiales del Estado y para la educación. 4. El reconocimiento de la diversidad cultural en los tratados y convenios internacionales. 5. El reconocimiento del derecho a la propia identidad y la diversidad cultural por la corte interamericana de derechos humanos. 6. A manera de reflexiones finales.

Si bien la Constitución y las leyes reconocen la igualdad de todas las personas y proscriben cualquier forma de discriminación, es evidente que cada una de ellas tiene una identidad propia y múltiples diferencias, en aspectos tales como género, origen, condición económica, creencias e ideología, nivel educativo y cultural, aspiraciones y proyectos de vida, etc. Esta diversidad alcanza también dimensiones colectivas, cuando determinadas características comunes en ciertos ámbitos son compartidas por distintos grupos sociales, que los diferencian de los demás, ya sea que constituyan grupos mayoritarios o minoritarios dentro de una sociedad.

En el presente trabajo nos centraremos específicamente en analizar y formular algunas reflexiones acerca del tratamiento que la diversidad por razones de identidad cultural y étnica, ha venido recibiendo en el plano constitucional e internacional. Nos interesa resaltar cómo la tendencia tradicionalmente predominante, consistente en ignorar en el ámbito jurídico institucional del Estado esta diversidad en la identidad cultural, imponiendo modelos o visiones de vocación totalizante, uniformadoras u homogéneas, viene experimentando importantes cambios en la Constitución y legislación nacional y en los convenios internacionales, lo que ha permitido que en algunos Estados se reconozca su carácter pluricultural y hasta plurinacional, promoviendo la interculturalidad para construir una convivencia armónica y pluralista, encaminada a alcanzar una sociedad más democrática.

* Doctor en Humanidades y Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Ministro de Justicia y Embajador del Perú en el Reino de España. Actualmente se desempeña como Profesor Principal del Departamento de Derecho Académico de la PUCP y Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma institución.

I. PUEBLO Y NACIÓN NO SIEMPRE
COINCIDEN DENTRO DE UN ESTADO

Resulta un criterio ampliamente difundido en la doctrina constitucional considerar como componentes del Estado al pueblo, el territorio, el poder político, el gobierno, la soberanía y su reconocimiento por la comunidad internacional. El pueblo es el elemento humano del Estado, es decir, el conjunto de personas que lo integran y respecto de las cuales este ejerce autoridad. A menudo se han utilizado indistintamente, o como equivalentes, las expresiones pueblo, población y nación.

Sin embargo, consideramos que la expresión pueblo (o también población) hace referencia a aquella colectividad de individuos que forman parte del Estado por razones fácticas y jurídico-políticas, mientras que nación alude principalmente a la existencia de vínculos materiales y espirituales que son compartidos por dichas personas, que les dan una identidad y un sentimiento de pertenencia a una misma comunidad, lo que las distingue y diferencia de otros grupos humanos. Tales vínculos compartidos tienen que ver con factores comunes de origen e historia, de raza, lengua o idioma, asentamiento en un territorio, cultura (creencias, costumbres, prácticas sociales), identificación con ciertos valores o símbolos, etc.

En muchos Estados, el pueblo está integrado por personas que conforman también una misma y única nación, por existir significativa similitud y homogeneidad en los vínculos compartidos por la gran mayoría de la población estatal, lo que propicia que los conceptos de pueblo y nación tiendan a identificarse y asociarse, al igual que se equiparen las nociones de Estado y Nación. En cambio, otras veces sucede que dentro de un mismo Estado, y bajo una misma organización política, coexistan colectividades de individuos que pueden formar parte o sentirse integrantes de distintas “naciones”. O incluso, también, que personas que pueden considerarse como pertenecientes a una misma “nación”, formen parte de la población componente o asentada en más de un Estado.

La particular relación de identidad e identificación, como de unidad o diversidad, que pueda darse entre pueblo y nación al interior de un Estado, lamentablemente ha sido poco analizada o escasamente atendida en la doctrina constitucional Latinoamericana y la reflexión de los constitucionalistas. Su estudio, más bien, ha provenido principalmente del aporte de antropólogos, sociólogos y de juristas vinculados a dichas disciplinas. Por ello tampoco se le ha brindado, hasta hace poco tiempo, suficiente atención a esta problemática al momento de formular o debatir el diseño institucional del Estado, sea en cuanto a los derechos fundamentales o respecto de su incidencia en la organización territorial y política.

De modo que el diseño institucional político y jurídico del Estado, expresado en su Constitución, puede o no reconocer la existencia de esta diversidad cultural

o de distintas “naciones”, a pesar de que existan en la realidad social. Ello incidirá en el mayor o menor grado de respeto y de convivencia en armonía que se propicie respecto a las distintas identidades y a la diversidad cultural imperante dentro de un Estado. También podrá reflejarse en la forma de organización política y territorial que se adopte en el Estado, en los niveles de autonomía que se reconozca a los distintos grupos o colectividades “nacionales”. No obstante, pueden darse también casos donde esta diversidad cultural y étnica resulta deliberadamente ignorada, estableciendo un diseño institucional que promueve los intereses y rasgos característicos de una supuesta “nación única”, en claro contraste con la diversidad real, imponiendo esta concepción a los grupos restantes, sean minoritarios o incluso mayoritarios, que se ven así sometidas a relaciones de dominación y discriminación.

La cultura es uno de los elementos que define la identidad de una nación y es una de sus características distintivas. Se podría definir la cultura como “el conjunto de valores, costumbres, creencias y prácticas que constituyen la forma de vida de un grupo específico”¹. La cultura se expresa en todos los aspectos de la vida humana. Así, “cada grupo humano ha elaborado formas de comunicarse (lenguajes, mímica), formas de defenderse, formas familiares (tipos de uniones, regulaciones de la vida sexual y de la endogamia), formas de gobernarse, creencias, formas de sentir y de expresar los sentimientos, formas de percibir, sistemas para producir y distribuir los bienes económicos. Todo ello es expresado en sistemas simbólicos y formas de organización en el sentido que cada cultura va construyendo e instituyendo como parte de la necesidad de los grupos humanos de organizarse en conjuntos sociales para sobrevivir, satisfacer sus necesidades y abrirse camino hacia la existencia”².

De ello deriva la importancia de la cultura. A partir de la misma, la persona y los grupos humanos adquieren un modo de vida particular y una identidad, determinados por los significados y símbolos de la cultura a la que pertenecen. Es decir, lo trascendental se centra en que, a través de la cultura, obtienen una representación de la realidad determinada, además de la forma de interpretarla y actuar sobre la misma: “Podríamos pensar en la cultura como una lente a través de la cual vemos el mundo. La cultura proporciona una lógica, una gramática, un sentido común”³.

1 T. EAGLETON, *La idea de cultura: una mirada política sobre los conflictos culturales*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 58.

2 M. MARGULIS, *Sociología de la cultura*, Buenos Aires, Biblos, 2009, p. 22.

3 AVRUCH y BLACK, citados por B. AGUILERA, *El conflicto multicultural*, Cáritas española, número 97, 1994, p. 51.

2. EL DESCONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DEL ESTADO

Los pueblos indígenas y originarios, existentes en lo que hoy denominamos América Latina, desarrollaron su propia cultura. Sin embargo, como consecuencia de la conquista y ulterior dominación colonial, pero también luego de la independencia y del surgimiento de los nuevos Estados, sufrieron la imposición de concepciones políticas “asimilacionistas”, que buscaban afianzar la construcción de una nación culturalmente homogénea, mediante la imposición de la cultura occidental al conjunto de la sociedad, incluidos los pueblos prehispánicos, cuyas culturas eran consideradas como inferiores o incivilizadas. Se concebía como necesario, más bien, adaptar a aquellos colectivos culturalmente distintos, a los valores que la nueva cultura dominante buscaba difundir y proteger.

Con el nacimiento de las nuevas repúblicas latinoamericanas, sus diseños constitucionales adoptaron las ideas predominantes en la Teoría del Estado occidental. Pero las nociones de democracia, igualdad, libertad y ciudadanía, indudablemente positivas y progresistas, no resultaron aplicables, por diversas razones legales o fácticas, a la población indígena y originaria, ni a los esclavos negros. También en el plano cultural dominaba una visión ideológica que hacía del idioma castellano la única lengua oficial, siendo considerado como analfabeto el que no supiera leer y escribir en dicha lengua, lo que a menudo impedía también alcanzar la condición de ciudadano y ejercer los derechos políticos. El Estado adoptaba la religión católica como la única oficial y verdadera; la educación, el sistema jurídico y los actos públicos del Estado se desarrollaban en el idioma oficial.

De este modo, las culturas indígenas y originarias, distintas a la reconocida y propiciada oficialmente, subsistían socialmente en una situación claramente desventajosa, ya sea porque resultaban ignoradas desde el Estado o incluso “combatidas”, por considerarlas como un obstáculo o estorbo para el progreso del país. La población que no asumía esta cultura oficial no solo se veía excluida o marginada, sino que era víctima de discriminación. Ello a pesar que, en el caso de muchos países latinoamericanos, dicha población era cuantitativamente mayoritaria o, cuando menos, muy significativa. El proceso de mestizaje que se fue produciendo en los pueblos latinoamericanos, si bien fue dando lugar al surgimiento de nuevas manifestaciones culturales comunes, que son compartidas incluso por encima de las diferencias entre los Estados, ha estado lejos de establecer la asimilación hacia el esquema homogéneo de una única “cultura nacional”, a pesar del discurso oficial que durante mucho tiempo dominó las políticas de los gobiernos.

Si bien en la realidad social, en la historia nacional, y en muchas Constituciones de los países latinoamericanos se hacía referencia a las culturas indígenas y origi-

narias, mayormente era para resaltar el legado de sus civilizaciones, plasmado en edificaciones, monumentos, obras de infraestructura o artísticas; lo que también se destacaba con fines turísticos o para considerarlo como parte de un patrimonio cultural vinculado al pasado. Es decir, sin reconocerle una vida actual y el derecho a desarrollarla y preservarla por parte del Estado y de las personas que la representan y practican, en el marco de una realidad y de un diseño institucional estatal multicultural y plurinacional.

3. LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD CULTURAL

Desde hace algún tiempo, diversos países Latinoamericanos, en especial aquellos con mayor presencia o tradición indígena, han venido dando reconocimiento constitucional a la diversidad cultural. Este reconocimiento ha alcanzado diversos ámbitos y distintos grados de incidencia en el diseño institucional jurídico y político del Estado.

3.1 EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y DE SUS DERECHOS

Un paso importante para el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural ha sido la inclusión en las constituciones de algunos países de artículos o capítulos destinados específicamente al tratamiento de las comunidades indígenas.

En el caso de *Perú*, por ejemplo, la Constitución de 1920 hace referencia a las comunidades indígenas y les confiere derechos. Así, el artículo 41 declaró que sus bienes tenían la calidad de imprescriptibles y el artículo 58 reconoció –por vez primera– la existencia legal de las comunidades indígenas, al señalar que “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Posteriormente, la Constitución de 1933 dedicó el Título XI a las comunidades de indígenas, adoptando un buen número de disposiciones que ratificaban y precisaban algunos principios plasmados en la Constitución de 1920, así como que ampliaban las responsabilidades del Estado en su compromiso de asegurar el respeto de los derechos de las comunidades indígenas. Así, se les otorgaba existencia legal y personería jurídica (artículo 207); se establecía la obligación del Estado de garantizar la integridad de la propiedad de las comunidades (artículo 208); dicha propiedad era declarada imprescriptible, inalienable (salvo expropiación por necesidad pública y previo pago de indemnización) e inembargable (artículo 209). Se reconocía la autonomía económica de las comunidades indígenas, impidiendo que los Consejos

Municipales ni autoridad estatal alguna pudiera intervenir en la recaudación ni en la administración de sus rentas y bienes (artículo 210). El Estado asumía el deber de procurar y adjudicar tierras a las comunidades indígenas que no las tuvieran en cantidad suficiente para satisfacer las necesidades de su población (artículo 211). El Estado se comprometía a dictar la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exijan (artículo 212).

Por su parte, la Constitución peruana de 1979, recogiendo los principios plasmados previamente, durante el denominado “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” en las leyes de Reforma Agraria, de Comunidades Campesinas (nueva denominación otorgada a las comunidades de indígenas) y de Comunidades Nativas (aplicable a los pueblos originarios de la Amazonía), nuevamente contempló un capítulo al tratamiento de las comunidades campesinas y nativas. Dispuso que las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, aunque se contempla la posibilidad de su enajenación de contarse con el voto de los dos tercios de los miembros de la comunidad. Mención especial merece el artículo 65 de esta Constitución, que suprimió la exclusión del derecho de sufragio de los analfabetos, lo que benefició directamente a integrantes de los pueblos indígenas.

Finalmente, en la vigente Constitución peruana de 1993, si bien se mantiene el reconocimiento legal y la personería jurídica de las comunidades campesinas y nativas, su autonomía de organización y en el trabajo comunal (artículo 89), se contempla la libre disposición de sus tierras, por lo que la propiedad de estas mantiene el carácter de imprescriptible (salvo el caso de abandono) pero elimina su condición de inembargable e inalienable. Dispone también que el Estado respetará la identidad cultural de estas comunidades. A su vez, en el inciso 19 del artículo 2, reconoce el derecho fundamental de toda persona a la identidad étnica y cultural, comprometiéndose el Estado a reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

En el caso de *México*, la Constitución de Querétaro de 1917, con la reforma del 2001, se ocupa extensamente, en su artículo 2, de los pueblos y comunidades indígenas y de sus derechos. Resalta el aporte de los pueblos indígenas, descendientes de los habitantes originarios de su territorio antes de la colonización, en la conformación de la nación pluricultural mexicana; en tanto conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Precisa que la conciencia de su identidad indígena será el criterio fundamental para determinar a quiénes se aplicarán las disposiciones sobre pueblos indígenas. En este sentido, señala que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y

que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. En este mismo artículo se les reconoce el derecho a la libre determinación y autonomía, en el marco acorde con la Constitución y que asegure la unidad nacional.

El artículo 2.A de la Constitución mexicana detalla los ámbitos en que se reconoce autonomía a los pueblos y comunidades indígenas para: “I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados. IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de la Constitución. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”.

3.2. EL RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER PLURINACIONAL E INTERCULTURAL DEL ESTADO

La Constitución de *Ecuador* (de 2008) declara en su artículo 1 que *el Estado tiene carácter intercultural y plurinacional*. En atención a ello, en el artículo 6, señala que la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas. En su Capítulo Cuarto, se ocupa de los derechos de las comunidades, pueblos y

nacionalidades, señalando (en el artículo 56) que “[l]as comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. A su vez, en el artículo 57, reconoce a todos estos pueblos y nacionalidades un amplio conjunto de derechos colectivos, tales como:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna (...)
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural (...)
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora (...)
13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador.
14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.
15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. (...)
21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelár la observancia de sus derechos. La violación de estos

derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

A su vez, la Constitución de *Bolivia* (de 2009), en su artículo 1, *define al Estado boliviano como plurinacional e intercultural*. Destaca como su fundamento la pluralidad y el pluralismo, que se expresa en los planos político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. El artículo 2 garantiza a las comunidades indígenas el dominio ancestral sobre sus territorios, el derecho a la libre determinación (en el marco de la unidad del Estado), la autonomía, el autogobierno, su cultura, el reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. A su vez, en el artículo 3, se señala que “la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

En el Capítulo Cuarto: Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, el artículo 30.I define como nación y pueblo indígena originario campesino a “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. En el artículo 30.II, dentro del marco de la unidad del Estado, se señala que las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: “1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal. 4. A la libre determinación y territorialidad. 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios. 7. A la protección de sus lugares sagrados. 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios. 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria,

realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado”.

El artículo 31 otorga protección y respeto a las naciones y pueblos indígenas originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y a los no contactados, que comprende también el derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan. El artículo 32 reconoce los derechos reconocidos a los pueblos indígenas originarios al pueblo afroboliviano.

Como se puede apreciar, mientras que la Constitución de México habla de una nación pluricultural, las constituciones de Ecuador y de Bolivia definen expresamente al Estado como plurinacional e intercultural. De modo que en los Estados de Ecuador y Bolivia se reconoce la coexistencia de diversas naciones, fundamentalmente los pueblos indígenas, que en conjunto conforman la nación ecuatoriana y boliviana, respectivamente. En el caso de Bolivia, incluso se contempla la posibilidad de que un ciudadano, si así lo desea, haga constar en sus documentos de identidad (incluido el pasaporte) junto a la nacionalidad estatal también la nacionalidad indígena u originaria a la que pertenece.

Sin duda que este reconocimiento del carácter plurinacional del Estado es un paso decisivo para el afianzamiento de la diversidad cultural y de la interculturalidad de la sociedad, pues da lugar al establecimiento de diversos derechos colectivos que corresponden a cada uno de estos pueblos y grupos nacionales, tales como el autogobierno, la libre determinación, la autonomía política, económica y social, la vigencia y el respeto de sus costumbres, lengua y concepciones culturales.

3.3. EL RECONOCIMIENTO DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS APLICANDO LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS Y LOS USOS CULTURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como consecuencia del reconocimiento a la pluralidad cultural, la *Constitución peruana de 1993*, en su artículo 149, establece que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus ámbitos territoriales, de conformidad con su derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la persona. Dispone que la ley establezca las formas de coordinación entre estas

jurisdicciones indígenas especiales y los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial nacional.

Un reconocimiento bastante similar lo encontramos en el artículo 2.A, inciso II de la *Constitución mexicana*, que señala que los pueblos y comunidades indígenas aplicarán “sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres...”. La norma precisa también que la ley establecerá los casos y procedimientos para la validación de estas decisiones por el sistema judicial.

A su vez, la *Constitución de Ecuador*, en el artículo 57, inciso 10, reconoce dentro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Por su parte, si bien la *Constitución boliviana* no reconoce explícitamente una jurisdicción indígena, sí hace referencia a la aplicación de su propio Derecho, así como reconoce, en el artículo 178, que la potestad estatal de impartir justicia se sustenta, entre otros, en el principio de interculturalidad.

Las normas constitucionales antes citadas son una consecuencia de la aceptación estatal de la pluralidad cultural existente en la sociedad. Conllevan el reconocimiento por el Estado de un *pluralismo jurídico*, admitiendo que junto al Derecho Oficial y Sistema Judicial Nacional se apliquen en las comunidades indígenas y los pueblos originarios sus normas consuetudinarias y sus prácticas sociales ancestrales para la resolución de conflictos entre sus integrantes, para el juzgamiento e imposición de sanciones a los autores de delitos.

Se trata, sin duda, de un avance sustancial, pues abandona la concepción tradicional del monopolio estatal en la producción del Derecho y la impartición de justicia, así como de la existencia de un único sistema jurídico. Y es que con estas normas se reconoce que los pueblos indígenas y originarios tienen el derecho a aplicar sus propias normas consuetudinarias y criterios acordes con su identidad y diversidad respecto al orden jurídico nacional, siendo ahora incorporados como parte del sistema jurídico y judicial del país, pues las decisiones de las instancias jurisdiccionales indígenas serán respetadas por las autoridades del Estado.

3.4. EL RECONOCIMIENTO DE LAS LENGUAS INDÍGENAS Y ORIGINARIAS COMO IDIOMAS OFICIALES DEL ESTADO Y PARA LA EDUCACIÓN

Cuando en las Constituciones latinoamericanas se estableció el reconocimiento de un idioma oficial del Estado, este fue normalmente el castellano, en concordancia

con el modelo dominante de asimilación forzada que se impuso a nivel cultural a los pueblos indígenas y originarios. Por ello, una de las manifestaciones importantes de avance en el reconocimiento de la diversidad cultural, la encontramos en el establecimiento en las Constituciones del carácter o uso también oficial de las lenguas indígenas y originarias, tanto para el desarrollo de la actividad gubernamental como especialmente en la educación.

En el caso de *Perú*, la Constitución de 1979 marcó un hito importante al señalar, en su artículo 83, que si bien el castellano era el idioma oficial, también eran de uso oficial el quechua y el aimara en las zonas y la forma que la ley establece, añadiendo que las demás lenguas aborígenes integraban el patrimonio cultural de la nación. A su vez, en el artículo 34, se disponía que el Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía; mientras que, en el artículo 35, se establecía que el Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza también el derecho de las comunidades quechuas, aimara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua.

A su vez, la vigente Constitución de 1993, en su artículo 48, dispone que el castellano es el idioma oficial, siendo también idiomas oficiales, en las zonas donde predominen, el quecha, el aimara y las demás lenguas aborígenes. En el último párrafo del artículo 17 se establece que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas, promoviendo la integración nacional.

En el caso de la Constitución de *Ecuador*, en su artículo 2, se reconoce el castellano como idioma oficial, agregando que el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural y los demás idiomas ancestrales también tendrán carácter oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan. Por su parte, la Constitución de *Bolivia*, en su artículo 5, enumera cerca de 35 lenguas indígenas y originarias que, junto al castellano, son reconocidos como idiomas oficiales; señalando la obligación del Gobierno Plurinacional y de los gobiernos departamentales de utilizar al menos dos de ellos (el castellano y otro) según las características y necesidades de la zona y localidad.

Un caso distinto es el de la Constitución de *Guatemala*, cuyo artículo 143 solo reconoce el español como idioma oficial y a las lenguas vernáculas les otorga valor de patrimonio cultural de la Nación. Una mezcla entre el reconocimiento oficial y el valor de patrimonio cultural de la Nación la podemos encontrar en el artículo 140° de la constitución de *Paraguay*, que se reconoce como un país pluricultural y bilingüe. Debido a ello, se asigna carácter oficial al castellano y el guaraní, mientras que otras lenguas minoritarias se reconocen por su valor de patrimonio cultural de la Nación.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Durante los últimos años, se han venido aprobando algunos convenios y declaraciones internacionales que reconocen derechos de los pueblos indígenas, entre ellos la diversidad cultural y la preservación de su propia identidad, a partir de su forma de vida, costumbres y prácticas sociales. Estos instrumentos internacionales han aportado normas que luego han sido incorporadas en las nuevas Constituciones de diversos Estados Latinoamericanos y en sus legislaciones internas.

Un antecedente en este campo fue el *Convenio 107, sobre Poblaciones Indígenas y Tribales*, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957, a solicitud de las Naciones Unidas. Teniendo el mérito de ser el primer esfuerzo por codificar, en un instrumento internacional, las obligaciones de los Estados en esta materia, el contenido de este Convenio correspondía a las nociones de desarrollo y progreso para entonces dominantes, recogiendo una visión de asimilación e integración de los pueblos indígenas, que llevaba a considerarlos como sociedades temporales condenadas a desaparecer paulatinamente, como consecuencia de la “modernización”.

Años después, la propia OIT emprendió la revisión del Convenio 107, por considerar que había devenido en obsoleto e inadecuado en función de las nuevas concepciones sobre el desarrollo. De este proceso surgió el *Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, aprobado en 1989. Este Convenio utiliza la expresión “pueblos” y ya no “poblaciones”, les reconoce el carácter de sociedades permanentes (ya no temporales), que en vez de ser integradas o asimiladas deben ser objeto de respeto a su diversidad étnica y cultural, que conllevan una forma de vida, tradiciones, costumbres y cultura propias.

El Convenio 169 de la OIT ha sido incorporado a la legislación nacional de diversos estados latinoamericanos, teniendo especial énfasis en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. Más recientemente, cabe mencionar la *Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobado por las Naciones Unidas en 2007, que aporta también derechos en los ámbitos político y de participación. A su vez, desde hace varios años se viene discutiendo en la Organización de Estados Americanos (OEA), en su Consejo Permanente y un Grupo de Trabajo, la aprobación de una *Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*.

Un aspecto importante a considerar respecto al Convenio 169, es que establece que sus normas son aplicables a los descendientes de los pueblos que habitaban, en los países actualmente independientes, antes de los procesos de conquista o colonización, en tanto conserven sus propias instituciones sociales,

culturales, económicas y políticas (Art. 1). Un aspecto medular para determinar cuándo nos encontramos ante un pueblo indígena, según precisa esta misma norma, es la propia conciencia que asume dicho pueblo sobre su identidad indígena. El Convenio aclara que la expresión “pueblos” que utiliza no debe entenderse como similar, en lo referido a derechos, con la empleada en el Derecho Internacional.

El Convenio 169 impone a los Estados la obligación de respetar los valores, creencias, prácticas sociales, culturales y religiosas de los pueblos indígenas; así como su derecho a decidir, a través de sus autoridades y organizaciones representativas, sus prioridades para su propio desarrollo en armonía con tales concepciones. También deberán ser respetadas sus formas tradicionales de resolución de conflictos y de imponer sanciones a sus miembros por delitos, en aplicación de sus normas de Derecho Consuetudinario, siempre que con ello no se vulneren los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico nacional o los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales. Se trata de disposiciones que suponen un claro reconocimiento y respeto a la identidad indígena y a la diversidad cultural al interior de los Estados.

Mención especial merece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por el Estado, cuando se trate de aprobar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos o incidir en su forma de vida. Esta *consulta previa*, a través de sus organizaciones representativas, deberá realizarse de buena fe y con la finalidad de lograr su acuerdo o consentimiento con la medida, antes de su aprobación, sin que ello suponga el otorgamiento o reconocimiento de un derecho de veto. También los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente tratándose del aprovechamiento de minerales u otros recursos naturales del subsuelo, que se encuentren en sus tierras y que sean propiedad del Estado, antes de que se autorice su prospección o explotación por terceros. Ello con la finalidad de que dichos pueblos analicen los efectos que tales actividades podrían producirles, debiendo recibir la indemnización correspondiente y, en lo posible, reconocerse su participación en los beneficios que se obtengan.

El Convenio 169 destaca también *la particular vinculación, tanto material como espiritual, existente entre los pueblos indígenas y las tierras y territorios que constituyen su hábitat y que aprovechan para su vida y subsistencia*. En este sentido, el Estado deberá reconocer la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan o que han ocupado ancestralmente.

También cabe mencionar la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, aprobada el 2 de noviembre de 2001. A través de dicho instrumento, se considera a la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad, tan relevante para los seres humanos como la biodiversidad, señalando que responde a la originalidad y pluralidad de las identidades que caracterizan a los distintos

grupos y sociedades que conforman la humanidad (artículo 1^[4]). Asimismo, recalca que debe garantizarse que esta diversidad cultural conlleve un pluralismo cultural, como componente de una sociedad democrática, lo que supone la voluntad de los grupos humanos de lograr una relación armoniosa entre las diversas culturas e identidades y su convivencia en paz, así como de políticas estatales que lo promuevan (artículo 2^[5]).

Esta diversidad cultural se concibe también como una herramienta de desarrollo, no solo referida al crecimiento económico sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, moral y espiritual efectiva (artículo 3). De igual modo, la defensa de la diversidad cultural se entiende como un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana, lo que implica el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas (artículo 4). La Declaración precisa que el desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido: Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 5).

Puede mencionarse también la *Convención sobre la protección y la prevención de la diversidad de las expresiones culturales*, aprobada por la UNESCO (París, 20 de octubre de 2005), instrumento que recoge y desarrolla aspectos contenidos en la

4 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural.

Artículo 1 – La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad

La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

5 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural.

Artículo 2 – De la diversidad cultural al pluralismo cultural

En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Las políticas que favorecen la integración y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio para los intercambios culturales y el desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública.

Declaración antes referida, así como que detalla los derechos y obligaciones de las Partes. Dentro de las definiciones que contiene esta Convención, nos interesa destacar principalmente dos de ellas: la diversidad cultural y la interculturalidad. Respecto de la *diversidad cultural*, señala:

La “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados⁶.

Y respecto a la *interculturalidad*, señala:

La “interculturalidad” se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo⁷.

Es importante resaltar que se dispone el reconocimiento y el respeto de la diversidad cultural, pero en un esquema acorde con los derechos humanos y la democracia, ya no como una simple tolerancia a su existencia aislada o separada dentro del Estado, sino que se plantea también la interculturalidad, es decir, que se promueven relaciones de diálogo e intercambio entre las diversas manifestaciones culturales existentes, en un marco de equidad, respeto recíproco y desarrollo, promovido por las políticas públicas del Estado.

5. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD Y LA DIVERSIDAD CULTURAL POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tanto la Comisión Interamericana (en numerosos informes) como la Corte Interamericana (en diversas sentencias) han formulado importantes aportes para la defensa y el desarrollo del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y originarios de nuestro continente, al igual que para el reconocimiento de la diversidad cultural.

6 UNESCO, Convención sobre la protección y la prevención de la diversidad de las expresiones culturales. Artículo 4.1.

7 Ídem, Artículo 4.8.

Así, la Corte, en el caso *Comunidad indígena yakye axa contra Paraguay*⁸ (Sentencia de 17 de junio de 2005), estableció:

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. (...)

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

De igual forma, en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*⁹ (Sentencia de 28 de noviembre de 2007), la Corte señaló que se trataba de un pueblo tribal con características culturales específicas y una entidad conformada por una estrecha red de relaciones con la tierra, que viene siendo ocupada desde comienzos del Siglo XVIII. Que si bien dicho territorio le pertenecía al Estado de Surinam, por aprobación tácita de este último, el pueblo de Saramaka contaba con cierto grado de autonomía para gobernar dicho espacio, incluyendo sus recursos. Sin embargo, el Estado inició el otorgamiento de concesiones a terceros para actividades madereras y mineras en el territorio del pueblo saramaka, las cuales provocaron daños ambientales. Ante dichas circunstancias, el pueblo saramaka había solicitado el reconocimiento de un título de propiedad sobre sus territorios, ante lo cual no obtuvieron respuesta del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que el pueblo saramaka cuenta con una relación especial con su tierra ancestral, ante la cual tienen un derecho de propiedad comunal reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha medida, en cuanto al otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio Saramaka, deben existir ciertas restricciones. Si se trata de la implementación de proyectos de inversión a gran escala, que podrían afectar al pueblo saramaka, el Estado requiere, primero, garantizar la participación efectiva de sus miembros, así como consultarlo según sus costumbres y tradiciones, procurando informar acerca de los beneficios y riesgos. Si se trata de proyectos

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172.

que puedan tener mayor impacto, no basta con realizar consultas sino que se debe obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo saramaka.

A su vez, en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*¹⁰ (Sentencia del 27 de junio del 2012), la Corte no solo reitera estos criterios sino que precisa el papel de la necesaria *consulta previa* que debe realizarse a los pueblos indígenas como forma de respeto a sus derechos colectivos de identidad cultural, a la diversidad y a la pluriculturalidad, señalando:

155. Los hechos probados y no controvertidos en este caso permiten considerar que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

(...)

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que (...) deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (...), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática

(...)

217. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización

(...)

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que acabamos de reseñar nos permite apreciar que ha reconocido no solo la existencia de una diversidad cultural al interior de los Estados, sino también la vinculación singular que surge entre la identidad cultural de los pueblos indígenas y su particular relación con las tierras y territorios que habitan y los recursos naturales que utilizan para su subsistencia.

Se trata de un vínculo que involucra no solo aspectos materiales o económicos, sino también de índole espiritual, cultural, religiosa y de una cosmovisión propias. Por ello, la Corte ha establecido claramente que la vulneración a los derechos de propiedad o posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan, o la omisión del Estado de consultarlos previamente antes de aprobar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos o incidir en su forma de vida, o de otorgar autorizaciones para la explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras o en el subsuelo, configuran también un atropello y la falta de respeto a su identidad, a su forma de vida y a la diversidad cultural.

6. A MANERA DE REFLEXIONES FINALES

A pesar de la significativa influencia histórica y cultural que los pueblos indígenas y originarios han tenido en la formación y el desarrollo de muchos de los Estados Latinoamericanos, el diseño institucional político y jurídico adoptado, plasmado en sus Constituciones, no brindó mayor atención a esta realidad. Por el contrario, tradicionalmente se impusieron concepciones ideológicas, acordes con los valores e intereses de los grupos sociales y económicos dominantes, que propugnaban la necesaria asimilación de estos pueblos a la cultura occidental, para alcanzar la “civilización”, el progreso del país y la unidad de la Nación.

Las manifestaciones culturales y de la identidad indígena se consideraban como “inferiores” y como un obstáculo para la modernización del país, siendo ignoradas por las políticas gubernamentales que establecían un único idioma oficial, el castellano, una sola religión verdadera, la católica, una educación y una cultura oficiales que no reconocían la diversidad cultural, y un sistema político que excluía virtualmente de participación a quienes pertenecían a los pueblos indígenas.

Los primeros testimonios de reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas, estuvieron principalmente interesados en intentar garantizar la conservación de la propiedad de sus tierras, frente a las amenazas y agresiones de quienes buscaban despojarlos de estas. Pero no se protegía ni menos promovía el respeto de su identidad cultural, el uso de sus lenguas y costumbres, dentro de la educación o la cultura nacional oficial. Ello reforzaba la situación de exclusión y discriminación que han padecido colectivamente estos pueblos e individualmente sus habitantes.

Resulta evidente que el reconocimiento de la diversidad cultural y de los derechos de los pueblos indígenas, se torna más urgente en Estados donde estas poblaciones no constituyen meras minorías, manteniendo formas de organización social y económica y una presencia territorial propias; viviendo según costumbres y prácticas culturales que expresan y sostienen su identidad, distinta a la oficialmente reconocida o promovida.

Sin embargo, durante las últimas décadas se han producido avances importantes respecto al reconocimiento de la diversidad cultural y la identidad de los pueblos indígenas, tanto a nivel de algunas Constituciones latinoamericanas, como de instrumentos internacionales (Convenio 169 de la OIT y convenciones de la UNESCO) y de resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este reconocimiento de la diversidad cultural, expresa la coexistencia de identidades culturales y nacionales distintas al interior de un mismo Estado. En este sentido, destacan las Constituciones de Ecuador y Bolivia, que avanzan del reconocimiento de la diversidad cultural hacia el planteo de una interculturalidad, que construya relaciones equitativas de interacción y desenvolvimiento de las distintas identidades culturales que, en conjunto, conforman una Nación, sustentada en la democracia y la inclusión. Más aún cuando establecen el carácter plurinacional del Estado, dejando de lado el viejo paradigma que identificaba al Estado con una única Nación homogénea, oficialmente reconocida.

También debe destacarse como un avance importante, plasmado en algunas Constituciones, convenios internacionales y en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la inclusión dentro del reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas de ciertos derechos colectivos, en los ámbitos económico, social, cultural y político. Con ello se contribuye a brindar una protección más integral de su propia forma de vida, acorde con sus valores, costumbres y cosmovisión. Involucra también el acceso a la propiedad y posesión de las tierras que ocupan y el aprovechamiento de los recursos naturales necesarios para su subsistencia, así como el derecho a que se respete su autonomía organizativa y libre determinación de sus prioridades de desarrollo. Asimismo, el derecho a ser consultados por el Estado, antes de aprobar normas o medidas que puedan afectar su identidad, un claro mecanismo de participación política democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245.

AGUILERA, B., *El conflicto multicultural*, Cáritas española, número 97, 1994, 51.

M. MARGULIS, *Sociología de la cultura*, Buenos Aires, Biblos, 2009, 22.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

EAGLETON, T., *La idea de cultura: una mirada política sobre los conflictos culturales*, Barcelona, Páidos, 2001, 58.

UNESCO. Declaración Universal sobre la diversidad cultural. 2001.

UNESCO. Convención sobre la protección y la prevención de la diversidad de las expresiones culturales. 2005.

CAPÍTULO IV

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS*

*Problemas de diseño de la justicia constitucional
y nuevas técnicas de protección judicial de la Constitución*

SUMARIO

1. El papel de la justicia constitucional. 2. El diseño de la justicia constitucional. 2.1. La composición de los Tribunales Constitucionales. 2.2. La norma objeto de control: tres supuestos especialmente problemáticos. 2.2.1. Leyes refrendadas por el pueblo. 2.2.2. El control de las reformas constitucionales. 2.2.3. El control de la legislación de urgencia. 3. El juicio de constitucionalidad. Técnicas para no invadir el terreno de otros poderes y reducir tensiones. 3.1. El control previo. 3.2. Las *political questions*. 3.3. La interpretación conforme a la Constitución. 3.4. Las sentencias interpretativas y manipulativas. 3.5. La crisis económica y las políticas de austeridad como piedra de toque. 4. El parámetro del control. 4.1. La creciente relevancia de los tratados y convenciones internacionales, especialmente en materia de derechos humanos. 4.2. Los Reglamentos parlamentarios. 5. Contenido y efectos de las sentencias. 5.1. Inconstitucionalidad con o sin nulidad. 5.2. La vinculación del futuro legislador a la jurisprudencia constitucional. 5.3. La ejecución de las sentencias. 6. Aspectos funcionales u organizativos. 6.1. Legitimación. 6.2. La duración del procedimiento. 7. La tutela de los derechos.

I. EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el tiempo de que dispongo, me voy a limitar a apuntar unas cuantas ideas, me temo que un tanto deshilvanadas, sin otra pretensión que poner sobre la mesa de manera telegráfica algunas cuestiones sobre las que vale la pena reflexionar. No será pues un inventario exhaustivo de problemas sino una cata selectiva. Soy plenamente consciente de que no hay una única receta, ni fórmulas mágicas, dada la diversidad de tradiciones, experiencias y culturas políticas y la heterogeneidad de las soluciones adoptadas a la hora de diseñar el modelo de justicia constitucional en los países de América Latina (como es sabido, unos cuentan con Tribunales o Cortes Constitucionales, separados del Poder Judicial; otros han establecido una Sala de lo Constitucional –especializada– en sus Tribunales Supremos; en algún país rige el sistema de control difuso en su versión más ortodoxa; y en otros, por último, se ha optado por un modelo mixto que combina ingredientes de distinta procedencia).

La justicia constitucional como garantía permanente que hace posible la actualización del pacto o compromiso fundacional (actuando como “comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución”, según la conocida defi-

* Doctor en Derecho de la Universidad de Valladolid. Ha sido Vicedecano de la Facultad de Derecho de Valladolid Director de la Escuela de Práctica Jurídica de Valladolid Jefe de Gabinete del Presidente del Consejo de Estado y Director del Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valladolid. En la actualidad, se desempeña como vocal de la Junta Electoral de Castilla y León.

nición de García de Enterría¹) es probablemente la innovación más relevante en el constitucionalismo iberoamericano de las últimas décadas. Un constitucionalismo que carece aún, quizá, de la fuerza y el arraigo que tiene en otras latitudes, pero que, con muy contadas excepciones, se ha consolidado, superando las turbulencias del pasado, cuando las libertades brillaban por su ausencia, se clausuraban Tribunales Constitucionales o se deponía a sus miembros. La justicia constitucional ha contribuido decisivamente a la reafirmación en nuestros países del valor normativo de la Constitución, como expresión del poder constituyente del pueblo, y a la garantía de su efectiva supremacía, así como de la vigencia de los derechos fundamentales y la división de poderes. Y ha participado activamente en la construcción y difusión de la cultura constitucional.

En el plano institucional, hay que felicitarse por la estabilidad democrática y los notables avances en el fortalecimiento del Estado de Derecho, concebido como *government of laws, not of men*. Me parece emblemática en este sentido la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-141, de 26 de febrero de 2010, que, contra todo pronóstico, abortó el intento de reformar la Constitución para permitir la segunda reelección (por otro período consecutivo) del presidente Uribe. La Corte declaró inconstitucional la ley mediante la cual se convocaba un referéndum para aprobar la reforma. Fue una lección de independencia y separación de poderes en un contexto de elevados índices de popularidad del presidente Uribe. Fue una excelente noticia para la salud institucional de Iberoamérica².

Es verdad que en ese panorama globalmente positivo se registran algunas notas discordantes o retrocesos puntuales como la deriva autoritaria de algunos regímenes de corte populista (como el que padecen en la actualidad los venezolanos), que han tratado de depurar y liquidar el poder judicial o controlarlo de forma obscena para

1 *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en REDC n.º 1, 1981, p. 97.

2 Vid. P. ROBLEDO y J.E. ROA: “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 15, Madrid (2011), pp. 645-651. La cuestión se resuelve, por cierto, en un sentido diametralmente opuesto al de la Sentencia n.º 2003-02771, dictada el 4 de abril de 2003 por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que declaró inconstitucional y anuló –por mayoría de 5 votos contra 2– la reforma constitucional aprobada mediante la Ley de 11 de julio de 1969 para impedir la reelección presidencial (art. 132.1), al considerar que esa modificación solo podría aprobarse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto y previa consulta al pueblo, esto es, mediante una reforma total. La Sala insiste en que “lo revisado por este Tribunal es el procedimiento mediante el cual se produjo la reforma constitucional aquí impugnada, no... la conveniencia del instituto de reelección presidencial, por cuanto tal decisión es una competencia que le corresponde en forma exclusiva al poder constituyente originario”. Al declarar inconstitucional esa reforma parcial por vulnerar el derecho fundamental a ser electo y a elegir (el derecho a la reelección, en suma) consagrado en la Constitución, recobró su vigencia el texto original de la constitución de 1949, que únicamente impedía la reelección sucesiva (se permitía pasados 8 años). Esta decisión reavivó la polémica sobre el activismo de la Sala IV y los límites de la jurisdicción constitucional en relación con el poder de reforma.

convertirlo en un brazo más del Gobierno, que actúa a sus órdenes, por no hablar de la confusión entre el partido gobernante y el Estado, de una libertad de prensa bajo mínimos por el hostigamiento a los pocos medios críticos, de la abrumadora propaganda oficial, de la persecución y encarcelamiento de dirigentes de la oposición o del rechazo a cumplir las decisiones de la CIDH apelando a la soberanía nacional. Son excepciones que no desvirtúan el balance positivo ya esbozado. Es un buen momento, en cualquier caso, para reivindicar esta institución, su dimensión contramayoritaria en particular, y tratar de recomponer la cultura constitucional común amenazada por determinadas concepciones de la democracia, inspiradas en un pseudoconstitucionalismo que se presenta a veces bajo la equívoca etiqueta de “neoconstitucionalismo”.

De modo recurrente, reaparece la controversia sobre la naturaleza de los Tribunales Constitucionales, que es, para la mayoría de nosotros, netamente jurisdiccional, aunque sus miembros sean designados por órganos políticos y muchas de sus decisiones tengan repercusiones políticas. Pero no por ello dejan de ser un verdadero Tribunal que resuelve conforme a Derecho, siguiendo un procedimiento contradictorio, las controversias o pretensiones que le son formuladas también en términos jurídicos. Carecen de iniciativa y solo actúan a impulso de aquellos sujetos legitimados para promover los distintos procedimientos. Ostentan por ello la condición de intérpretes supremos, que no infalibles, de la Constitución. En cualquier caso, la legitimidad de la justicia constitucional depende en último término de la exquisita imparcialidad en la actuación del órgano que ejerce esa función, cuya apariencia (imparcialidad objetiva) ha de preservarse al abrigo de toda sospecha de contaminación o prejuicio. Solo así será aceptado como árbitro de las disputas o litigios constitucionales.

Si la caracterización de la justicia constitucional como un elemento indispensable o consustancial a la democracia constitucional suscita algunas dudas (algunos países con acreditado *pedigree* democrático han podido preservar sus instituciones y la integridad de su marco constitucional sin recurrir a esta garantía jurisdiccional y no faltan en la doctrina autores que consideran disfuncional incluso este instrumento de defensa), lo que nadie discute es el papel que juega allí donde se establece: en una democracia constitucional el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es un mecanismo contramayoritario, como lo es también la rigidez de las Constituciones, porque limita la capacidad de decisión del legislador democrático. La tensión latente entre el órgano que ejerce el control y el sujeto a fiscalización es inevitable. A nadie le gusta que le enmienden la plana. Como bien se sabe, esta institución se enfrenta desde sus orígenes a una serie de objeciones, la más importante de las cuales es la democrática (la “dificultad contramayoritaria”, en expresión de Bickel³), que puede resumirse en un interrogante muy simple: si uno acepta

3 *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.^a ed., New Haven-Londres, Yale University Press, 1986.

que el método democrático es el más adecuado para adoptar decisiones colectivas, ¿por qué la opinión de una mayoría de jueces constitucionales debe prevalecer sobre la de una mayoría de ciudadanos o de sus representantes? ¿Está justificada la presunción de que van a equivocarse menos o van a acertar más que el legislador a la hora de interpretar y especificar las disposiciones constitucionales? No es un falso problema. Es una objeción seria, que no podemos desdeñar, y que no es fácil de desactivar o reducir al menos a “una magnitud que sea soportable”⁴. Porque hemos de reconocer honestamente que cada vez que un juez constitucional decide anular una ley, esa decisión tiene un coste en términos democráticos, que podrá verse compensado, eso sí, por ventajas o beneficios tangibles (en la protección de los derechos, por ejemplo) en el otro platillo de la balanza. Su función de control se legitimaría así por los resultados, por su demostrada utilidad para garantizar los derechos de los individuos y las minorías frente a los eventuales abusos de las mayorías, el Estado de Derecho en suma.

¿Cómo superar o minimizar esta objeción democrática? De responder a esa pregunta se ocuparán los participantes en las mesas de trabajo que tienen como objeto “la estructura de la Justicia Constitucional y su relación con la Democracia”. Permítanme solamente una fugaz incursión en ese campo minado para trasladarles mi impresión de que algunas de las críticas a la justicia constitucional son en realidad críticas a la democracia constitucional, una democracia que no se identifica con la regla de la mayoría y en la que el Parlamento no es soberano, dicho lisa y llanamente.

Dando por descontada la legitimidad de la justicia constitucional, el centro de gravedad del debate se desplaza al análisis de los límites que no deben franquearse en el ejercicio de esa saludable función, un análisis que debe partir, como premisa ineludible, de la presunción de constitucionalidad de la ley, que se funda en su inherente dignidad democrática, y el respeto a la libertad de configuración del legislador. En virtud de esa presunción, quien sostiene que una ley es inconstitucional ha de argumentar convincentemente la supuesta incompatibilidad entre esa norma y el texto constitucional, y si las razones esgrimidas no resultan concluyentes, entra en juego el principio *in dubio pro legislatore*. De ahí la exigencia de autocontención (*self-restraint*), para desactivar las críticas al “gobierno de los jueces”, un peligro que ya denunció E. Lambert hace casi un siglo⁵. Es una cuestión de grado. No tenemos una brújula que nos permita navegar sin correr riesgos entre Escila y Caribdis, entre la deferencia claudicante y el activismo arrogante o imprudente.

4 VÍCTOR FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2ª ed., 1997, p. 47.

5 EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Marcel Giard & Cie, Paris, 1921. Existe una versión reciente en castellano, con estudio preliminar de Luis Pomed: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Tecnos, 2010. Vid. también el comentario de I. TORRES MURO a propósito del libro (“Uso y abuso de la justicia constitucional”, en REDC, n.º 90, 2010, pp. 369-378).

No corresponde a los jueces constitucionales enjuiciar el acierto, la conveniencia o la oportunidad de una iniciativa legislativa sino únicamente su compatibilidad con la Constitución. Y esa potestad que tiene atribuida debe utilizarse con suma prudencia, pero también con coraje y determinación cuando aprecie una infracción manifiesta de la Constitución.

En este sentido, nos convence más la concepción de la Constitución como límite, que como programa a desarrollar. El Tribunal Constitucional dijo en una de sus primeras sentencias que la Constitución es “un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981). La Constitución es un pacto de mínimos, un marco que delimita el espacio en que se pueden mover los operadores jurídicos y los actores políticos, que fija las reglas del juego, no contiene una agenda u hoja de ruta política. Habilita para actuar en diferentes direcciones, pero no impone medidas concretas, ni prioridades o ritmos en la adopción de decisiones políticas. La Constitución define los límites que en ningún caso pueden sobrepasarse en el ejercicio de esa actividad de dirección política, pero dentro de esos límites caben distintas opciones o programas.

Lo que nos corresponde analizar ahora es la idoneidad del diseño, de la fisonomía de la justicia constitucional, que es muy distinta en cada país, para el correcto desempeño de una tarea tan delicada.

2. EL DISEÑO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

2.1. LA COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La designación de sus magistrados suele atribuirse a los órganos políticos (Parlamento y Gobierno). De este modo se renueva o actualiza la conexión con la voluntad popular y se mitiga en parte el déficit de legitimidad democrática. En algunos países participa también en su elección el poder judicial. En Chile y Ecuador, por ejemplo, la Corte Suprema designa los miembros del Tribunal Constitucional y en Colombia propone una de las tres ternas que el Senado elige.

La designación por las instituciones que reflejan en cada momento la voluntad popular contribuye sin duda a amortiguar la tensión irreductible entre justicia constitucional y democracia. Pero no siempre funciona bien. En España, sin ir más lejos, sufrimos las consecuencias de un perverso sistema de reparto por cuotas: una vez fijado el número de candidatos que le corresponden, cada fuerza política propone a los que considera oportuno, que no pueden ser vetados por las demás formaciones y son elegidos por las Cámaras sin someterse a un verdadero escrutinio, porque en las Comisiones consultivas de nombramientos todos respetan el pacto tácito de no

agresión. Lamentablemente, a la hora de “repartirse el botín” (la *lottizzazione*), los partidos tienden a elegir a los próximos, a los más afines, y no a los más capaces. No tratan de encontrar de común acuerdo candidatos de consenso, avalados por una trayectoria profesional intachable y prestigiosa, sino que prefieren “colocar” a los suyos, en atención a los servicios prestados. Creo que la clave no radica en el método de elección –sobre el papel puede ser adecuado–, sino en el espíritu o talante con que se aplica⁶.

En este mismo orden, se discute sobre la duración del mandato de los magistrados. A la disyuntiva entre mandato temporalmente limitado o vitalicio, algunos añaden una tercera opción, el mandato indefinido hasta la jubilación, que reportaría algunas ventajas. Por un lado, reforzaría la independencia del juez constitucional, al conjurarse el riesgo de que puedan premiarse sus servicios con otros cargos una vez expirado su mandato. Por otro, no podría aplicarse el sistema de cuotas, porque al jubilarse un magistrado se produciría una sola vacante aislada que debería cubrirse de inmediato. Y en tercer lugar, para cubrir esa vacante se examinarían con lupa, de forma minuciosa, los méritos de los candidatos, porque el foco de la atención pública recaería sobre ellos. Lo cierto es que la mayoría de los países con Tribunales Constitucionales se han inclinado por un mandato limitado, sin posibilidad de reelección inmediata en nuestro caso. Con la temporalidad del mandato y la consiguiente renovación periódica se trata de garantizar, por un lado, la constante sintonía entre la orientación de los jueces constitucionales y la sensibilidad de la sociedad representada en los órganos políticos, y evitar, por otro, el anquilosamiento de la jurisprudencia⁷.

2.2. LA NORMA OBJETO DE CONTROL: TRES SUPUESTOS ESPECIALMENTE PROBLEMÁTICOS⁸

2.2.1. LEYES REFRENDADAS POR EL PUEBLO

Cuando una ley es aprobada en referéndum por el cuerpo electoral, la objeción democrática se plantea con toda su crudeza. Estamos ante un dilema que se ha

6 En los últimos años, se observa un mayor peso de los magistrados de procedencia judicial, en detrimento de los profesores universitarios, que constituyeron el núcleo duro del Tribunal en su brillante etapa inicial. La condición de militante del Partido Popular del actual presidente, Francisco Pérez de los Cobos, elegido en junio de 2013, provocó una intensa polémica, porque ciertamente la Constitución española no prohíbe la afiliación de los magistrados del Tribunal Constitucional a un partido político (solo prohíbe el ejercicio de funciones directivas), pero conviene siempre guardar las formas, aunque solo sea por estética.

7 VÍCTOR FERRERES, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/CEPC, Madrid, 2011, pp. 27-28.

8 Por poner solo algunos ejemplos, en la sentencia *González v. Raich* (2005) estimó contraria al Derecho federal una ley californiana, aprobada en referéndum, relativa a la utilización de determinadas drogas con finalidades

resuelto de manera distinta en función de la cultura política imperante en cada país. Así, en Francia el Consejo Constitucional se declaró incompetente para pronunciarse sobre la ley que autorizaba la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea, aprobada en referéndum nacional, al entender que era “expresión directa de la soberanía nacional” (Decisión n.º 92-313 DC, de 23 de septiembre de 1992). Se entiende que el pueblo soberano ha de tener la última palabra cuando se trata de una reforma constitucional. En cambio, la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuna de la justicia constitucional, ha examinado sin reparo alguno decenas de leyes y enmiendas constitucionales de los Estados sometidas a referéndum, al considerar que esa circunstancia no era relevante. Y en no pocos casos ha declarado su invalidez⁸. Así pues, la revisión judicial de normas aprobadas en referéndum no es un fenómeno insólito en el Derecho comparado.

En el caso de la controvertida STC 31/2010, de 28 de junio, que estimó parcialmente el recurso promovido contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006⁹, hemos de recordar que el proyecto de Estatuto fue aprobado por el Parlamento de Cataluña y después por las Cortes Generales como ley orgánica. Y de acuerdo con el procedimiento de reforma previsto en el Estatuto de 1979, fue ratificado en referéndum por los catalanes con un 74% de votos a favor y una discreta participación del 49%. De este modo, al anular algunos de sus preceptos, el Tribunal corrige la actuación de dos Parlamentos democráticos, refrendada expresamente por el cuerpo electoral. Una circunstancia que no puede tacharse de irrelevante, porque confiere al nuevo Estatuto una legitimidad democrática reforzada.

Desde un punto de vista formal, con la ley en la mano, nadie puede dudar de la plena competencia del Tribunal Constitucional para resolver el citado recurso (la LOTC lo prevé expresamente en art. 27.2). Una norma infraconstitucional como el Estatuto no puede ser inmune al control de constitucionalidad. Pero la discusión no ha girado tanto en torno a la cuestión de si el Tribunal Constitucional tiene competencia para enjuiciar la constitucionalidad de un Estatuto refrendado por los ciudadanos, como en torno al grado de deferencia a la hora de enjuiciarlo,

médicas; y en la sentencia *Romers v. Evans* (1996) invalidó una reforma de la Constitución de Colorado, aprobada también en referéndum, que disminuía la protección del derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual. Más recientemente, un juez federal declaró que era contraria a los derechos de igualdad y debido proceso consagrados en la Constitución federal una reforma de la Constitución californiana adoptada mediante referéndum en 2008, que reservaba la institución matrimonial a la unión entre un hombre y una mujer (Sentencia de 4 de agosto de 2010 de la United States District Court for the Northern District of California en el caso *Kristin Perry v. Schwarzenegger*). Así pues, la garantía de la supremacía constitucional ha de prevalecer incluso en el supuesto extremo de leyes ratificadas por el pueblo.

9 Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 99 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

a la vista del respaldo popular recibido, que fortalece sin duda la presunción de constitucionalidad.

Para Víctor Ferreres¹⁰, habría que distinguir en función de si el legislador tiene o no competencia para regular la materia de que se trate. Si ostenta la competencia, lo más razonable es sostener que el juez solo debe invalidar la norma aprobada en un proceso de tan alta intensidad democrática si la inconstitucionalidad es palmaria, manifiesta. En el segundo caso, en cambio, cuando el legislador no es competente y se extralimita al regular materias que le están vedadas, tal deferencia no tiene sentido. Es un criterio que se ajusta a la lógica democrática: cuando el Estatuto regula materias que afectan a la organización básica de la Comunidad Autónoma, cobra pleno valor el hecho de que los ciudadanos de esa Comunidad hayan participado en su aprobación. Ellos son a fin de cuentas los afectados por la norma. Pero si regula, aunque sea de forma indirecta, la estructura o el modo de ejercicio de los poderes del Estado (al fijar, por ejemplo, porcentaje de inversiones del Estado en Cataluña), entonces pierde relevancia la aprobación en referéndum, puesto que no han participado en la decisión todos los afectados (los españoles) sino solo una parte de ellos¹¹.

2.2.2. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

No existe un criterio homogéneo en la jurisprudencia constitucional iberoamericana en lo que respecta al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. En algunos países se descarta un control de este tipo. En otros, los órganos de la justicia constitucional han ejercido ese control o han reconocido por lo menos esa posibilidad en la medida en que se concibe el poder de reforma como un poder derivado o constituido, pero han seguido diferentes criterios. Con arreglo al primero de ellos, el más extendido, el control se circunscribe a los aspectos procedimentales (se trataría de verificar el respeto al procedimiento previsto en la propia Constitución). En otros ordenamientos, en cambio, se admite un control sustantivo o de fondo (en Costa Rica o Perú, por ejemplo). Un caso particular es el control que viene ejerciendo la Corte Constitucional de Colombia, con la “teoría de la sustitución”, en virtud de la cual los principios y valores que identifican a la Constitución de 1991 no pueden ser modificados por el Congreso a través del mecanismo de la reforma constitucional; solo pueden modificarse por una Asamblea Nacional Constituyente.

¹⁰ “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática...”, *ob. cit.*, pp. 28-33.

¹¹ Prescindo de cualquier consideración sobre las adversas circunstancias que rodearon el tardío pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este asunto: unos y otros ejercieron una enorme presión sobre los integrantes de esta institución (empleando munición de grueso calibre, como la recusación carente de fundamento de uno de los magistrados). Las tensiones a las que se vio sometido se saldaron con una notable pérdida de la credibilidad y el prestigio que este órgano se había ganado gracias al brillante papel jugado en sus primeros años de andadura.

Esto quiere decir que si bien la Constitución no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o intangible, el poder de reforma está sometido a límites materiales, de modo que la facultad de reformar la Constitución atribuida al Congreso no comprende la posibilidad de derogarla o sustituirla por otra, porque entonces el poder constituido estaría sustituyendo al poder constituyente. La Corte Constitucional no ha precisado cuáles son esos principios y valores consustanciales que escapan al poder de reforma del Congreso, pero sí ha declarado contrarias a la Constitución algunas reformas constitucionales, como la que permitía la reelección por dos períodos consecutivos del presidente de la República al considerar dicha reforma contraria a los principios constitucionales de separación de poderes, alternancia, e igualdad.

2.2.3. EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE URGENCIA

El tratamiento de la objeción democrática o de los límites de la jurisdicción constitucional pone siempre el foco en la relación con el legislador, con el Parlamento. Pero no menos crucial es el control de las disposiciones con rango de ley que dictan los Gobiernos, en un doble aspecto: el presupuesto habilitante y los límites materiales. Me van a permitir que centre mi atención en la experiencia española, que me parece paradigmática en este aspecto, aunque en casi todos los países se admite la posibilidad de que el Ejecutivo (o el presidente de la República incluso) apruebe disposiciones con rango de ley por razones de urgencia.

El art. 86.1 CE dispone que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar...”. La denominación de Decreto-Ley habla bien a las claras de su naturaleza híbrida o mixta. Es, en primer lugar, decreto, por tratarse de una disposición dictada por el Gobierno en ejercicio de poderes propios, no como consecuencia de una previa habilitación o autorización parlamentaria *ex profeso*, como en la legislación delegada, sino haciendo uso de un poder permanente atribuido directamente por la Constitución. Pero es al mismo tiempo ley, norma dotada del mismo rango o fuerza que las emanadas de las Cortes, que tiene los mismos efectos, y, una vez convalidados, solo podrán ser derogados por una norma con rango de ley posterior. Por eso mismo, el control jurisdiccional de estas normas, en todos los aspectos (materiales y formales) corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional [art. 161.1.a) CE].

Estamos, en todo caso, ante una figura singular y excepcional, que no puede utilizarse en cualquier situación, sino solo en supuestos de hecho tasados, que no puede emplearse para la regulación de cualquier materia, y que tiene un carácter provisional, debiendo ser objeto de confirmación parlamentaria en un plazo perentorio como condición para el mantenimiento de su vigencia, para su supervivencia.

En cuanto al presupuesto de hecho habilitante, al limitar la producción de Decretos-Leyes a los supuestos en que concurra una “extraordinaria y urgente necesidad”, el constituyente manifestó con suma claridad su propósito de máxima restricción en el empleo de esta modalidad normativa. No puede ser un instrumento de uso común, que sirva para desarrollar una legislación paralela a la ordinaria o para suplantar al Parlamento. El problema, claro está, radica en la interpretación que se haga de esos adjetivos. Hay, sin duda, un amplio margen para la valoración discrecional, pero esto no significa que el Gobierno goce de una absoluta libertad para apreciar por sí mismo la concurrencia de una situación de necesidad. La “extraordinaria y urgente necesidad” es un concepto jurídico indeterminado (concretable no *a priori*, sino *a posteriori*, caso por caso), muy elástico, pero su concurrencia o no en cada caso concreto puede ser revisada por el Tribunal Constitucional. Pues bien, la experiencia de los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución revela que los sucesivos gobiernos han efectuado una interpretación absolutamente laxa del presupuesto habilitante exigido por el art. 86. En muchos casos, la situación abordada no tenía nada de urgente, ni de extraordinaria. El abuso del Decreto-Ley ha llegado a su paroxismo en esta última legislatura, en la que se va a batir un record absoluto: 76 Decretos-Leyes.

Esto no sería especialmente grave si el Tribunal Constitucional hubiese adoptado una postura de cierto rigor en el control de la existencia efectiva de la situación de urgente y extraordinaria necesidad. Pero no ha sido así, y el Tribunal ha mostrado una actitud muy complaciente con los argumentos esgrimidos por el Gobierno para justificar la necesidad del Decreto-Ley (no debe “inmiscuirse en la decisión del Gobierno”, llega a decir la STC 111/1983). En su primera Sentencia sobre el particular, la STC 29/1982, además de afirmar resueltamente su competencia para fiscalizar la concurrencia del presupuesto habilitante, el Tribunal Constitucional insiste en que las medidas contenidas en el Decreto-Ley han de ser instantáneas (“de eficacia inmediata”) y congruentes o adecuadas con la situación que se pretende resolver. Pero se ha inclinado por una interpretación muy generosa del requisito de la necesidad que no se corresponde con ese carácter excepcional. De acuerdo con esta interpretación, se admite este instrumento para hacer frente a cualquier coyuntura económica, convirtiéndose en una herramienta más de la política económica. De hecho, el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional ningún Decreto-Ley por falta de presupuesto habilitante hasta el año 2007 (STC 68/2007, de 28 de marzo¹²), pese a haberse impugnado unos treinta (20 recursos y 10 cuestiones). En suma, el control que ha venido ejerciendo el Tribunal ha sido poco incisivo.

12 El Pleno del Tribunal estimó, por unanimidad, los recursos de inconstitucionalidad acumulados presentados contra el Real Decreto-Ley 5/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad y declaró inconstitucional y nulo el citado Real Decreto-Ley, por

3. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD. TÉCNICAS PARA NO INVADIR EL TERRENO DE OTROS PODERES Y REDUCIR TENSIONES

3.1. EL CONTROL PREVIO

El control previo, característico del modelo francés, es el que se ejerce antes de la entrada en vigor de la norma, en contraste con el control represivo o sucesivo sobre las normas que ya están en vigor. En España, se someten a un control previo de constitucionalidad los tratados internacionales. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 de la LOTC, el Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o no de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional antes de ratificación.

Hasta la reforma operada mediante la LO 4/1985, que suprimió el art. 79 LOTC, el Tribunal Constitucional conocía también de los recursos previos de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas, que se interponían cuando el proyecto ya había sido aprobado por las Cámaras pero antes de cumplimentar el trámite final del procedimiento legislativo, esto es, la sanción, promulgación y publicación (el plazo era de solo tres días)¹³. La negativa experiencia derivada de la STC 31/2010, antes citada, llevó a algunos a proponer la reintroducción en nuestro ordenamiento del recurso previo contra proyectos de modificación de los Estatutos de Autonomía. Esa propuesta se ha materializado en la reciente Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la LOTC, que restablece el recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación (no para las demás leyes orgánicas)¹⁴.

vulneración del art. 86.1 CE. Una declaración que no tuvo más efecto que el de servir de advertencia para el futuro, porque dicho Decreto-Ley ya había sido derogado tras su tramitación como Ley. Este año 2015 ha llegado a la misma conclusión en dos ocasiones, pero también respecto de dos Decretos-Leyes que ya se habían convertido en sendos proyectos de ley.

- 13 Se adujo como motivo de la eliminación de este control previo la utilización abusiva del mismo por los grupos minoritarios para paralizar la entrada en vigor de las leyes orgánicas aprobadas por las Cortes Generales.
- 14 Mediante este recurso podrá impugnarse el texto definitivo del proyecto de Estatuto o de la propuesta de reforma de Estatuto tras su tramitación en ambas Cámaras. El plazo para su interposición es extremadamente breve (tres días). Y para impedir dilaciones indeseables en su resolución, se establece un plazo improrrogable de seis meses para que el Tribunal resuelva con carácter preferente. El nuevo artículo 79 precisa además los efectos de la interposición del recurso –que suspende automáticamente la tramitación del proyecto–, y de la Sentencia estimatoria del mismo, que tendrá como consecuencia la imposibilidad de seguir el procedimiento en tanto los preceptos declarados inconstitucionales no hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

El control previo, menos traumático que el sucesivo, porque no implica la anulación de una ley en vigor, se ha abierto paso en otros ordenamientos iberoamericanos. En Costa Rica, se admite el control previo de ciertas normas, con carácter obligatorio o facultativo, mediante las consultas legislativas de constitucionalidad. En Colombia se prevé también el control previo de la convocatoria de un referéndum o de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, de los referendos sobre leyes, de las consultas populares y plebiscitos a escala nacional, de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo en estados de excepción, de las leyes estatutarias y de los tratados internacionales. En Chile, por último, se prevé en el artículo 93.1 de la Constitución un procedimiento excepcional de control de oficio, preventivo y obligatorio, cuando se trate de proyectos de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales y de tratados internacionales que se refieran a materias de Leyes Orgánicas Constitucionales.

3.2. LAS *POLITICAL QUESTIONS*

Es una técnica genuinamente norteamericana, mediante la cual la Corte Suprema renuncia a examinar y resolver una cuestión netamente política que no le compete. Aquí no se trata de decidir con más o menos deferencia, sino de no decidir, de abstenerse (una forma de *non liquet*). Ya encontramos un precedente de esta doctrina en la célebre sentencia dictada en 1803 en el caso *Marbury v. Madison*, cuando el Juez Marshall afirma que hay cuestiones que por su naturaleza política están atribuidas por la Constitución o las leyes al Ejecutivo y la Corte no puede dirimir. En otras palabras, es una técnica de reenvío de cuestiones constitucionales a los poderes políticos. La Corte se reserva esa posibilidad, ese “comodín”, pero no ha precisado nunca los criterios que aplica para calificar una cuestión como política y en consecuencia, no justiciable. En Europa, los tribunales constitucionales no ha hecho uso de esta facultad¹⁵.

3.3. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Antes de declarar la invalidez de una ley es preciso apurar todas las posibilidades de interpretar sus preceptos de conformidad con la Constitución, agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que solo en el caso de que exista una clara incompatibilidad, una contradicción insalvable, entre la norma y la Constitución procedería su anulación. Pero

15 MARIAN AHUMADA, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson Civitas, 2005, pp. 47-48.

la presunción de validez y el principio de conservación de la ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica, impone al intérprete la obligación de evitar en la medida de lo posible ese desenlace traumático, de interpretar la ley cuestionada de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse, porque la nulidad comporta graves consecuencias cuando al amparo de la norma anulada se hubiesen creado una pluralidad de situaciones o relaciones jurídicas. El intérprete ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma (el Derecho tiene *horror vacui*). De ser posibles varias interpretaciones, debe escoger aquella que salve la aparente contradicción. Pero sin forzar el texto de la ley, sin hacer decir a la ley (reconstruyéndola o manipulándola) lo que con toda evidencia no dice. Si la contradicción es irreductible y la ley es inequívocamente inconstitucional, no se puede mirar para otro lado, no se puede eludir la anulación. Hay que manejar pues este criterio con mucha cautela, para evitar que, amparándose en él, el juez constitucional entre en el terreno de la creación de normas, colocándose en el lugar del legislador, suplantándole. Esta es una técnica utilizada de forma constante en casi todos los ordenamientos.

3.4. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS Y MANIPULATIVAS

En la jurisprudencia constitucional podemos encontrar un extenso catálogo de sentencias atípicas, que no se limitan a declarar de forma incondicional la validez o invalidez de un precepto, sino que modifican el precepto (sentencias aditivas o manipulativas) o condicionan su validez a una determinada interpretación de su contenido (son las sentencias interpretativas de carácter desestimatorio, que declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el juez constitucional considere adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido que considere inadecuado¹⁶).

Cuando un tribunal dicta una sentencia manipulativa da un paso más: a la vista de que aplicando los criterios tradicionales de interpretación el texto no puede acomodarse a la Constitución, opta por introducir en la ley las correcciones necesarias para asegurar su conformidad con la Constitución. Es una técnica de delicado uso, cuya legitimidad se discute. Para Ferreres, que no cree que un Tribunal

16 VÍCTOR FERRERES, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática...”, cit., p. 35. La STC 11/1981 considera interpretativa aquella sentencia “a través de la cual se declara que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera”. En estos casos, el Tribunal da a la ley un contenido que no es el que necesaria o inmediatamente resulta del texto original, excluyendo otras posibles lecturas de la norma en cuestión. Vid. también F. J. DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Constitucional haya de ceñirse estrictamente a su papel de legislador negativo, no tiene sentido que algunos no vean ningún problema en el hecho de que anule leyes del Parlamento y sí lo vean cuando en lugar de anularlas, las repara por medio de sentencias manipulativas¹⁷.

3.5. LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS POLÍTICAS DE AUSTERIDAD COMO PIEDRA DE TOQUE

La profunda crisis económica que ha sufrido el sur de Europa en los últimos años ha puesto a prueba la solidez de las reglas que rigen las relaciones entre la justicia constitucional y el legislador. La respuesta de los jueces constitucionales a los recursos que han cuestionado la constitucionalidad de determinados recortes en las políticas sociales o los retrocesos en la protección de los derechos laborales en cumplimiento de los programas de austeridad ha sido muy distinta. Llama poderosamente la atención, en este sentido, el contraste entre la actitud del Tribunal Constitucional portugués, que podríamos calificar de activista en la defensa de los principios y derechos constitucionales, y la del Tribunal Constitucional español, que se ha mostrado deferente o se ha puesto de perfil cuando ha tenido que enjuiciar las reformas de la legislación laboral o las leyes de estabilidad presupuestaria.

El Tribunal Constitucional portugués ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunas medidas de ajuste en diversas decisiones desde el año 2011^[18]. Una de las más importantes es, sin duda, el acuerdo n.º 187/2013, de 5 de abril, adoptado en respuesta a cuatro recursos acumulados que denunciaban la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 66-B/2012, del Presupuesto del Estado para 2013^[19]. Pues bien, con apoyo precisamente en un acuerdo anterior,

17 Ob. ult. cit., p. 37. Eso no significa que el Tribunal Constitucional no deba respetar ciertas reglas a la hora de dictar sentencias manipulativas. El repertorio de técnicas de las que puede echar mano para reaccionar contra una ley inconstitucional es bastante rico. Anular la ley es solo uno de los remedios, no el único. En muchos países los tribunales prefieren evitar los vacíos legislativos y buscan fórmulas alternativas para asegurar que el texto se ajuste a lo dispuesto en la Constitución, retocando, manipulando, o reconstruyendo parcialmente la ley impugnada. Resulta de ello una nueva ley, que se parece mucho a la anterior, pero que no es igual. En rigor, los tribunales se mueven más allá del círculo de las interpretaciones posibles, porque la interpretación final difiere de la interpretación “honesta” que se fijó en la primera etapa del proceso. Lo que hay aquí es un esfuerzo judicial por reparar los defectos advertidos en la ley y asegurar su compatibilidad con la Constitución. En todo caso, tiene que quedar claro que la manipulación de la ley como remedio presupone que ley recurrida era en efecto inconstitucional y no era posible una “interpretación conforme” (pp. 39-40).

18 Vid. un análisis detenido de estas decisiones en J. PONCE, “El Estado social y democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español”, en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 23, 2015. El trabajo no se limita a dar cuenta de la jurisprudencia del Tribunal portugués. Recoge también diversos pronunciamientos de tribunales de otros países (Alemania, Italia, Canadá, Argentina, Colombia o Perú), de los que se deriva la existencia de límites constitucionales a la regresividad en materia de derechos sociales.

19 Las medidas cuestionadas se inscribían en el ámbito de una estrategia comprometida con la continuidad

el 396/2011, el Tribunal examinó las reducciones salariales desde la perspectiva del principio de igualdad, centrando su atención en el hecho de que los destinatarios de las medidas eran solo los empleados públicos y no los trabajadores del sector privado o quienes obtienen rendimientos de otra procedencia, y llegó a la conclusión de la diferencia de trato no resultaba “patentemente irrazonable” en una coyuntura excepcional²⁰. Pero el principio de igualdad exige además que la diferencia de trato sea proporcionada y no excesiva. Para el Tribunal el problema no está en la existencia de una diferencia de trato (que es admisible en principio), sino en la medida o magnitud de esa diferencia en el reparto de los sacrificios o cargas públicas y entiende que en este caso no es proporcional, que el legislador ha traspasado los límites de la prohibición de exceso²¹. Por otra parte, el Tribunal

del esfuerzo de consolidación fiscal previsto en el Programa de Ajuste Económico y Financiero (PAEF) acordado entre el Gobierno portugués y la troika (FMI, Comisión Europea y BCE) para ganar la confianza de los acreedores, que fijaba los límites del déficit público para 2012, 2013 y 2014 en el 5%, 4,5% y 2,5% del PIB, respectivamente. Estas medidas tienen una naturaleza heterogénea, porque contemplan intervenciones tanto en el capítulo de ingresos como en el de gastos. Por el lado de los gastos, se adoptan, entre otras, las siguientes medidas: a) mantenimiento de la congelación de retribuciones para todos los trabajadores de las Administraciones Públicas y del sector público empresarial del Estado, así como de los titulares de cargos públicos, una congelación ya impuesta en ejercicios anteriores que supone una reducción de entre el 3,5% y el 10% para los salarios superiores a 1500 euros al mes; b) suspensión total o parcial del pago del subsidio de ferias (prima o paga extraordinaria de verano); c) reducción de efectivos en un 2%; y d) medidas de racionalización de costes de personal, como reducción de contratos temporales, reducción de remuneración por horas extraordinarias, modificación de las reglas relativas a subsidio por enfermedad, elevación a 65 años de la edad de jubilación, creación de contribución adicional sobre pensiones (CES) entre el 3,5% y el 10% para pensiones mensuales superiores a 1350 euros, y suspensión del 90% del subsidio de ferias a pensionistas cuya pensión sea superior a 1100 euros.

20 Es verdad que el reparto de sacrificios impuestos por la situación excepcional de crisis financiera no se hace de igual forma entre todos los ciudadanos con la misma capacidad contributiva, toda vez que no tienen un alcance universal y recaen solo en los empleados públicos. Pero esa diferenciación no es arbitraria y tiene un fundamento legítimo, porque por el lado de los gastos solo una disminución de las retribuciones garantiza una eficacia cierta e inmediata para lograr el objetivo de la reducción del déficit público (tiene un impacto inmediato y cuantitativamente relevante en el gasto corriente del Estado, que contribuye a reducir el déficit en el corto plazo). Y además, quien percibe un salario del Estado no se encuentra en la misma posición que los demás ciudadanos, por lo que el sacrificio adicional exigido transitoriamente a esta categoría de personas no constituye, en un contexto de excepcionalidad, “un tratamiento injustificadamente desigual”. Ciertamente, otras opciones son teóricamente posibles. Pero ese es justamente el dominio de la política, un dominio reservado en suma al legislador democráticamente legitimado. Al Tribunal no le corresponde apreciar la mayor o menor bondad de las medidas sino solo juzgar si las soluciones impugnadas son arbitrarias por sobrecargar gratuita e injustificadamente a una cierta categoría de ciudadanos.

21 A quienes perciben remuneraciones de entidades públicas se les exige para el ejercicio de 2013 un esfuerzo adicional que no se exige a los perceptores de otros rendimientos. Cuando vamos a entrar en el tercer ejercicio presupuestario consecutivo que trata de dar cumplimiento al programa de asistencia financiera, añade el Tribunal, el argumento de la eficacia inmediata de las medidas de reducción salarial y suspensión del subsidio no justifica el agravamiento de la situación de los empleados públicos. La reducción salarial debería ir acompañada de otras medidas alternativas de contención del gasto público. No se puede afirmar que es la única medida que surte efectos seguros e inmediatos en la reducción del déficit y por tanto la única opción posible para lograr ese objetivo. El argumento pudo valer para el ejercicio de 2011, pero ya no resulta convincente en periodos presupuestarios posteriores. Y el transcurso del tiempo refuerza la exigencia al legislador para que encuentre alternativas que eviten que con su prolongación el tratamiento diferenciado se torne claramente excesivo para

Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la contribución que gravaba los subsidios de enfermedad y desempleo, con la consiguiente reducción del importe de esas prestaciones (en más de un 5%) y lo hizo apelando a la garantía constitucional de una existencia digna o un mínimo de subsistencia: “aunque haya de admitirse la reversibilidad de derechos concretos y expectativas, habrá que salvar siempre, incluso en situaciones de emergencia económica, el núcleo esencial de la existencia mínima concretado por la legislación que regula las prestaciones por enfermedad o desempleo, porque está aquí en juego el parámetro constitucional de la existencia digna”²².

Bien distinta ha sido la postura de Tribunal Constitucional español en la STC 8/2015, de 22 de enero, sobre la reforma laboral impulsada por el Gobierno del Partido Popular. Como se dice en el Voto Particular suscrito por el Magistrado Valdés Dal-Ré, con la adhesión de otros dos Magistrados, el Pleno utiliza “un novedoso canon de constitucionalidad, que, inaugurado con la STC 119/2014, hace de la crisis económica un parámetro de validez de las medidas limitativas de los derechos constitucionales y los principios rectores del capítulo III acordadas por el legislador”. De acuerdo con dicho canon, los derechos sociales estarían “sujetos a un doble juicio de constitucionalidad: uno primero de carácter ordinario y uno segundo de naturaleza extraordinaria, que se activa en situaciones de crisis económica”, olvidando que “el límite de los límites de los derechos constitucionales debe ser [...] único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico”, pues “aunque el contenido accesorio o no esencial de estos derechos [sociales] puede acomodarse al entorno económico [...] esa maleabilidad no es predicable de su contenido esencial”.

quien lo soporta. Para el Tribunal, el efecto de la suspensión del pago del subsidio de ferias prevista en el art. 29 conjugado con la reducción salarial prevista en el art. 27 no respeta el principio de igualdad proporcional y de justo reparto de las cargas públicas y declara inconstitucional, por tanto, la norma contenida en el art. 29. Por razones análogas se declara inconstitucional la suspensión del pago del 90% del subsidio de ferias a los jubilados, prejubilados y equiparados cuya pensión sea superior a los 1100 euros.

22 La Constitución garantiza el derecho de los trabajadores a la asistencia material cuando involuntariamente se encuentren en situación de desempleo o de enfermedad, aunque no en un concreto montante. Pero difícilmente se podrá considerar adecuada una medida que reduzca el montante de unas prestaciones ya reducidas por debajo del nivel mínimo establecido por el propio legislador para garantizar un mínimo de subsistencia en situaciones de riesgo social. Por otro lado, esta opción legislativa tampoco es razonable, porque afecta a los beneficiarios que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad al no estar en condiciones de obtener rendimientos de trabajo para hacer frente a las necesidades vitales de su familia.

4. EL PARÁMETRO DEL CONTROL

4.1. LA CRECIENTE RELEVANCIA DE LOS TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES, ESPECIALMENTE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

No me detendré en el análisis de esta cuestión, que va a ser abordada en otras mesas y ponencias de este Congreso. Son bien conocidas por todos las diferencias existentes en lo que respecta a la posición que ocupan en nuestros ordenamientos los tratados internacionales. En algunos países, como Colombia, gozan de rango constitucional, de jerarquía constitucional²³, mientras que en otros, como España, su valor es meramente interpretativo (art. 10.2 CE). Pero en todos se reconoce que los tratados, pactos y convenciones internacionales válidamente ratificados por el Estado forman parte del Derecho interno.

También se registran importantes diferencias en cuanto el carácter vinculante de las decisiones de los órganos supranacionales que garantizan el cumplimiento de estos tratados y convenios. En la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos se reconoce sin reservas la fuerza vinculante de la jurisprudencia emanada de estos órganos, incluso en aquellos casos en los que el Estado no ha sido parte del proceso ni ha sido condenado. En otros, se reconoce únicamente su eficacia como criterio de interpretación, como fuente de inspiración que sirve para reforzar la argumentación de las propias decisiones jurisdiccionales.

La referencia a casos o soluciones adoptadas en otros países es una constante en la jurisprudencia constitucional, y sirve para fundamentar y legitimar las propias decisiones. En ese sentido, los Tribunales Constitucionales han contribuido decisivamente a la construcción de un Derecho constitucional trasnacional. El diálogo entre tribunales da lugar a una fertilización cruzada o recíproca que enriquece ese acervo común. En España sobresale por su carácter innovador y su repercusión práctica la progresiva asunción por los tribunales españoles de los estándares de protección establecidos por el Tribunal Europeo de Estrasburgo en relación, por ejemplo, con las garantías de un proceso justo, la intervención de las comunicaciones o la contaminación acústica como factor de injerencia ilegítima en los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio.

23 Es más, en Costa Rica se les otorga incluso un valor supraconstitucional. La Sala Constitucional viene sosteniendo que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional y prevalecen, por tanto, prevalecen sobre la propia Constitución si confieren más libertades o un mayor nivel de protección a un determinado derecho.

4.2. LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS

A la hora de enjuiciar la constitucionalidad de una ley, el parámetro que sirve de referencia es por lo general el propio texto constitucional, pero no necesariamente. En España, el Tribunal Constitucional puede invalidar también leyes por infringir no la Constitución sino lo dispuesto en otras normas infraconstitucionales que integran lo que se conoce como “bloque de la constitucionalidad”, un conjunto de normas interpuestas entre la Constitución y las leyes, que reúnen la doble condición de ser objeto de control de constitucionalidad (son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad) y servir como parámetro o medida de constitucionalidad de otras leyes (normas que han de tomarse en consideración para poder efectuar ese juicio de validez).

Integran este bloque de disposiciones los Estatutos de Autonomía y otras normas que delimitan las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas. Pero también los Reglamentos de las Cámaras cuando la impugnación de una ley se funda en la denuncia de vicios o irregularidades en el procedimiento legislativo. En un principio, en la etapa liberal, la infracción de las reglas de funcionamiento que se daban a sí mismas las asambleas representativas no afectaba a la validez de la ley; eran reglas de cortesía sin eficacia vinculante y regía además la doctrina de *interna corporis*, de modo que el procedimiento interno de formación de la ley era irrelevante y no podía fiscalizarse desde fuera. Hoy los reglamentos son normas estables y rígidas que regulan con detalle el procedimiento legislativo y garantizan los derechos de las minorías y los parlamentarios individuales. Se dan pues las condiciones para que el Tribunal Constitucional pueda anular una ley por vicios de forma que alcancen cierta entidad y afecten a los derechos de participación política (no por cualquier irregularidad).

5. CONTENIDO Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

5.1. INCONSTITUCIONALIDAD CON O SIN NULIDAD

Se impone una primera distinción entre las sentencias que declaran la inaplicabilidad de una norma con efectos *inter partes* y las que declaran la invalidez o nulidad *erga omnes*, con eficacia general, de una ley, que es expulsada del ordenamiento. Estas son las que nos interesan ahora.

En este apartado, hemos de constatar el frecuente recurso de los jueces constitucionales al expediente de las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad. Se rompe así el vínculo, la ecuación entre inconstitucionalidad y nulidad radical *ex tunc*, que en nuestra LOTC sigue siendo la regla general²⁴. Pero esa regla admite

24 El art. 39.1 LOTC establece que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la

excepciones y es al Tribunal Constitucional a quien corresponde decidir en cada caso sobre el alcance de la misma. Dispone pues de un amplio margen de maniobra para modular o diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y minimizar así su impacto, llegándose en ocasiones al extremo de permitir que la norma declarada inconstitucional prolongue su vigencia a la espera de que el legislador cumpla el mandato que le obliga a sustituir ese precepto, un mandato sin plazo, *sine die*²⁵. En principio, esta flexibilidad no debilita, sino que más bien refuerza la eficacia del control, siempre que no suponga una abdicación de la potestad del Tribunal para anular preceptos contrarios a la Constitución.

5.2. LA VINCULACIÓN DEL FUTURO LEGISLADOR A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Nos preguntamos ahora en qué medida vincula la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal Constitucional al futuro legislador²⁶. De entrada, conviene distinguir este efecto vinculante y el de *cosa juzgada*. La *cosa juzgada* es un efecto consustancial a la decisión judicial que resuelve un litigio. Es, por tanto, un efecto que se predica de “lo juzgado”, de lo que ha decidido el juez al dictar su sentencia. Asunto zanjado. Vincula a las partes, que no pueden plantear de nuevo la misma controversia, y evita que se produzcan sentencias contradictorias en un mismo asunto. No cabe duda de que todas las sentencias del Tribunal Constitucional poseen eficacia de *cosa juzgada* formal, pues contra ellas no cabe recurso alguno. Lo que se discute es la eficacia de *cosa juzgada* material de las sentencias que ponen fin a un proceso constitucional, esto es, si la doctrina establecida para sustentar el fallo vincula al futuro legislador.

Para algunos, la doctrina jurisprudencial no puede limitar la libertad del legislador, sometida únicamente a la Constitución. Para otros, en cambio, el legislador

nulidad de los preceptos impugnados”, sin prever ninguna excepción. La inconstitucionalidad de una norma comporta pues su nulidad.

25 En la copiosa casuística no faltan ejemplos de inconstitucionalidad por regulación insuficiente (aquí el legislador regula una materia, pero en esa regulación omite determinados aspectos o detalles) en los que el Tribunal ha optado por hacer un llamamiento al legislador para que ponga remedio en un plazo razonable a esa inconstitucionalidad. En estos casos, el Tribunal no repara la inconstitucionalidad ni limita las posibilidades de aplicación de la norma, de manera que esta seguirá en vigor pese a ser inconstitucional hasta que el legislador atienda el requerimiento. Ni siquiera hay nulidad diferida pues no se fija un plazo a partir del cual la ley será nula. En la STC 194/2004, por ejemplo, se aplazaron los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley estatal –en relación con los Parques Nacionales– hasta que los Parlamentos autonómicos aprobasen la correspondiente regulación en sustitución de la declarada inconstitucional.

26 Me he basado en los excelentes trabajos de VÍCTOR FERRERES (“¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?”) y MARIAN AHUMADA (“¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores?”) publicados en el n.º 79 de la colección del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Catalunya, con el título “¿Cómo vinculan las sentencias constitucionales al legislador?”, Barcelona, 2012, pp. 11-26 y 39-58, respectivamente.

debe abstenerse de aprobar leyes que entren en colisión con la doctrina establecida por los jueces constitucionales, como regla general al menos. Si al establecer un control de constitucionalidad de las leyes damos prioridad a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la interpretación del Parlamento, parece lógico que este esté obligado a moverse en el futuro dentro de los límites marcados por la jurisprudencia constitucional. Lo contrario sería desafiar la autoridad del Tribunal, incurrir en una deslealtad institucional.

La postura adoptada por Tribunal Constitucional alemán en torno a esta cuestión puede resultar ilustrativa. Si en un primer momento parece que se inclinó por la tesis de la prohibición de repetición (*Wiederholungsverbot*), enseguida corrigió esa postura maximalista, al considerar que ese principio es contrario a la libertad de configuración del legislador y cierra la vía para la revisión de la propia jurisprudencia (que obviamente no puede acometerse de oficio). Y es que con la aprobación de una ley que contradice o se aparta de esa doctrina se trata precisamente de dar al Tribunal la oportunidad de reconsiderar su posición. Es una invitación a que revise esa doctrina. En los Estados Unidos, son mayoría los que consideran que forma parte del juego democrático y del proceso abierto que la Constitución garantiza, que el Congreso, el presidente o las Asambleas de los Estados puedan defender las opciones políticas que consideran más beneficiosas para el interés general, aunque tales propuestas choquen con la doctrina establecida en su momento por el Tribunal Supremo.

Con razón se ha dicho que no es posible responder a la cuestión de si es aceptable o no la reproducción “deliberada” de una norma declarada inconstitucional en abstracto, porque el contexto en que la repetición se produzca es determinante a la hora de juzgar su legitimidad. Así, la repetición de la norma en los mismos términos como inmediata reacción a la sentencia constitucional puede interpretarse como una manifestación de desacato a la decisión del Tribunal y provocar, por tanto, una grave crisis institucional. Basta recordar el bochornoso episodio de la aprobación por el Parlamento catalán de una nueva Ley para la regulación de los contratos de cultivo, con idéntico contenido que la declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República en su sentencia de 8 de junio de 1934.

No encierra desafío alguno, en cambio, la nueva regulación del aborto en la LO 32/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, que establece un sistema mixto de plazos e indicaciones (se permite el aborto sin causa en las primeras 14 semanas), que no se ajusta exactamente a la doctrina establecida por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, que avaló con matices una ley de supuestos. El legislador puede tener buenas razones para creer que el Tribunal revisará la lectura de la Constitución por la que se inclinó hace más de 27 años. Ha llovido mucho desde entonces y es probable que el Tri-

bunal ponga al día su doctrina y la considere constitucional. En Alemania sucedió algo parecido. Una ley de plazos aprobada en 1992, tras la reunificación, obligó al Tribunal de Karlsruhe a modificar la doctrina establecida en 1975.

El juez constitucional ha de mostrarse abierto al diálogo con el legislador y ser receptivo. No puede despreciar o ignorar las discrepancias que expresen las instituciones políticas y remitirse simplemente a su anterior doctrina, para aplicarla de modo automático e ineluctable. Porque sus interpretaciones no son indiscutibles. Y la norma a través de la cual se canaliza esa discrepancia tiene una alta legitimidad democrática. En todo caso, los órganos políticos no quedan atados de pies y manos. Pueden manifestar su divergencia con respecto a una determinada línea jurisprudencial poniendo en marcha el procedimiento de reforma constitucional. En algunos países, la Constitución ha sido modificada a veces para “superar” una sentencia adversa del órgano de la justicia constitucional²⁷.

Cuestión distinta es la de si el legislador, en cumplimiento de lo decidido por el Tribunal, está obligado a modificar las leyes que contienen normas idénticas a las contenidas en las leyes declaradas inconstitucionales. Me refiero concretamente a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre leyes vigentes, no impugnadas, que contienen enunciados idénticos a los declarados inconstitucionales. Está claro que sobre esas normas pesa una “presunción de inconstitucionalidad” y los jueces llamados a aplicarlas estarían obligados a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

5.3. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

No pretendo desarrollar este apartado. solo un breve apunte para dar cuenta de la reciente reforma de nuestra LOTC operada mediante la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. En el preámbulo de esta polémica ley se reconoce que la actual regulación contiene los principios generales para garantizar la efectividad de esas resoluciones, pero es necesario adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad y dotar al Tribunal de nuevas potestades e instrumentos para garantizar el cumplimiento efectivo de sus

27 En la historia constitucional de los Estados Unidos, varias de las enmiendas aprobadas (entre ellas, la XIV) fueron una respuesta a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo mismo puede decirse de la reforma de la Constitución francesa aprobada en 1999 para consagrar la paridad en las listas electorales o de la reforma de la Constitución italiana en 2001. En Austria, el legislador tiene la posibilidad de recurrir al procedimiento de la “ley constitucional” –que no es una reforma de la Constitución– para reintroducir en el ordenamiento una regulación declarada inconstitucional si la considera conveniente. Pero en estos casos no se trata de eludir la doctrina de los tribunales, porque la decisión de acometer una reforma implica que se respeta el papel y la autoridad de aquellos.

resoluciones, bien directamente o bien a través de cualquier poder público. A tales efectos, la reforma atribuye el carácter de título ejecutivo a las resoluciones del Tribunal y abre la posibilidad de que este pueda acordar que sus resoluciones se notifiquen personalmente a cualquier autoridad o empleado público²⁸.

En los casos de incumplimiento, el Tribunal solicitará un informe a quienes deban cumplirlas y, una vez se reciba el informe o venza el plazo que se hubiera dado, el Tribunal podrá imponer multas coercitivas, acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento, o encomendar al Gobierno de la Nación la ejecución sustitutoria²⁹.

6. ASPECTOS FUNCIONALES U ORGANIZATIVOS

6.1. LEGITIMACIÓN

La legitimación, una de las claves en el diseño de la justicia constitucional, se regula de forma más generosa en unos ordenamientos y más restrictiva en otros. En algunos países se reconoce a cualquier ciudadano la facultad para promover una acción directa de inconstitucionalidad (es el caso de Colombia). En el modelo europeo no se reconoce un derecho subjetivo a la constitucionalidad de la ley, esto es, un derecho del afectado a reaccionar contra una ley alegando como único motivo su supuesta inconstitucionalidad, pero sí se reconoce un interés público en la constitucionalidad de las leyes y a tal fin se permite la impugnación directa de las leyes a instancia de ciertos sujetos específicamente legitimados para hacer valer ese interés público a través del recurso o acción directa de inconstitucionalidad.

28 Con arreglo a lo dispuesto en el art. 92.1 LOTC, “el Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias...”. Así se ha hecho en la reciente Providencia 6330/2015, de 11 de noviembre, por la que se admite a trámite la impugnación presentada por el Gobierno de la Nación, contra la Resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, de 9 de noviembre de 2015, “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015” y su Anexo. El punto 4 de la providencia está redactado en los siguientes términos: “Conforme al artículo 87.1 LOTC, sin perjuicio de la obligación que dicho precepto impone a todos los poderes públicos de cumplir las resoluciones de este Tribunal, y de acuerdo con lo pedido por la parte recurrente, notifíquese personalmente la presente resolución a la Presidenta del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña, al Secretario General del Parlamento de Cataluña y al Presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno en funciones de la Generalitat de Cataluña. Se les advierte, asimismo, de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir”.

29 En situaciones en las que concurran circunstancias de especial trascendencia constitucional, como, por ejemplo, los supuestos de incumplimiento notorio, y se trate de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas, el Tribunal podrá adoptar las medidas de ejecución necesarias *inaudita parte*, si bien en la misma resolución que las acuerde dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, trámite tras el cual decidirá el mantenimiento, la modificación o la revocación de las medidas inicialmente adoptadas.

Otra cosa es que quienes estén legitimados para ejercer el control abstracto actúen movidos realmente por ese interés público. Cuando el ejercicio de la acción queda a la discreción de sujetos u órganos de carácter político, estos tienden a utilizar el arma de que disponen de acuerdo con criterios, estrategias o cálculos políticos³⁰. De ahí la conveniencia de ampliar esa legitimación por la vía del control concreto o incidental que promueven los jueces y tribunales ordinarios mediante la cuestión de inconstitucionalidad, sin que por ello se relaje su sujeción a ley (no pueden inaplicar la ley pero sí elevar una consulta a Tribunal Constitucional, que retiene el monopolio de rechazo). Y los jueces están jugando un papel cada vez más relevante en el control de constitucionalidad de las leyes. En España, el número de cuestiones supera al de recursos desde hace algunos años³¹. La relación se ha invertido a medida que los jueces han tomado conciencia de su papel de jueces constitucionales que interpretan y aplican directamente la Constitución y colaboran en la depuración del ordenamiento.

6.2. LA DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Desde el momento en que, como regla general, la formulación del recurso (o la cuestión) no suspende la vigencia de la norma impugnada, el tiempo que tardan los jueces constitucionales en resolver el asunto es una variable cuya relevancia no debería minusvalorarse. Porque una demora de varios años en la resolución del recurso, cuando se convierte en el *modus operandi* habitual, garantiza de hecho la impunidad del legislador, que no dudará en arriesgarse y aprobar incluso una ley dudosamente constitucional, en la seguridad de que si finalmente se estima el recurso y se anula, le saldrá gratis en términos de responsabilidad política. Porque el coste político de una declaración de inconstitucionalidad seis u ocho años después, en otra legislatura, es insignificante. De ahí la apremiante necesidad de acortar los plazos de resolución si queremos que el control de constitucionalidad sirva como elemento disuasorio.

7. LA TUTELA DE LOS DERECHOS

La protección jurisdiccional de los derechos ha llegado a ser la competencia estelar de la justicia constitucional allí donde se ha introducido, la que le ha dado más

30 En el año 2006, el Partido Popular –99 de sus diputados para ser exactos– decidió interponer un recurso de inconstitucionalidad contra numerosos preceptos del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, pero no contra otros Estatutos, reformados también en esa época, que contenían preceptos idénticos a los impugnados.

31 En 2014 se registraron 60 recursos de inconstitucionalidad y 141 cuestiones de inconstitucionalidad (la mitad sobre la reforma laboral).

visibilidad y protagonismo. En el ejercicio de esta competencia, el Tribunal Constitucional actúa más como un juez de casos que como un juez de normas.

Puestos a hacer balance, hay que reconocer la valiosa contribución de la jurisprudencia en materia de derechos a la garantía del pluralismo y la integración política y al objetivo de una democracia incluyente que apuesta en serio por la cohesión social. Una jurisprudencia inspirada en el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, porque sin unas condiciones de vida dignas no es posible el ejercicio de los derechos y la reivindicación de su tutela. No es difícil convenir en que la calidad de la democracia está en relación directamente proporcional con el estado de salud de los derechos constitucionales, con el grado de vigencia efectiva de todos ellos.

En este terreno, venimos asistiendo a una imparable expansión, no solo de los derechos protegidos (se amplía el catálogo de derechos, pero también el contenido de los derechos de las tres primeras generaciones y la nómina de sus titulares), sino también del radio de acción de los instrumentos específicos de tutela que reciben diferentes denominaciones (amparo, *habeas corpus*, acción de inconstitucionalidad, recurso extraordinario).

En esa dinámica se inscribe el progresivo reconocimiento en muchos países de la comunidad iberoamericana de su eficacia y protección frente a particulares. Cada vez son más los ordenamientos de la región que admiten expresamente el recurso de amparo o la acción equivalente contra particulares: Venezuela (desde 1988), Costa Rica (desde 1989, pero solo cuando actúen en el ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder³²), Perú (art. 200 de la Constitución de 1993^[33]), República Dominicana³⁴ y Colombia (la Constitución de 1991 prevé en su art. 86 la procedencia de la acción de tutela frente a violaciones imputables a particulares³⁵), entre otros. Una apertura que contrasta con el enfoque tradicional que sigue inspirando la regulación del amparo mexicano.

En España, la LOTC, en su artículo 41.2, excluye del ámbito objetivo del procedimiento constitucional de amparo las pretensiones que no se dirijan contra actos de los poderes públicos. Si nos atenemos a la inequívoca declaración que se contiene

32 En otros países de Centroamérica como El Salvador, Panamá o Guatemala, la Corte Constitucional ha conocido amparos contra particulares cuando estos ocupan una posición de supremacía.

33 Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2003 en el caso Llanos Huasco.

34 La LOTCPC (2011) dispone en su artículo 65 que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, con excepción de los derechos protegidos por el *habeas corpus* y el *habeas data*”.

35 En Colombia, la Corte Constitucional ha especificado en qué supuestos cabe la acción de tutela: a) cuando un particular está encargado de la prestación de un servicio público; b) cuando la solicitud se dirija contra una organización privada, siempre que el demandante se encuentre en una situación de subordinación o indefensión; c) cuando se vea afectado un interés colectivo; d) cuando el particular actúe en el ejercicio de funciones públicas; y e) cuando se solicite la rectificación de una información incorrecta.

en dicho precepto, las conductas de los particulares que se consideren lesivas de un derecho fundamental serán enjuiciadas exclusivamente por los jueces y tribunales ordinarios. Sin embargo, esa exclusión es más aparente que real. Pero no debemos extraer conclusiones apresuradas. La inclusión de una modalidad específica de recurso de amparo contra violaciones causadas por los órganos judiciales (art. 44 LOTC) terminará complicando, y de qué forma, un asunto que podía darse en principio por cerrado.

Mediante una interpretación muy forzada de este último precepto, el Tribunal Constitucional ha conseguido sortear el obstáculo del art. 41.2 y abrir un resquicio a través del cual van a tener acceso, de manera indirecta, no pocas controversias entre particulares. Eso sí, la admisión de una de estas demandas implica necesariamente la transformación de la pretensión originaria en otra que se dirigirá ya contra un poder público (el poder judicial). La mediación de un poder público le permite, pues, al Tribunal Constitucional decir la última palabra en aquellos asuntos en los que la violación que se denuncia ha sido causada extrajudicialmente por un particular. Se acude en estos casos a un expediente técnico ingenioso, que consiste en la imputación al órgano judicial de la violación cometida originariamente en el seno de una relación jurídico-privada³⁶.

Otra muestra de la expansión de la “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti) es, en nuestro caso, la previsión en el artículo 42 de la LOTC de un recurso de amparo directo contra actos o decisiones sin valor de ley de las Cortes o los Parlamentos autonómicos, o de cualquiera de sus órganos. Estas controversias, que en Alemania se resuelven por el cauce del conflicto entre órganos, van a recalar en el Tribunal Constitucional, con lo que eso significa: un torpedo en la línea de flotación de la doctrina de los *interna corporis*. El Parlamento deja de ser un baluarte inexpugnable cuando están en juego derechos fundamentales (los de participación política y permanencia en los cargos públicos en particular).

A nadie se le oculta el riesgo de colisión con la justicia ordinaria dado el carácter subsidiario del recurso ante la jurisdicción constitucional, aunque no en todos los ordenamientos se prevé la posibilidad de impugnar resoluciones judiciales ante el órgano de la justicia constitucional. En la mayoría, la anulación de estas decisiones es posible porque la última palabra en materia de derechos la tienen los jueces constitucionales. En algunos casos, los menos, anula la resolución judicial y dicta

36 Este expediente ha hecho posible que el Tribunal haya contribuido a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores con soluciones innovadoras como la doctrina sobre el despido radicalmente nulo por vulneración de derechos fundamentales (acogida posteriormente en la legislación laboral), que impone al empresario la carga de acreditar que la decisión de despedir obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate, siempre que el trabajador haya aportado previamente indicios razonables de que el acto empresarial responde a una oculta motivación discriminatoria o contraria a un derecho fundamental.

una nueva³⁷, y en otros, ordena retrotraer las actuaciones para que el órgano judicial que cometió la infracción dicte una nueva decisión que restituya al recurrente el derecho violado.

No faltan escaramuzas propias de una “guerra de Cortes” (en Italia, entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación). En España, la hipersusceptibilidad del Tribunal Supremo está seguramente en el origen de un episodio lamentable protagonizado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que en el año 2004 dictó un sentencia que condenaba a 11 magistrados del Constitucional por responsabilidad civil derivada del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (un auto de inadmisión de un recurso de amparo), incidente insólito que obligó a modificar art. 4 de la LOTC para remarcar que el Tribunal Constitucional delimita el ámbito de su propia jurisdicción y podrá adoptar las medidas necesarias para preservarla, que sus resoluciones agotan la vía jurisdiccional interna y que ningún otro órgano jurisdiccional del Estado puede enjuiciarlas a ningún efecto, pudiendo anular de oficio actos que contravengan lo dispuesto en apartados anteriores. Además, art. 22 dispone que los magistrados serán inamovibles y no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones.

En otros casos, el activismo de los jueces constitucionales, en relación con la tutela de los derechos sociales sobre todo, puede generar tensiones no con la jurisdicción ordinaria, sino con los poderes políticos, el Ejecutivo y el Legislativo. En Colombia, por ejemplo, es objeto de debate la legitimidad, desde la perspectiva de la división de poderes, de los llamados “amparos estructurales”, que no se limitan a dar respuesta a una demanda individual de tutela, sino que tratan de combatir las causas de esa violación generalizada de derechos (el “estado de cosas inconstitucional”) desgranando un conjunto de medidas concretas que los poderes públicos han de implementar³⁸.

Una observación final en relación con la marcada tendencia a la objetivación de estos instrumentos específicos de protección. El reforzamiento de la dimensión objetiva del recurso de amparo es evidente en nuestro caso, pero se observa también en otros países como Perú³⁹ o Brasil. Hemos de preservar el carácter extraordinario de estos recursos, que no pueden convertirse en la última instancia o en una suerte de supercasación. La selección de los asuntos que merecen un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional es un imperativo de supervivencia (para no

37 En Colombia se puede dictar una sentencia de reemplazo. Fue la opción utilizada por la Corte Constitucional en la sentencia T-951 de 2003, al declarar la nulidad de dos resoluciones de tribunales laborales que habían denegado el derecho a la pensión de invalidez a un discapacitado. En esa oportunidad, la Corte consideró que el actor sí tenía derecho a la prestación y ordenó directamente al ISS concederle la pensión.

38 Vid., por ejemplo, la Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado interno.

39 En Perú se ha establecido recientemente el requisito de “especial trascendencia constitucional”, más concretamente, en el precedente constitucional fijado en el caso Vásquez Romero (STC 987-2014).

morir de éxito). Se paga un alto precio pero no hay más alternativa que endurecer los criterios de admisión⁴⁰.

Me parece obligada en este punto la referencia a la reforma de la LOTC aprobada en 2007, que modificó la regulación del trámite de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su “especial trascendencia constitucional”. De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo art. 50.1.b) de la LOTC, esa especial trascendencia constitucional “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Un requisito sustantivo o de fondo que ha sido interpretado en el sentido de que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso. El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren al Tribunal un amplio margen de decisión. En la STC 155/2009 se fijaron por fin algunos criterios (se recogen una serie de supuestos en los que se entenderá cumplido el requisito), pero su aplicación ha sido más bien errática.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, MARIAN. *La Jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson Civitas, 2005, pp. 47-48.
- BAZAN, VÍCTOR (coord.). *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997.
- FERRERES, VÍCTOR. *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 2ª ed., 1997.
- FERRERES, VÍCTOR. “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/CEPC, Madrid, 2011.
- LAMBERT, EDOUARD. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Marcel Giard & Cie, Paris, 1921.

40 En 2014 solo fueron admitidos el 1,08% de los 7.663 amparos presentados.

El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. Tecnos, 2010. Vid. también el comentario de I. Torres Muro a propósito del libro (“Uso y abuso de la justicia constitucional”, en REDC, n° 90).

La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1997.

La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas, en REDC n° 1, 1981.

Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Lex Nova, Valladolid, 2001.

The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics, 2.ª ed., New Haven-Londres, Yale University Press, 1986.

“¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores?”, en *Colección del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Catalunya*, n.º 79 Barcelona, 2012, pp. 11-26.

“¿Cómo vinculan las sentencias constitucionales al legislador?”, en *Colección del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Catalunya*, n.º 79 Barcelona, 2012, pp. 39-58.

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

*La estructura de la justicia constitucional
y su relación con la democracia.
Algunos aportes para el debate*

SUMARIO

1. Consideraciones que justifican el desarrollo del presente texto. 2. Anotaciones acerca del actual estado de la cuestión al respecto en nuestros países. 3. Lo referido al sistema de nombramientos. 4. Acerca del reconocimiento de garantías y prerrogativas funcionales. 5. Un elemento central en la lógica de consagrar parámetros democráticos y propiciar la vigencia de la Democracia en estos temas: el debate sobre la participación de la sociedad civil. 6. Anotaciones a modo de conclusión.

I. CONSIDERACIONES QUE JUSTIFICAN EL DESARROLLO DEL PRESENTE TEXTO

Al buscar el significado de la palabra estructura, encontraremos dos acepciones muy directamente relacionadas entre sí. La primera de ellas hace referencia a la vinculación que tienen las partes de algo con el todo. La segunda, a la organización de cualquier ente o entidad. Como bien puede apreciarse, en líneas generales nos estamos refiriendo a la particular configuración de las cosas. Dicha configuración tendrá que darse cumpliendo ciertos recaudos y asegurando determinadas garantías, pues sin ello la entidad involucrada difícilmente podrá cumplir con aquello que es considerado su razón de ser.

De otro lado, hoy casi ha devenido en un lugar común reconocer la relevancia que ha alcanzado la labor de los jueces constitucionales en el Estado Constitucional, así como en la obtención de aquellas condiciones y parámetros reputados como propios de vivir en democracia. Ello muy a despecho de las eventuales contradicciones que ciertos autores encuentran entre constitucionalismo y democracia, con criterios que respetamos aunque no compartimos, y sobre los cuales nos hemos pronunciado en otros trabajos.

Y es que actualmente al juez (a) constitucional es intérprete calificado del ordenamiento jurídico conforme con los preceptos, principios, reglas y valores recogidos en la Constitución, en los tratados sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia vinculante emitida a propósito de dichos tratados. Debe además garantizar que el quehacer político, económico o social de sus distintas sociedades se realice con respeto a estos parámetros constitucionales y convencionales, le corresponde además desempeñar el rol de agente de integración social en sus respectivos Estados, preservando condiciones de cohesión social, inclusión social, reconciliación social y búsqueda de un clima de ausencia de conflictos. Cumple por

* Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la mesa directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional. Actualmente se desempeña como magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

último una muy relevante labor de mediación bajo parámetros jurídicos frente a la necesidad de resolver los conflictos¹ políticos, económicos o sociales más relevantes en una sociedad determinada.

Todas estas tareas tienen indudablemente directa relación con la consecución de parámetros y condiciones democráticas, máxime cuando hoy, cuando se habla de democracia, independientemente de las diversas comprensiones existentes al respecto, existe coincidencia en que lo que se busca es asegurar el cumplimiento de la voluntad mayoritaria, aunque con un escrupuloso respeto de los sectores minoritarios. Conviene entonces tener presente que, cuando los (las) jueces (zas) constitucionales declaran inconstitucional una ley, o corrigen una política pública, se encuentran en el ejercicio de su competencia de cumplir y hacer cumplir la supremacía de la Constitución, y por ello, respetar la voluntad soberana del pueblo recogida en el texto constitucional.

Es más, y con el actual mayor énfasis otorgado al reconocimiento y tutela de los derechos como objetivo de la Constitución y el Estado Constitucional, al juez (a) constitucional ya no solamente le compete proteger la voluntad general, sino también le corresponde garantizar la mejor tutela de los derechos de las minorías, gracias precisamente a la imparcialidad del razonamiento jurisdiccional.² Bien puede decirse ahora que es imposible configurar un Estado Constitucional en Democracia sin una labor eficiente y comprometida de los (as) jueces (zas) constitucionales, sean estos aquellos específicamente nombrados para esas tareas o las desempeñen desde alguno de los grados o instancias de la judicatura ordinaria.

Es pues ante tamaña responsabilidad que debe mirarse el tema de la estructura de la justicia³ constitucional. Deviene en evidente que si no existe claridad en cómo deben *asegurarse* los diferentes modelos de jurisdicción Constitucional existentes en cada Estado, difícilmente los diversos jueces (zas) constitucionales podrán cum-

1 Así pues, el Juez (a) constitucional busca con su actual quehacer apuntalar la cohesión social (sentimiento de integración o pertenencia de las personas a una comunidad política, en la cual dichas personas tienen o pueden tener un importante rol en la configuración del destino del colectivo), o la inclusión social (incorporación de quienes se encuentran excluidos de la dinámica política o económica de su comunidad; y por ende, no pueden ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad)

También le toca generar condiciones de reconciliación social (superación colectiva de difíciles períodos dentro de la historia de sus sociedades con el impulso o la materialización de diversas acciones) y buscar propiciar un clima de ausencia de conflictos, con todo el componente preventivo que ello trae. Un desarrollo más detallado sobre las implicancias de las responsabilidades aquí reseñadas lo encontramos en nuestro ¿Son los jueces y los Tribunales Constitucionales agentes de la integración social en nuestros países? En: AA.VV. *El Derecho Constitucional Contemporáneo*. Homenaje a Rubén Hernández Valle. San José, 2015.

2 Justo es reconocer que esta comprensión del quehacer del juez (a) constitucional también tiene sus críticos. En el ámbito latinoamericano, una buena síntesis de los cuestionamientos existentes al respecto la encontramos en GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las Leyes”. En: *Isofonía* n.º 6, abril 1997, p. 55 y ss.

3 Conocido es el debate sobre los alcances de los conceptos “justicia” y “jurisdicción” constitucional. Ahora bien, y para efecto de este trabajo, los entenderemos como sinónimos.

plir a cabalidad el rol democratizador (acercamiento a condiciones democráticas y preservación y potenciación de las mismas) que hoy se les reclama.

En este escenario adquiere especial interés pronunciarse sobre ciertas cuestiones. La existencia de una judicatura especializada en estas materias o la asignación de estas delicadas funciones a órganos y jueces de la judicatura ordinaria es, sin duda alguna, un tema que se debe abordar. Los mecanismos previstos para acceder a estas importantes responsabilidades es otro asunto para analizar. Las pautas recogidas para el término de las tareas de interpretación vinculante y control de constitucionalidad hoy propias de jueces constitucionales y la comprobación de si existen instrumentos para que la ciudadanía ejerza tareas de *accountability* sobre los jueces, también deberán ser parte del presente análisis, el cual únicamente intenta alcanzar elementos para el importante debate que los puntos ya mencionados necesariamente generarían.

Pasemos, pues, a desarrollar la tarea encomendada de inmediato.

2. ANOTACIONES ACERCA DEL ACTUAL ESTADO DE LA CUESTIÓN AL RESPECTO EN NUESTROS PAÍSES

Como ya se ha constatado en otros trabajos, las cada vez más complejas tareas confiadas a los jueces constitucionales (constitucionalización del Derecho⁴, constitucionalización de la política⁵; convencionalización del Derecho⁶; promoción de

4 Como ya es de conocimiento general, cuando se habla de “constitucionalización del Derecho” nos estamos quedando en el necesario reconocimiento de que la Constitución encierra la base o fundación de las diferentes disciplinas e instituciones jurídicas. Como bien anotaba Favoreu, nos referimos a un fenómeno que tiene múltiples efectos. Algunos, los más conocidos, son los denominados efectos directos: “constitucionalización judicialización”, “constitucionalización elevación” y “constitucionalización transformación”. La articulación del poder (y sobre todo, del poder político) en un Estado, la configuración del sistema de fuentes en determinado ordenamiento jurídico y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones solamente van a poder comprenderse a cabalidad si son entendidos de acuerdo con lo planteado en el texto constitucional, o lo que se desprende de él. Ver al respecto, FAVOREU, LOUIS. “La constitucionalización del Derecho”. En *Revista de la Universidad de Valdivia*, pp. 31-43.

5 De otro lado, y si se habla de “Constitucionalización de la política”, uno de los fenómenos más importantes en el Derecho de estos últimos años es el de fortalecer cada vez más la posibilidad de tener prevista la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones propias del quehacer político, del gobierno y la dirección de una sociedad determinada. Y es que si bien lo jurídico y lo político no son lo mismo, en un Estado Constitucional, donde la legitimación del ejercicio del poder tiene una fuerte connotación jurídica, el quehacer político no puede, de acuerdo con una posición cada vez más asentada, desconocer los procedimientos previstos para la toma de decisiones en el texto constitucional, o dejar de lado contenidos conformes a parámetros constitucionalmente recogidos. Esta “constitucionalización de la política” tiene tal vez como una de sus expresiones más notorias la del debate en Estados Unidos sobre la pertinencia de mantener la figura de las *political questions*, suprimirlas, o permitir algún nivel de revisión sobre las mismas. Este debate estadounidense tiene como su antecedente más claro lo resuelto por la Suprema Corte Federal norteamericana en “*Marbury versus Madison*” (1803), aunque oportuno es anotar que esta teoría toma su configuración definitiva en “*Luther versus Borden*” (1849). Otra expresión notoria del mismo es la de la discusión europea sobre la subsistencia de “actos políticos” o de “discrecionalidad política”. Una explicación detallada sobre estos conceptos, los

de la integración social y sus diferentes expresiones; mediación calificada bajo parámetros jurídicos frente a problemas sociales, políticos o económicas de especial relevancia dentro de una sociedad determinada), junto a otros factores, están llevando a cada vez más encontrar la instauración de Tribunales o Cortes constitucionales a lo largo de Iberoamérica.

Esta ya no es solamente una situación predicable de España, Portugal o Andorra, en donde el devenir de la reflexión kelseniana en Europa continental primero, y los planteamientos propios de la evolución posterior dada a estos temas en el escenario geográfico antes mencionado luego, y han consagrado la existencia de Cortes o Tribunales Constitucionales con competencias exclusivas y excluyentes al respecto. Actualmente, muchos Estados latinoamericanos cuentan con instituciones similares (Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Brasil⁷ y Bolivia). En otros casos, la Corte Suprema en pleno desempeño asume competencias propias de un Tribunal Constitucional (México), tendiendo muchas veces casi a prescindir de asumir otro tipo de responsabilidades (lo que fácticamente ocurre desde hace algún tiempo en Argentina)⁸.

Un escenario especialmente interesante es el de aquellos Estados cuyas Cortes Supremas cuentan con Salas específicamente dedicadas a desarrollar competencias que cada vez se acercan más a aquellas asumidas como propias de una Corte o Tribunal Constitucional (la Sala Cuarta de la Corte Suprema costarricense es un buen ejemplo al respecto). No es este el lugar en donde corresponde pronunciarse en abstracto sobre las bondades de una u otra opción, y menos aún acerca de la

márgenes de acción con que se cuenta al respecto y lo hecho por nuestro Tribunal Constitucional peruano sobre el particular se encuentra recogida en nuestro “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: Notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del Derecho y la política, y sus repercusiones”. En: *Pensamiento Constitucional* n.º 18. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 2014, pp. 175 y ss.

6 Por “convencionalización del Derecho” comprendemos que ya no va a bastar con incorporar los tratados (y sobre todo, los tratados sobre Derechos Humanos) a la diversa normativa de cada Estado en particular, sino que todo el ordenamiento jurídico de dichos Estados en su conjunto tendrá que ser leído, comprendido y aplicado conforme con lo previsto en esos tratados y la interpretación vinculante de los mismos que hayan hecho los organismos competentes para ello.

Esta “convencionalización” del Derecho, la cual se plantea en una dinámica de verdadero diálogo destinado a la construcción de un Derecho común, cuyo sustento es la tutela de los derechos, ha tenido un relevante desarrollo en el ámbito latinoamericano, en donde la Corte Interamericana de Derechos humanos ha cumplido una destacable labor.

7 Aun cuando los nombres puedan prestarse a confusión, el Superior Tribunal de Justicia es el organismo que a nivel federal en Brasil asume las labores propias de una Corte Suprema o entidad máxima de la judicatura ordinaria, sin perjuicio de que el tratamiento de algunas materias a nivel federal en el escenario brasilero sean vistas por una suerte de Corte Suprema o Alta Corte dedicada a estos temas (lo laboral, por ejemplo).

8 Ello explica cómo, y ya hace varios años, Germán Bidart Campos, analizando la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, escribió el libro “La Corte Suprema, el Tribunal de Garantías Constitucionales”. Ver al respecto BIDART CAMPOS, GERMÁN. *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*. 2da. edición. Buenos Aires, Ediar, 1984.

supuesta superioridad técnica de una de estas alternativas sobre las demás. Lo que corresponde más bien es anotar si lo prescrito en cada caso en lo relacionado a quiénes desempeñan estas tareas, cómo son elegidos para asumirlas, y prerrogativas que se les asignan, formas de cese previstas).

Corresponde, entonces, efectuar algunas necesarias precisiones sobre, por ejemplo, cómo se elige a los diferentes jueces constitucionales, sobre todo a nivel de las Altas Cortes como Tribunales Constitucionales, o en su caso, Cortes Supremas. La duración en el cargo, los requisitos para acceder al mismo, las garantías y prerrogativas funcionales reconocidas a esos juzgadores en el ejercicio de sus labores, o las formas de cese previstas también sin materias que nos facilitarán algunas importantes constataciones.

En esa misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que el análisis que vamos a efectuar, por un lado, nos permiten cuánto se han seguido parámetros democráticos para abordar estos temas. Dificilmente apuntalarán escenarios democráticos aquellos conceptos e instituciones construidos sin respetar mínimas pautas democráticas. Junto a ello, también conviene apreciar si en el quehacer de estas magistraturas hay un elenco garantista que preserva o potencia la vocación democrática que se busca consolidar.

3. LO REFERIDO AL SISTEMA DE NOMBRAMIENTOS

Si concedemos una mirada entonces a lo previsto como pautas para el acceso a la magistratura en estas Altas Cortes, vemos cómo hay en la elección o nombramiento de estos Magistrados una importante participación de los distintos Congresos o Parlamentos. En algunos casos, son estas Asambleas las únicas habilitadas para designar: es lo que sucede en el Tribunal Constitucional de Perú, o con la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense, con supuestos donde incluso se pide contar con votación calificada en sede parlamentaria para asumir el cargo. En otros casos se da una elección por la Asamblea Legislativa con base en propuestas hechas por diversas entidades (los casos mexicano y venezolano se inscriben en esta tendencia).

En otros contextos, y sin perjuicio de las competencias reconocidas a otras entidades, corresponde elegir en sede parlamentaria al grueso de juzgadores (Portugal, Chile) o a alguno de ellos (Guatemala). A su vez, existen Estados en donde los parlamentos proponen a los candidatos (España), aprueban su postulación (Brasil, Argentina) o hacen una labor de preselección de postulantes (Bolivia). Allí la impronta de los Parlamentos y Congresos como garantes de la voluntad general, pero, y a la vez, como tutores de los derechos de las minorías, se hace sentir como aspecto que busca legitimar esas opciones.

Esta fórmula, la cual sin duda tiene sus ventajas, también puede encerrar ciertos riesgos al momento de su materialización, si de defensa de procedimientos democráticos y promoción de la democracia se habla. Sin entrar aquí en temas como el debate sobre la legitimidad democrática de algunos Congresos latinoamericanos, convendría preguntarse si de la elección de jueces en función de cupos tomando en cuenta el peso específico de cada fuerza política es respetuoso de parámetros democráticos y promotor de la democracia.

Mayor controversia puede generarse al respecto cuando son otras las entidades las que nombran a los jueces constitucionales de determinadas Altas Cortes (o, como en España, el nombramiento a cargo del Rey incide más bien en formalizar lo propuesto por otras entidades). Así, por ejemplo, el Gobierno español interviene en el nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional de su país. Los presidentes de la República nombran juzgadores en Guatemala, Brasil, Argentina o Chile, y proponen ternas en México.

Yendo entonces a las competencias de otros organismos estatales, el Consejo General del Poder Judicial propone a dos integrantes del Tribunal Constitucional Español; la Corte Suprema nombra magistrados en Guatemala y Chile. El Consejo Nacional de la Magistratura designa a todos los miembros del Tribunal Constitucional de República Dominicana. Una comisión calificadora compuesta por personas nombradas por las funciones legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social asume esas responsabilidades en Ecuador.

Especial atención generan fórmulas como la de elección de Magistrados de un Tribunal Constitucional por los mismos integrantes de ese colegiado, como sucede en Portugal; o, aparentemente en las antípodas de lo recientemente anotado, la elección popular de magistrados. Sin prejuicios en uno u otro sentido, conviene hacer un análisis más prolijo sobre cada una de estas diferentes posibilidades de acción, para así tener una postura más definida al respecto.

4. ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE GARANTÍAS Y PRERROGATIVAS FUNCIONALES

En muchos casos, puede constatarse la consagración de garantías como las de inviolabilidad, inmunidad e inamovilidad de los jueces(constitucionales. En algunos casos estos se configura con un perfil propio (Perú), y en otros se les asimila al de los jueces(de Cortes o Tribunales Supremos (Portugal, República Dominicana). También se consagra el derecho a fórmulas como el antejuicio o el juicio político (México), mientras en algún Estado se plantea justamente lo contrario: la imposibilidad de iniciar juicio político a los magistrados del Tribunal.

También en el conjunto de garantías y prerrogativas consagradas podemos constatar el reconocimiento de derechos a un haber por retiro de los Magistrados (México) o la irreductibilidad de salarios (Brasil).

En cuanto a la forma en que se configura el cese de los magistrados, tenemos que en la mayoría de países existen dos causales típicas (renuncia y muerte), acompañadas de otras causales que varían de país a país. Entre las causales que encontramos en varios países están las de fin del plazo de nombramiento (España, México, Bolivia y Chile). Ello no necesariamente significa, sin embargo, que los demás países asuman nombramientos vitalicios. Únicamente implica que no se ha dispuesto que el cumplimiento del plazo sea una causal para el cese, con todo lo que ello involucra ante la inacción de las entidades que deben nombrar a los magistrados.

Por otro lado, resaltan los ordenamientos en los que se dispone una larga lista de causales (Venezuela) o los que remiten a la ley para adicionar algunas (Bolivia). Estas prácticas pueden llevar a prescribir supuestos de cese muy abiertos (incurrir en actos públicos que atentan contra la respetabilidad del Poder Judicial, por ejemplo), los cuales, de no aplicarse adecuadamente, pueden suponer un excesivo control, cuando no arbitrio, sobre la actuación de los jueces por parte de quienes estén llamados a calificar lo previsto en dichas normas.

En esa misma línea, la posibilidad del ejercicio de los juicios políticos, si bien es frecuente (Brasil, Argentina, Perú, República Dominicana, entre otros), requieren condiciones democráticas, pues caso contrario puede atentarse contra el estatuto de las Altas Cortes. Es así que, aun cuando este mecanismo suele estar previsto no solo para jueces, sino también para diversos altos cargos en un país determinado, es conveniente que, por lo menos, los Congresos o Parlamentos tomen en cuenta las particularidades del ejercicio de la judicatura en el momento de afrontar un juicio político.

5. UN ELEMENTO CENTRAL EN LA LÓGICA DE CONSAGRAR PARÁMETROS DEMOCRÁTICOS Y PROPICIAR LA VIGENCIA DE LA DEMOCRACIA EN ESTOS TEMAS: EL DEBATE SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Un aspecto transversal al nombramiento, el ejercicio del cargo y el cese de los magistrados es el de la participación de la sociedad civil en estos procesos. Y es que, como se ha visto, tradicionalmente han sido los Congresos, como organismos representativos, quienes han tenido un rol importante en la configuración de cada uno de los aspectos antes mencionados. Partiendo entonces de la premisa de que la democracia representativa puede ser complementada con mecanismos intermedios o de democracia directa, cabe entonces preguntarse en qué términos conviene hoy que se plasme el rol de la sociedad civil, más aún si en muchos de nuestros países importantes colectivos ciudadanos han reclamado condiciones adecuadas para una elección de jueces constitucionales.

Al respecto, entonces, conviene discutir, en lo referido a la elección de jueces, si estos deben ser elegidos popularmente o, en su defecto, si en el procedimiento de su nombramiento puede haber alguna participación de la sociedad civil (proponiendo candidatos, supervisando el desarrollo del procedimiento seguido, estando habilitada para impugnar las decisiones tomadas, etcétera). De otro lado, y ya en más directa relación con la labor jurisprudencial a desarrollar, la promoción de figuras como los *amicus curiae* o la realización de audiencias en las cuales los jueces constitucionales recaban mayores elementos para un mejor resolver parecen ser alternativas interesantes a desarrollar, junto con algunas otras más.

Lo mismo puede señalarse sobre el eventual cese de jueces constitucional. Tener como un relevante insumo a evaluar la opinión de la sociedad civil sobre la conducta funcional de sus jueces constitucionales puede ser de gran interés, siempre y cuando se tomen algunos necesarios recaudos (representatividad y legitimidad de quien pide evaluar, pautas respetuosas de los derechos de los evaluados en la evaluación, etcétera).

6. ANOTACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Mucho y muy bueno es lo que se ha escrito sobre el rol de la judicatura constitucional, tarea que hubiese por cierto obligado a muchas definiciones y precisiones, las cuales sobrepasan los alcances del presente texto. No debe entonces perderse de vista que nuestro centro de interés aquí es el de si la normativa constitucional y legalmente prevista en cada Estado en particular permite contar con jueces constitucionales comprometidos con el fortalecimiento de la Democracia, elegidos bajo parámetros democráticos, y cuyo accionar es pasible de ser seguido por la ciudadanía e incluso puede justificar su remoción si no se condicen con consideraciones democráticas.

El presente texto busca alcanzar ciertas constataciones sobre el actual estado de la cuestión en nuestros países, alcanzando elementos para la posterior toma de posición de cada quien al respecto. En cualquier caso, no debe perderse de vista que en esta actividad, como en otras, la configuración del marco institucional y organizacional existente tiene directa incidencia en lo que puede hacerse o dejar de efectuarse por una entidad en particular.

Trasladada esta afirmación al escenario de la estructura de la justicia constitucional, nos encontramos ante aspectos que devienen en vitales para asegurar la consolidación de la Democracia en nuestros países. Ello implica, entre otros aspectos, garantizar condiciones de actuación de la autoridad conformes a parámetros democráticos y, sobre todo, la consagración de un escenario en el cual todas las personas, individualmente consideradas o dentro de una sociedad determinada, puedan, precisamente en mérito a que estamos dentro de parámetros democráti-

cos, plasmar sus diferentes proyectos de vida y ejercer a cabalidad sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, GERMÁN. *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*. 2da. Edición, Buenos Aires, Ediar, 1984.

APORTES DPLF. “Selección de miembros de altas cortes e independencia judicial”. Revista de la Fundación para el Debido Proceso, n.º 17, año 5, diciembre 2012.

EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO (dir.). *La reforma judicial en América Latina: ¿Qué se ha hecho, donde estamos, a dónde vamos?*, Comisión Andina de Juristas, 2000.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. “Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del Derecho y la política, y sus repercusiones”. En: Pensamiento Constitucional n.º 18. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, marzo 2014, p. 175 y ss.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. “¿Son los jueces y los Tribunales Constitucionales agentes de la integración social en nuestros países?” En: AA.VV., *El Derecho Constitucional Contemporáneo*. Homenaje a Rubén Hernández Valle. San José, 2015.

FAVOREU, LOUIS. “La constitucionalización del Derecho”. En: *Revista de la Universidad de Valdivia*, pp. 31-43.

GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las Leyes”. En: *Isofonía* n.º 6. Abril 1997, p. 55 y ss.

HENKE, GRETSCHEN y RÍOS FIGUEROA, JULIO (coord.) *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México D.F. Poder Judicial de la Federación, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Justicia y Tribunales Constitucionales de América del Sur*, Lima, Palestra, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 6, n.º 1, 2008, pp. 281-299.

PÁSARA, LUIS, *Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Biblioteca Virtual. Lima, 2010 (http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3239-cambios-en-el-sistema-de-justicia-y-sociedad-civil) [acceso 25/7/15].

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma Editores, 1978.

ASOCIACIÓN TRANSPARENCIA. Documento para la discusión: Cuadro comparado sobre la elección de miembros del Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo y Banco Central de Reserva. En: *Cuadernos para el Diálogo Político* n.º 3. Lima, 2013.

THEA, FEDERICO G. La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales. En: *Revista Pensar Derecho* n.º 4. Universidad de Buenos Aires, 2014.

VON BOGDANDY, ARMIN. *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. En: *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D.F, Instituto de Investigaciones Jurídicas Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014.

CUMBRE JUDICIAL. La Judicatura en Iberoamérica, 2008. Disponible en: www.cumbrejudicial.org.

LUCIO PEGORARO*

*Hacia una nueva sistemática
de los modelos de justicia constitucional*

SUMARIO

1. La dicotomía clásica y nuevas protestas. 2. Un error sustancial: Estados Unidos, arquetipo del control concentrado. 3. Un error metodológico: clasificaciones rígidas. 4. La clasificación con base en la naturaleza política o jurisdiccional del control. 5. La clasificación con base en la estructura. 6. La clasificación según las funciones ejercitadas y el bien tutelado. 7. La clasificación basada en la amplitud del parámetro. 8. La clasificación según el objeto. 9. La clasificación en referencia a los sujetos y a la modalidad de acceso. 10. La clasificación según la tipología y los efectos de las sentencias. 11. Conclusiones. 12. Bibliografía.

RESUMEN

El artículo critica la dicotomía prevalente concentrado/difuso utilizada para clasificar los sistemas de justicia constitucional; recuerda que muchos autores habían propuesto tomar en cuenta ulteriores elementos (el bien protegido, la cercanía de los intereses protegidos, la eficacia directa de los pronunciamientos, etc.); sugiere considerar “pertinentes” para fines taxonómicos otros elementos, como el parámetro y el objeto del juicio. También niega que, en principio, sea posible clasificar los modelos de justicia constitucional teniendo en consideración un solo elemento. Para formular una propuesta reconstructiva, elabora los siguientes pasos: a) moviendo de la crítica de Tusseau a los modelos, en primer lugar la acentúa, no solo contestando la “pureza” del modelo estadounidense, sino poniendo en duda incluso que se pueda considerar en sí un “modelo” difuso; b) mueve la atención, de la clasificación anclada en los modelos, hacia la clasificación anclada en el análisis de los sistemas; c) niega la utilidad de construir clases rígidas, recomendando el uso de clasificaciones débiles, que permitan situar las experiencias en líneas graduadas; d) selecciona algunos elementos importantes para las clasificaciones, reforzando aquellos tradicionales, pero revalorando algunos generalmente dejados en el olvido (especialmente el parámetro y el objeto). El texto sugiere finalmente algunas formas para agrupar en clases dúctiles los sistemas, cruzando las clasificaciones propuestas por separado, para medir la capacidad de condicionamiento de la justicia constitucional en los distintos sistemas.

* Catedrático de Derecho público comparado en el Instituto de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia, profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León y doctor H.C. en la Universidad Nacional de Cajamarca, en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello – UPAGU, y en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú).

Artículo traducido en su mayoría por Grethell Aguilar Oro. Máster en Derecho Público del Estado Autónomo por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. España.

PALABRAS CLAVE

Derecho Público Comparado; Justicia constitucional; Modelos; Clasificaciones.

I. LA DICOTOMÍA CLÁSICA Y NUEVAS PROPUESTAS

Respecto de los primeros esquemas clasificatorios de los distintos sistemas de justicia constitucional¹ –apelando, por una parte, a la distinción entre control político y control jurisdiccional y, de otra, a la estructura de los Tribunales, a la fase de control, a la eficacia de la decisión–, muchas cosas han cambiado en la sistemática de dichos modelos.

Al respecto, las claves de lectura propuestas hasta ahora por la doctrina comparada son básicamente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano encargado de realizarla y a la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que usa un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes, identificados con la naturaleza concentrada o difusa del modelo, las modalidades de acceso, la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, algunos –pocos– han radicalmente subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases².

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera dicotomía identificada por Calamandrei y Cappelletti³, pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagüés⁴, en C. Blanco De Morais⁵ y en muchos estudiosos franceses que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país⁶.

1 Véase M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968; ID., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 (también en ID., *Le pouvoir des juges*, Puf, Paris, 1990), e ID., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford U.P., Oxford, 1989 y 1991.

2 V. las recientes consideraciones de F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013.

3 P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, pp. 5 ss., y M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. 49 ss.

4 N.P. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

5 C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, I, Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra ed., Coimbra, 2002, p. 281 ss.

6 Entre otros, L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Puf, Paris, 1986 y ediciones posteriores, distingue los modelos preventivos de los *a posteriori*; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, individualiza tres fases de desarrollo de la justicia constitucional, acentúa la yuxtaposición entre procedimientos concretos y abstractos, ejercitados respectivamente por Tribunales ordinarias o especiales; y D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, 1998 y ediciones posteriores, también clasifica la justicia constitucional desde una perspectiva temporal, anclándose en las categorías tradicionales, y subraya la diferencia entre control *a priori* y *a posteriori*.

La estructura del órgano, en cada caso, está *siempre* señalada como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir, desde hace tiempo por P. Calamandrei⁷, sistemas “políticos” de sistemas “jurisdiccionales”, sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y sistemas concentrados, presente en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, H. Nogueira Alcalá), aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, F. Fernández Segado⁸, E. McWhinney⁹, y D. García Belaúnde, cuando propone su «*concepción iberoamericana difuso-concentrada*»¹⁰). Clasificaciones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional/nacional (Sagüés) o federal/estatal¹¹. Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a alguno, como Brewer Carías¹², a enfatizar como un factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (Sagüés, von Brünneck, Favoreu)¹³.

La fase temporal del control –considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa pero también por estudiosos de diversos países¹⁴– generalmente es subrayada junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones, o su carácter abstracto o concreto.

7 P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., y otros muchos autores hasta A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014.

8 F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano – La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bonomo, Bologna, 2003; ID., *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad “sistema americano-sistema europeo-kelseniano” y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Tecnos, Madrid, 2001; ID., *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013, pp. 1 ss.

9 E. MCWHINNEY, *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986.

10 D. GARCÍA BELAUNDE, *La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado*, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, I, Lima, 1991, pp. 183 ss. (y espec. p. 196).

11 ... como lo propuse en *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 164 ss., y progresivamente en otros artículos [*A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo*, en A. ALMEIDA FILHO, F. BILAC MOREIRA PINTO FILHO (orgs), *Constitucionalismo e Estado*, Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 430 ss., y en “*Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia ‘derecho procesal constitucional’*”, Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 11 y ss.].

12 V. A. R. BREWER CARIAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, VI, *Justicia constitucional*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.

13 Además de N. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional*, cit., v. A. VON BRÜNNECK, *Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales – The Check of Constitutionality and the Lammaker in Democracies*, en *Ann. int. just. const.*, n. 4, 1988, pp. 15 y ss., y L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, 3ª ed., Puf, París, 1996, pp. 16 y ss.

14 Por ej., N. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional*, cit., y H. NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, ob. cit.

Casi siempre indicada como elemento imprescindible de las clasificaciones es la forma de acceso a las Cortes o Tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales el énfasis se pone sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en cuenta la calidad de los actores, a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (Pasquino)¹⁵.

Sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones, se sabe que esta representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y después de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son tenidos en cuenta para proponer ulteriores distinciones (desde Cappelletti hasta Brewer Carías, Sagüés o Nogueira Alcalá), también con relación al papel positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y en general de la actividad de las Cortes en el sistema (Sagüés, Pizzorusso¹⁶).

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios, y los utiliza para dicotomizar los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas: es el caso de A. Pizzorusso, que precisamente considera la mayor o menor proximidad a los intereses subyacentes el elemento para distinguir en dos grandes clases los sistemas de justicia constitucional, llegando así a señalar también los *resultados* diversos de los mismos, como la propensión de los sistemas concretos a tutelar las libertades y de aquellos abstractos a vigilar sobre las competencias.

A soluciones similares —aunque con caminos completamente diferentes— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elementos diferenciales (y por lo tanto no lo considera un resultado) la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se realiza de manera diferente en función de si se cumple sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone abandonar totalmente los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y anclarse precisamente en la función, es F. Rubio Llorente, que divide los sistemas según que (concretamente) tutelen las libertades o (abstractamente) la ley¹⁷. Otros autores, como Weber¹⁸, analizan el objeto del control por considerarlo relevante para fines de las clasificaciones, distinguiendo según que las Cortes tutelen la ley, o los derechos, o las competencias de órganos y entes territoriales. Elementos estos —o como ellos los denominan, “parámetros”—

15 P. PASQUINO, Tipologia della giustizia costituzionale in Europa, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 2, 2002, pp. 360 y ss.

16 A. PIZZORUSSO, I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi, en *Quad. cost.*, n.º 3, 1982, p. 522.

17 F. RUBIO LLORENTE, Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe, en *Ann. int. just. const.*, n. 12, 1996, pp. 9 y ss.

18 A. WEBER, Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences, en *Ann. int. just. const.*, 2003, pp. 29 y ss.

no distintos de aquellos individualizados por V. Constantinesco y S. Pierré Caps, además de la composición, la fase y la eficacia¹⁹.

Con relación a la clasificación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha finalmente sugerido considerar la capacidad de la Corte o Tribunal para incidir directamente en los efectos de la decisión en los conflictos de las partes, lo que permitiría colocar a Italia, cuando ello no es posible sin la intervención del legislador o de la autoridad administrativa, en una clase por separado, puesto que en el sistema italiano los elementos de concreción son relegados a la fase instaurativa del proceso constitucional ante la Corte pero no, por lo menos desde esta perspectiva, en aquella descendente de la misma²⁰.

La importancia dada por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente en función de algunas variantes, en particular, el grado de simplificación/complicación de la clasificación. Considerando como elemento de distinción solo el grado de concreción/abstracción (como en Pizzorusso), o bien solo el fin del control (como en Fernández Segado), ellos sirven precisamente para construir los respectivos conceptos de concreción/abstracción (dada por el tipo de recurso, la fase, el interés subyacente, la importancia de la decisión, etc.), o de “control sobre la ley” o “en ocasión de la ley”. (De nuevo son relevantes, para distinguir los dos modelos, las modalidades de acceso, el instrumento procesal, el éxito de la sentencia etc.)

Con la intención de simplificar las clasificaciones, hay quienes eligen elementos determinantes macro, como en los casos señalados (concreción, abstracción, etc.), sin embargo, a veces acompañados por sub-particiones, y quien, por el contrario, se basa sobre elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), de vez en cuando dándoles mayor o menor peso.

No obstante todo ello, y salvo excepciones, en el fondo quedan siempre dos malentendidos: uno es de tipo sustancial, y es que la gran división permanece considerándolo todo, entre el control concentrado y el control difuso; el otro es de tipo metodológico: es decir, que para entender la realidad, se necesita de las clasificaciones rígidas.

19 V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE CAPS, *Droit constitutionnel*, 4^a ed., Puf, París, 2009.

20 S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*, 2^a ed., Clueb, Bologna, 2007.

2. UN ERROR SUSTANCIAL: ESTADOS UNIDOS, ARQUETIPO DEL CONTROL CONCENTRADO

Un ensayo de G. Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina “*Contre les “modèles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*”²¹ no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos –el estadounidense y el de Kelsen– porque el Derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres suyos bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso vs. control concentrado) al modo (tipos de acceso); de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros. Pero no solamente eso, sino que Tusseau también señala que en los diferentes ordenamientos los elementos individualizados en los modelos americano y austriaco, que parecen caracterizarlos de forma unitaria, no siempre “van juntos”, es decir, son frecuentes los casos en los que los elementos americanos se mezclan con los austriacos; la naturaleza abstracta se encuentra a veces en los sistemas difusos, la naturaleza concreta en los concentrados; la eficacia declarativa o constitutiva no representa una característica de un tipo o de otro, etc., por no decir que en los mismos modelos los elementos tradicionales se encuentran solamente de manera general, y hay excepciones.

Rechazando la dicotomía y, en consecuencia, invirtiendo el método de investigación, no se propone partir de Estados Unidos y Austria para incorporar a ellos las diversas experiencias (posiblemente forjando clases mixtas o híbridas), sino de la extraordinaria variedad del Derecho positivo y desde esta (re-)construir eventualmente las clases.

Aún más, en mi opinión, incluso en la experiencia histórica ambos modelos nacieron como concentrados: el art. III, sec. I de la Constitución de los Estados Unidos afirma: “*The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish (...)*”. Se nota que la previsión de otros Tribunales federales es solo posible, como explica Hamilton en el n.º 81 del *Federalista*, justificándola con base en razones prácticas. La sección II, § 2, confiere a la Corte Suprema competencia originaria,

21 G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bup, Bolonia, 2009, trad. esp. *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa-Imdpc, México, 2011; *vid.* también Id., *Au-delà des ‘modèles’ de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013, trad. it. *Oltre i “modelli” di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista*, en S. BAGNI (ed.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bup, Bologna, 2013; Id., *Les causes du choix d’un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l’étude du contentieux constitutionnel*, en *Jus politicum*, n. 13, 2014, y en http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/jp13_tusseau.pdf. (La cursiva es mía).

“In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, *and those in which a State shall be party*”. La Constitución no contiene al inicio, como todos saben, algún *Bill of Rights*. solo con la *incorporation*, después de la guerra civil, la competencia del juez se extenderá de facto a las libertades y a los derechos. Recordemos que, al inicio, el problema es cómo respetar las competencias respectivas de los poderes, de los Estados y de la Federación, cuestión que solo compete a la Corte Suprema, Tribunal federal –concentrado, diremos– de única instancia. El celeberrimo ensayo n.º 78 de *El Federalista*, que sienta las bases del control de constitucionalidad, tiene un carácter universal cuando aborda genéricamente el conflicto entre «aquella (ley) que posee fuerza obligatoria y validez superior» y las otras; entre «la Constitución y la ley ordinaria, la intención del pueblo, a la intención de sus mandatarios». Detrás, sin embargo, el problema principal estaba representado por los conflictos, sea entre los poderes, sea sobre todo entre las entidades públicas. En *El Federalista*, el tema es recurrente: en el ensayo n.º 19, Madison y Hamilton recuerdan los mecanismos (concentrados) de solución de las controversias entre los Cantones en la Confederación Suiza; en el n.º 49, Madison evoca el “Consejo de los Censores” en Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784, y en el n.º 80, Hamilton menciona la Cámara Imperial creada por Maximiliano a fines del siglo xv; es aquí especialmente que reconduce el tema del “medio constitucional para hacer aplicar las disposiciones constitucionales”, lo que constituirá el límite de las competencias estatales²².

Solo después el elemento del carácter difuso asume consistencia, pero viene en parte frustrado por el poder de la Corte Suprema de seleccionar los casos a través del *writ of certiorari*, para así ocuparse solo de los problemas de constitucionalidad. Motivo por el cual la Corte Suprema para la común percepción viene considerada como Tribunal Constitucional. ¡La Constitución es eso que la Corte Suprema, *no otras*, dice que eso sea!²³

No parece tener mucho sentido continuar, entonces, clasificando los modelos partiendo de un presupuesto, parcialmente erróneo, basado en la antinomia entre la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, nacida para la defensa de las competencias²⁴, y un

22 Cfr. A. REPOSO, *The Federalist, Judicial Review e Stato federale*, en *Il Politico*, 1987, p. 37 ss.

23 La frase: “the Constitution means what the Supreme Court says it means” fue pronunciada por el *Chief Justice* CHARLES EVANS HUGHES (1907).

24 Sin querer remontar hasta los mismos orígenes en la antigua jurisdicción del Sacro Imperio Romano (*Reichsgerichtsbarkeit*), se ha señalado que en las Constituciones de los Estados alemanes aprobadas después de 1830, la jurisdicción constitucional de las controversias entre órganos del Estado o en todo caso en materia de derecho estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) no pudo arraigar en defecto de instancias federales [J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 95; y anteriormente E. FRIESENHAIN, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, en G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (ed.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 voll., Tübingen, 1932, II]. Es en cambio en la estructura federal de la Confederación alemana del 1815 donde se puede hallar el germen de la justicia constitucional, y justo en materia de regulación de competencias entre los Estados partícipes de la Confederación misma, y también de conflictos entre Federación y Estados

sistema —el estadounidense— nacido con la misma finalidad, e inspirado en la idea de que el verdadero garante de la Constitución es la Corte Suprema, y solo en vía subsidiaria cualquier juez.

3. UN ERROR METODOLÓGICO: CLASIFICACIONES RÍGIDAS

En una clasificación, los mismos objetos observados pueden ser clasificados en conjuntos de diferente grosor. Maquiavelo, por ejemplo, afirmaba que las organizaciones políticas pueden ser principados o repúblicas; Aristóteles distinguía tres formas puras y tres corruptas. Hoy, en la doctrina constitucional, existe la tendencia a dividir el mundo en dos clases: las democracias (los buenos) y todo lo demás (los malos)²⁵. Es evidente que el simplismo clasificatorio no ayuda a comprender la realidad: sería como dividir los colores en dos categorías: los claros y los oscuros. En una tienda de pinturas, los posibles matices de verde, rojo, amarillo son muchos. Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco son útiles las clasificaciones demasiado detalladas. Ninguna gota de agua es idéntica a otra, como tampoco lo es ninguna hoja. Si se insiste demasiado en las diferencias, no se hace una verdadera clasificación, si se describe cada objeto de investigación (*monades*) de forma secuenciada y se pierde, por tanto, la oportunidad de racionalizar la experiencia²⁶.

El arcoíris es un buen ejemplo de clasificación (recogido de la verificación empírica): ni mucho ni demasiado poco, incluso si algún color se difumina en otro. De aquí la posibilidad de subclasificar los verdes, amarillos, rojos... Todo esto da

confederados. Tal esquema fue recogido luego en la Constitución suiza de 1874, en la de Weimar de 1919 y por fin —racionalizado por Kelsen— en la Constitución austríaca de 1920 (donde el núcleo central de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* fue y es hoy representado por la regulación de las competencias de *Bund y Länder*).

25 La elección clasificatoria dicotómica (que evoca la visión simplificada del mundo de John Wayne) es la más difusa hoy entre los comparatistas estadounidenses: como escribe P.G. MONATERI, *Critique et différence: le droit comparé en Italie*, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999, p. 999, “Aux États-Unis aujourd’hui on a une préférence pour des classements axés sur l’opposition entre la Western Legal Tradition et les autres. Que c’est américain et que c’est simple!”. Y, citando a U. MATTEL, *Comparative Law and Economics*, Un. of Michigan Press, Ann Arbor, 1997 (Chap. 3: “The Distinction between Common Law and Civil Law: Doing Away with Legal Positivism”), p. 69 ss., añade: “Les distinctions entre droit français et allemand sont tenues par des nuances, et face à la grandeur des valeurs communes exprimées par la WLT, aussi bien la Common Law que la Civil Law ne déviennent que des variantes locales de la même tradition, plus ou moins perfectionnées, selon l’idéologie ou les préférences des auteurs. Quant au droit des États-Unis, ayant reçu la Common Law anglaise, les valeurs des lumières françaises, des suggestions bien sélectionnées de la théorie allemande, et ayant développé un système judiciaire sans équivalent, il est bien suggéré qu’il mérite la place d’honneur”. (Véase U. MATTEL, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, en *Am. journ. comp. law*, n. 42, 1994, p. 195.) En perspectiva cognitiva v. S.L. WINTER, *A Cleaning in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago U.P., Chicago, 2001.

26 El efecto que consigue a este exceso de detalles se extiende del material jurídico al intérprete, como lo afirma G. BOGNETTI en dos ensayos (que fueron voces enciclopédicas) titulados: *Federalismo*, Utet, Torino, 2009: es decir, el comparatista se transforma en “entomólogo que padece pedantería”.

buena muestra de la subjetividad de las clasificaciones y de la exigencia de moderar su rigor, especialmente en las ciencias humanas, como el Derecho.

Un buen método consiste en reagrupar, inductivamente, objetos pertenecientes a un conjunto en subconjuntos homogéneos determinados por algunas de sus propiedades. El objetivo es maximizar su semejanza, enfatizando, al mismo tiempo, la diversidad respecto de otras clases. Las clasificaciones así producidas se denominan “extensionales”²⁷. Las ventajas de las clasificaciones extensionales consisten en que las clases son más fieles a la realidad empíricamente observable, contienen un elevado número de informaciones y presentan menores riesgos de exclusión arbitraria, en cuanto los confines entre las respectivas clases no son rígidos²⁸. Se trata de aplicar una lógica clasificatoria *fuzzy*.

La *fuzzy sets theory*, planteada por el matemático Zadeh en el año 1965, se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar estas persiguiendo la precisión puede llevar a perder de vista el verdadero significado. “Los conjuntos *fuzzy* –recuerda S. Baldin²⁹– conciben la colocación incierta –desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del ‘grado de pertenencia’ – donde el tradicional estudio de los conjuntos establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase”.

Justamente porque gran parte de los ordenamientos utilizan más modalidades para controlar las leyes (desde el punto de vista estructural, de la forma, de los efectos, de los sujetos que activan el control, etc.), parece conveniente operar, usando más clasificaciones, basadas sobre elementos determinantes diversos. Esto permite finalmente confirmar que, si en algún extraño caso el “tipo” es (o ha sido), único y homogéneo, en casi todos los lugares, por el contrario, lo que existe es la coexistencia de controles concretos y abstractos, previos y sucesivos, con eficacia inmediata o diferida, declarativa o constitutiva, sobre la ley, sobre las libertades o competencias, y así sucesivamente, con las variables consideradas anteriormente³⁰.

Es necesario, pasar de los modelos a los sistemas, organizando las clasificaciones no por *sets* unitarios y cerrados, si no plurales y abiertos. Según el elemento que tomemos en consideración, algún sistema (es decir, el conjunto de reglas, prácticas,

27 Cfr. A. MARRADI, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, en *Enc. sc. soc.*, II, Istituto Enc. italiana, Roma, 1992, pp. 22 y ss.

28 Vid. R. NEEDHAM, *Polythetic Classification: Convergence and Consequences*, en *Man*, n. 3, 1975, p. 358; T. BRENNAN, *Classification: An Overview of Selected Methodological Issues*, en *Crime and Justice. A Review of Research*, n. 9, 1987, p. 216.

29 S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011, pp. 3 y ss.

30 Subrayan que las clases son dúctiles F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 29ª ed., LGDJ, Paris, 2005, pp. 66 y ss.

actitudes que caracterizan a cada ordenamiento en materia de justicia constitucional), podrá ser colocado en una línea abstracta graduada. Su posición dependerá del mayor grado de pertenencia a la característica que caso por caso se tome en consideración: con tendencia más política o más jurisdiccional, más concentrada o más difusa, más o menos accesible, etc., según la que resulte más importante para entender la multiforme realidad de cada ordenamiento.

Desde el punto de vista teórico esto no representa un obstáculo: como el mismo ordenamiento, observado desde diversos puntos de vista, puede ser colocado en las distintas clases de los ordenamientos federales, de los republicanos, de los parlamentarios o solo en uno o dos de ellos (para ser considerado, por ejemplo, federal pero monárquico y parlamentario, o centralista pero republicano y presidencialista, y así sucesivamente), de esta forma el análisis de la justicia constitucional puede traducirse en múltiples propuestas de clasificación.

En su momento, Cappelletti ha de alguna manera anticipado la idea desarrollada por Constantinesco de reagrupar las familias jurídicas³¹. Estas estarían caracterizadas por la coincidencia de elementos esenciales (ideología, sistema de fuentes, economía, el papel del Derecho, el papel de la política, etc.). La falta (o la pérdida) de alguno de estos elementos, hace que se debilite la pertenencia a una clase, tal y como ha demostrado hoy la experiencia china, donde la disociación entre economía (liberalista) y política (no liberal) distancia el ordenamiento de la forma de Estado socialista tradicional. Cappelletti asociaba tres dicotomías (además de aquella político/jurisdiccional): concentrada/difusa; sobre incidente o sobre recurso (o si se prefiere abstracto/concreto); de índole declarativa/constitutiva de las sentencias. Pero si las cosas pudieran ser así en un mundo ideal, no son así en el mundo real –aquel de los ordenamientos vigentes–.

Abandonar este enfoque no implica traicionar el propósito de la ciencia, es decir, racionalizar y simplificar a través de los modelos la realidad, para permitir su comprensión, si no solo utilizar esquemas que permitan verificar cada sistema; tampoco implica renunciar a la construcción de clases y modelos. El punto –ya señalado por Tusseau– es que estos deben tener una base empírica. Si bien pagando el precio de una menor simplificación, mejor entonces partir de los sistemas, organizándolos en clases distintas según que –con base en elecciones discrecionales pero sensatas y presumiblemente útiles– se considere significativo uno u otro elemento.

Algunos son los clásicos, aunque a veces los he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las Cortes y los

31 La teoría se explica en L.-J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, CARL HEYMANNS, Kholn, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 223 y ss.

Tribunales Constitucionales; las modalidades de acceso a las Cortes, las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; los bienes tutelados. Sin embargo, otros elementos son ignorados por la mayoría de los académicos que se ocupan del tema o suelen mantenerlos al margen. En sentido contrario, para mí son determinantes.

Son en particular la amplitud del parámetro de control y del objeto del juicio de constitucionalidad, que pueden aparecer como verdaderos y propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

4. LA CLASIFICACIÓN CON BASE EN LA NATURALEZA POLÍTICA O JURISDICCIONAL DEL CONTROL

La clasificación de las familias políticas propuestas por U. Mattei, ancladas al papel prevalente de la tradición, de la política o del Derecho, encuentra su reflejo también en la catalogación de los sistemas de justicia constitucional³².

El modelo que se ha afirmado donde prevalece el Estado constitucional de Derecho (que a grandes rasgos coincide con la idea y el área de la familia del “*rule of professional law*”) es aquel del control “jurisdiccional”. Allí donde este ha prevalecido, no se ha perdido del todo el control político, ejercitado en las formas analizadas. Y viceversa donde es prevalente el *political law*, también la justicia constitucional, donde existe, sufre la más fuerte contaminación con la política. (Al *traditional law* es más difícil aplicar este paralelismo, aunque sí ordenamientos a ello adscritos –por ej., el británico y aquellos tribales– comparten, aunque sea por razones muy distintas, la lejanía del concepto mismo de control de la ley.)

La clasificación de los sistemas de justicia constitucional con base en el elemento indicado difícilmente puede ofrecer resultados apaciguados si queda anclada a esquemas con dicotomía. Mientras se pueda pensar en modelos políticos y modelos jurisdiccionales, no será fácil encontrar, excepto casos limitados, ordenamientos que agoten el control de las leyes *solo* en remedios procesales, o *solo* en remedios políticos (también si este segundo suceso es más frecuente).

Por otra parte, el grado de “jurisdiccionalidad” puede cambiar en ocasiones y ser más o menos intenso, según múltiples variables. Las principales son las siguientes: la primera está representada por la posición *super parte* del juez; la segunda,

32 U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, en AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, 1, Giuffrè, Milano, 1994, p. 775 ss. y espec. 782. En una sucesiva contribución en inglés, el juicio de prevalencia ha sido traducido con “*impression of hegemony*”: ID., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997, p. 21.

por la naturaleza contenciosa del proceso constitucional y por la existencia de una controversia concreta; la tercera, por la existencia de un impulso de parte. Se dan, entonces, una serie de elementos: la fase en la que se desarrolla el control y la índole represiva o de mero “parecer”, incluso en ocasiones vinculante, de los pronunciamientos; la naturaleza general o circunscrita de las decisiones; la intensidad de los vínculos lingüísticos de las disposiciones tomadas como parámetro y objeto de la sentencia; la generalidad de las acciones; la fuerza más o menos obligatoria de tradición de “fidelidad constitucional” (*deference*) respecto de la política; en definitiva, la esfera de la discrecionalidad del juez constitucional respecto de los actores de la jurisdicción ordinaria³³.

La percepción de la tasa de politicidad o de jurisdiccionalidad de cada uno de los sistemas es una de muchas variables. Por ejemplo, el sistema francés ha sido durante mucho tiempo percibido (y definido) como “político”, por estar caracterizado por un procedimiento abstracto y preventivo (en ausencia de controversias concretas), y ejercitado ante un órgano con garantía de independencia menos intensa que la que caracteriza a los jueces ordinarios. El mismo estilo de las decisiones (no “sentencias”) apoyaba esta idea, como el mismo nombre del órgano (no “Corte” o “Tribunal”, sino “Consejo”, que evoca la idea de un órgano que ofrece su parecer, pero no “sentencias”). Algunas de estas variables se mantienen: queda sobre todo la que se encuentra ligada a la extracción de los jueces, a su criterio de nombramiento; queda en buena parte el control preventivo, ahora flanqueado por aquel sucesivo/represivo, anclado a casos concretos. No menos importante es que la doctrina y el mismo *Conseil*, especialmente durante la Presidencia Badinter, ha pasado porque al *Conseil constitutionnel* y a su actividad le ha sido reconocida la patente de “jurisdiccionalidad”³⁴. ¿Dónde colocar entonces el actual sistema francés de control de constitucionalidad?

El francés es un ejemplo que demuestra también desde una perspectiva diacrónica la parcial transformación de un sistema; permanece un elemento estructural típico del modelo político, o incluso aquel relacionado a la extracción (no necesariamente jurídica) de los magistrados; permanece un rito previo, todavía importante; pero junto a ese se han afianzado formas de control concreto y sucesivo; ha cambiado el estilo de las decisiones; y existe una diferencia respecto del poder político, etc.

33 Por ejemplo, no ponen en duda el papel político de la Corte Suprema estadounidense G. HALPERN, C. LAMB (eds), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, Lexington, 1982. A la *deference*, o mejor a la falta de una tradición cultural en el plantear incidentes de constitucionalidad, se conecta en Hungría el escaso uso que los jueces ordinarios hacen de la cuestión prejudicial: cfr. K. KELEMEN, L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese, en *Dir. pubbl. cost. eur.*, n. 1, 2014, p. 435.

34 Cfr. G. TUSSEAU, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, cit., pp. 92 y ss.

En otros ordenamientos, se encuentran en determinadas ocasiones, la prevalencia de la política o de la jurisdicción, en razón de los mecanismos utilizados con mayor frecuencia y eficacia, que presentan las características recurrentes en el uno y en el otro. Aunque donde el control de constitucionalidad sea pacíficamente jurisdiccional, las formas de control político pueden sumarse en modo más o menos intenso. Es el caso, por ejemplo, de algunas “áreas incontrolables”, porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional y asignadas al control político. Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional³⁵. Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos-leyes italianos, que por mucho tiempo han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria, y asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos.

Todo ello no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en el de los modelos (jurisdiccional/político), ni mucho menos en el de los sistemas. En los modelos, porque la naturaleza jurisdiccional o política del control no depende de una única característica, sino de muchas (aquellas anteriormente indicadas); dentro de los sistemas aún menos, porque en prevalencia conviven más modelos y más ritos.

En prevalencia, no siempre. En un extremo de una línea guía en la que se coloca la experiencia en clases dúctiles, en efecto, se pueden posicionar todos los ordenamientos que rechazan el control de constitucionalidad jurisdiccional, así caracterizado. En ellos, existe la preeminencia absoluta de la política. Es cuanto sucede mayormente en la forma de Estado socialista, que en nombre de la unidad del poder estatal se rechaza que la jurisdicción constitucional pueda prevalecer sobre la voluntad del pueblo, encarnada en los órganos a través de los cuales se expresan. Por diversos motivos, también el Reino Unido se sitúa en esta postura: es el Parlamento el que prevalece, así lo marca la tradición. Así ocurre también en Irán, donde es la composición del órgano –El Consejo de Guardianes– y el parámetro (la *shari'a*), por no mencionar el complejo contexto ajeno al Estado de Derecho.

Un poco más allá, se sitúan los ordenamientos socialistas que en parte “externalizan” el control, manteniendo en el poder político, a través del partido único,

35 Aparte de la doctrina estadounidense v. por ej., sobre Brasil, M.L. SILVA RIBEIRO, Doctrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia, en *Rev. inform. legisl.*, n. 173, 2007, p. 209 ss.; sobre Argentina, R. HARO, El proceso de acrecentamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en la revisión judicial de las “cuestiones políticas”. Cuatro materias paradigmáticas, en AA.VV., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, 3 vol., Universitas, Madrid, 2012, I, pp. 1.057 y ss.

el control del órgano; el cual a su vez opera con base en ritos, con objetivos, con parámetros que nada tienen que ver con la jurisdicción en sentido estricto.

En el otro extremo de la línea guía, debemos colocar los sistemas que operan solo con la modalidad jurisdiccional, quedando excluidos la estructura y los procedimientos políticos. El modelo es solo ideal. Los Estados Unidos representan el ejemplo más puro, pero no es puro del todo, al menos por dos razones: la posibilidad (aunque recesiva en la experiencia empírica desde 1900) de utilizar el veto presidencial por razones de constitucionalidad³⁶, y la existencia de áreas no justiciables, marcadas por la doctrina de las *political questions*.

Canadá ya aparece, como sistema, menos puro, como igualmente sucede con Australia, porque al contrario de los Estados Unidos, allí se han previsto también formas consultivas de control de constitucionalidad, también ejercitadas por órganos independientes y su solicitud de parte: la actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional, y la neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no basta para la caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional³⁷.

En el medio de la línea guía ideal se encuentran otros infinitos casos, en su mayoría tendientes hacia la vertiente “jurisdiccional”, que ha prevalecido sobre la idea de control político patrocinada por Carl Schmitt³⁸.

Resulta, por lo tanto, necesario graduar los modelos siguiendo las características arriba señaladas.

No solo la concurrencia, con las Cortes o Tribunales, de otros sujetos a la función de control de las leyes inducen a graduar la “politicidad” o la “jurisdiccionalidad” de un sistema de justicia constitucional, sino que influyen sobre la naturaleza del órgano también el grueso de funciones ejercitadas, diferentes del control de constitucionalidad. Donde el órgano no ejercita solo la actividad típica, pero se le atribuyen funciones políticas –control sobre los partidos, sobre las elecciones, etc.– y de hecho la desempeña, existe una prevalencia de su perfil político, o cuando menos caen en la sombra las funciones jurisdiccionales (como en el caso francés, antes mencionado, al menos en un período inicial).

36 Vid. A. BURATTI, *Veti presidenziali, Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Carocci, Roma, 2012, pp. 54 y ss., 85 y ss.

37 Vid. *Muskat vs United States*, 219 US 346. Sobre la función consultiva de las Cortes, M. GOBBO, *La funzione consultiva delle Corti costituzionali negli ordinamenti anglosassoni – The Advisory Role of the Courts in Anglo-American Legal System*, Clueb, Bologna, 2004.

38 Sobre la concepción del Jefe de Estado como defensor de la Constitución, v. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), rist., Dunker & Umblot, Berlin, 1969, trad. it. *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981. El control político asume varias facetas: además que al Jefe del Estado, puede ser atribuido a órganos internos, al Parlamento, a órganos dependientes o derivados de este y al mismo Gobierno. Para ver varias hipótesis ampliamente documentadas remito a mi libro *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2014, parte I, cap. I, § 2.

Sobre todo, el elemento estructural resulta importante. Si el Juez es poco independiente frente al poder político, aun juzgando según los procesos y con el lenguaje de la jurisdicción, con instrumentos llamados sentencias, quizás definitivas y no recurribles, sobre el impulso de parte, puede que el control sea jurisdiccional, pero resultará un poco más “político” que donde la Corte o Tribunal es formado por la modalidad de la elección y nombramiento y sobre las reglas de la preparación profesional, con mayor garantía de independencia. Por tanto, entre los sistemas europeos, Alemania, Austria e Italia pueden ser clasificadas en clases más o menos coincidentes a donde se sitúan Hungría, Polonia, Rusia, Corea y lo mismo Portugal, pero no del todo, porque allí (como en otros ordenamientos) es más inmediata la derivación a los órganos políticos (Parlamento o presidente de la República).

La cuestión de que algunas Cortes manifiestan, de hecho, una fuerte *deference* al poder político no afecta a la naturaleza jurisdiccional del control ejercitado³⁹. Incluso en este caso, aflora una conexión con la política. El hecho de que, como en Japón o el norte de Europa, las sentencias de inconstitucionalidad se contaran con los dedos de la mano en más de medio siglo, es índice de sujeción a las decisiones del Parlamento, y que por razones muy variadas la jurisdicción deja el campo libre a la política. El control ejercitado por los respectivos sistemas permanece jurisdiccional, pero aparece menos pleno que en los Estados Unidos, en Canadá o algunos países europeos.

También la extracción de los jueces contribuye a la medición del grado de politicidad de un sistema: donde *de iure* (Italia y gran parte de los ordenamientos) o *de facto* (EE.UU.) estos deben ser juristas (provenientes del foro, de la universidad, del aparato administrativo) la naturaleza jurisprudencial del sistema es o se hace *más* marcada de donde estos son de proveniencia en todo o en parte de la política (Bélgica, Francia por los expresidentes de la República).

Todos los factores evocados pueden ser evaluados separadamente como también combinarse entre ellos para medir el grado de pertenencia mayor o menor de un sistema a las clases de la jurisdiccionalidad o de la politicidad. Los límites en ocasiones son nítidos, pero a menudo existe una superposición e incertidumbre. Esto es a grandes rasgos, lo que sucede cuando se fijan estándares para evaluar el grado de democracia de un país⁴⁰ o, más en general, con los colores del arcoíris,

39 V. A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity. Saggio comparativo su una “figurazione” statunitense*, Giappichelli, Torino, 2011, y de la misma autora la voz *Deference (fidelidad constitucional)*, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, trad. esp. al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, Porrúa, México, 2012, p. 74.

40 Véase S. CASSESE, *Global Standards for National Democracies?*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011, p. 701 ss. Cfr. asimismo L. PEGORARO, “Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en AA.VV., *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, pp. 249 y ss., y en *Rev. latino-am. do est. const.*, n. 16, 2014.

los cuales se perciben bien en el núcleo central, pero se pierde la delimitación en el contorno, mezclándose los unos con los otros.

5. LA CLASIFICACIÓN CON BASE EN LA ESTRUCTURA

En relación a la estructura, la clasificación tradicional pone el acento sobre la clásica dicotomía entre control difuso y control concentrado. Es evidente en todo caso una fuerte inclinación entorno a la concentración del control. Se puede sostener no solo que, casi todos los sistemas nacen concentrados (con parciales excepciones para la América Latina y otros pocos casos), pero también que, donde la difusión ha existido, esta viene ahora absorbida por las Cortes Supremas o por sus sesiones o salas especializadas.

La gran división no puede ser del todo abandonada; entre otras cuestiones porque, en los ordenamientos que tradicionalmente han estado adscritos a la clase de sistemas difusos, otros sujetos concurren mucho más intensamente que estos, con el órgano más alto de la pirámide, para administrar la justicia constitucional. Pero esta tiene que ser reconducida dentro de las clasificaciones dúctiles.

El rechazo de una ruptura neta entre el modelo concentrado y el modelo difuso —más bien, entre sistemas concentrados y sistemas difusos— comporta primeramente que a los sistemas clásicamente denominados “continentales”, “austriacos”, “kelsenianos”, “concentrados” y así sucesivamente se contraponen no solo el estadounidense y sus derivados (canadiense, australiano, y en general los de *Common Law*), sino también: a) aquellos dotados de un juez *ad hoc*, en los cuales, a través del incidente de constitucionalidad, los jueces ordinarios están en gran medida interesados en el control (Alemania, Italia, España, este de Europa, etc.); b) los mixtos, en los que en alguna medida funciona un Tribunal Constitucional con competencias específicas o una sala especializada del Tribunal Supremo, o donde también o *solo* una Corte Suprema puede ejercitar el control con ciertos efectos, y, sin embargo los jueces ordinarios están habilitados para inaplicar las leyes inconstitucionales: este es el caso de Portugal, Grecia, los Países Bálticos y del norte de Europa, Rusia y de otros ordenamientos de la antigua URSS o de muchos estados de América Latina.

En relación con el contexto estructural en el que se insertan los órganos de la justicia constitucional, los Tribunales pueden ocupar una posición casi exclusivamente o *prevalentemente* de monopolio (sistemas unitarios) o *prevalentemente* concurrente con otros sujetos (sistemas plurales).

La clasificación puede anclarse también en otros elementos, de la división entre jueces (ordinarios o *ad hoc*) de la función de justicia constitucional: por ejemplo en la presencia, dentro de un mismo ordenamiento, de más de un nivel de justicia constitucional. En los ordenamientos federales, en particular, el sistema de la Fe-

deración se junta aquel de los entes descentralizados, que aunque limitadamente sustraen parte de las competencias del nivel central. Esto es lo que sucede en los Estados Unidos, en Canadá, Australia, India, etc., pero también en Alemania, Austria, la Federación Rusa y en algunos ordenamientos de América Latina.

Combinando las diversas variables, se puede distinguir entre sistemas unitarios (casi) integralmente concentrados –en los que un único Tribunal ejerce todas las competencias propias de la justicia constitucional– como España, Italia, Bélgica, Francia, Rumania, etc.; sistemas plurales parcialmente concentrados, en los que cada uno de los niveles territoriales cuenta con un solo órgano habilitado para ejercer la justicia constitucional, aunque en el conjunto del ordenamiento convivan distintos Tribunales Constitucionales (Alemania, Austria); sistemas plurales parcialmente descentralizados, en los que la función está distribuida entre los jueces ordinarios y un Tribunal Supremo, pero no existe superposición de niveles (ordenamientos no federales del *Common Law*, Portugal, Grecia y otros), y sistemas plurales integralmente descentralizados (países del *Common Law* federales, como los EE.UU., Rusia, algunos países federales de América Latina como México, Brasil y Argentina, etc.).

Dentro de algunas de las clases coinciden algunos matices: por ejemplo, en Italia, Alemania y otros ordenamientos donde existe el control incidental, existe una concurrencia de los jueces ordinarios en la selección de los casos que se plantean respectivamente a la Corte Constitucional o al Tribunal federal o aquellos de los *Länder*. En el norte de Europa, en Japón y en México los jueces ordinarios *de hecho* no inaplican nunca o casi nunca la ley inconstitucional.

En una línea gradual de izquierda a derecha, se podría colocar en el primer extremo alguna experiencia histórica de total concentración (Austria en los primeros años, Francia antes de la reforma del 2008 con la introducción de la *question prioritaire*), pero difícilmente se podrían encontrar ejemplos de plena descentralización. El efecto visual es de un amontonamiento de los distintos sistemas en la zona de la izquierda de la línea.

6. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN LAS FUNCIONES EJERCITADAS Y EL BIEN TUTELADO

El papel y la posición de la justicia constitucional en cada ordenamiento se perciben también desde el tipo de función ejercitada y de los bienes tutelados.

A este respecto cabe distinguir, como modelos ideales, entre sistemas monofuncionales y plurifuncionales. En relación con el núcleo originario de las funciones ejercitadas, algunos Tribunales se han visto beneficiados por nuevas competencias (como por ejemplo, control de las elecciones y de los referéndum, valoración de la democracia de los partidos, intervención en el *impeachment*, actividad de asesoramiento, verificación de las condiciones de elegibilidad, parecer sobre la adopción

de estados de emergencia, que en algunas circunstancias enfaticen el papel de forma mayor respecto a lo que pasa con la normal actividad de control de constitucionalidad de las leyes y de las competencias de los entes. También con este fin la partición no es nada nítida, atendiendo a la variedad de las soluciones escogidas. Seguramente, los sistemas plurifuncionales son una clase amplia (más bien, casi totalmente predominante), pero graduada: comprende de hecho sistemas donde la Corte desempeña dos funciones principales (control sobre las leyes en sede contenciosa y la actividad de consulta, como en Canadá) así como donde junto al control de constitucionalidad de las leyes desempeña otras numerosas funciones (como en Alemania o en Francia o en algunos ordenamientos del Este de Europa)⁴¹. Parece quedar excluido, sin embargo, que la diferencia transcurra sobre la línea de la distinción entre las Cortes Supremas y las Cortes especializadas. También a las primeras, de hecho, muy a menudo son asignadas competencias “ulteriores” exclusivas.

A grandes rasgos, a la primera categoría pertenecen muchas Cortes de los ordenamientos de *Common Law* (entre otras: algunas latinoamericanas, y las Cortes del norte de Europa), donde sus competencias han quedado sustancialmente reducidas a las tradicionales; la segunda, aquellas europeas clásicas (Alemania, Italia, España, además de Francia), y aquellas del este del viejo continente.

En cuanto al bien tutelado, donde está previsto el recurso individual directo, prevalece —aunque no de manera exclusiva— la actividad de defensa de los derechos; esta deriva obviamente, de la solicitud causada del número de recursos presentados por los ciudadanos y los otros sujetos titulares, que es siempre mucho más elevado. Sin embargo, la clasificación es susceptible de variables.

Sobre todo, también donde no hay recurso directo de los ciudadanos, las Cortes se encargan de asegurar la tutela de las libertades, aunque solo sea contemplada alguna forma de control concreto. La tutela de las competencias sin embargo es recesiva por razones cuantitativas. Pero puede suceder que en determinada fase de la historia, una Corte se encuentre con que tiene que enfrentar fuertes flujos de recursos para la tutela de las competencias, como ha sucedido en España e Italia en momentos caracterizados de un copioso contencioso entre el centro y la periferia (en Italia, después de la reforma del Título v de la Constitución).

La escala tiene, pues, su ápice en los sistemas de los ordenamientos latinoamericanos, muchos del este de Europa y de la antigua URSS, más abajo España, donde al tema de amparo se añade el de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aún más que en Italia (por las razones mencionadas) y Alemania

41 S. BALDIN, *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*, Eut, Trieste, 2000; G.F. FERRARI, *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, pp. 351 y ss.

(donde el conflicto entre los entes y los órganos no es intenso, y ni siquiera la *Verfassungsbeswerde* es abusada, pero sí es más utilizado el control concreto); tienden hacia este extremo el sistema de los Estados Unidos, el de Israel, un poco menos el de Canadá, donde se presentan también casos de conflicto entre el centro y la periferia y aquellos conectados a la *First Nation* (los nativos), y así sucesivamente, hasta el otro extremo, donde se sitúan, como en otras circunstancias, los prototipos de Francia y Austria.

7. LA CLASIFICACIÓN BASADA EN LA AMPLITUD DEL PARÁMETRO

La importancia del parámetro a fines clasificatorios encuentra su justificación tanto teórica como empírica.

Sobre la primera, la constatación que con la progresiva externalización del parámetro –expandido da la “ley a la que estemos sujetos por obligaciones mayores”, la Constitución, a los tratados internaciones– ha desaparecido la justificación original que indujo a los artífices de los modelos más antiguos, los arquetipos, a justificar la prevalencia de la *higher law* sobre la ley ordinaria. Es cierto que si Hamilton consideraba como suprema ley del País a la Constitución, la misma Constitución afirmará posteriormente en su art. VI, § 2, que también los tratados la representan; y también es sabido que Kelsen apoyó sobre todo en sus obras más tardías la superioridad del Derecho internacional⁴². Los tratados, sin embargo, no se aprueban directamente, sino por sus representantes, al igual que las leyes. A diferencia de la Constitución, son aprobados bajo las distintas modalidades del poder constituido, por los representantes, y al igual que las leyes (u otras actas que lo incorporan en un ordenamiento) a menudo se someten al control de constitucionalidad. En algunos casos, la adhesión a los tratados internacionales que colisionan con la Constitución, es admitida solo tras la modificación de la misma. Existe entonces una diferencia profunda entre las razones que justifican la superioridad de la Constitución (las que produce como consecuencia el control de constitucionalidad) respecto de aquellas que inducen a parametrizar los tratados.

En algunos países, la Constitución, no solo la ley, debe adecuarse a los tratados, como reconoce la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³. Esta parece expresarse –casi como si se tratase de un recurso histórico– la supremacía del iusnaturalismo expreso del Derecho internacional, que reenvía a

42 Cfr. con anterioridad *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas-Kompass, Milano, 1966, espec. pp. 332 y ss.

43 Para una reconstrucción y varios ejemplos v. E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2013, spec. p. 647 ss. Por último S. RAGONE, *Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investiga-*

la primordial acepción de la “Ley superior” como parámetro metafísico y no positivizado. Se requiere, entonces, distinguir los sistemas en los cuales los tratados están por debajo de la Constitución, de aquellos donde están al mismo nivel y de aquellos en los cuales estos se encuentran sobre la Constitución⁴⁴.

Las razones empíricas son determinadas no solo por la constatación de que van creciendo los ordenamientos que acogen la segunda o tercera de las soluciones indicadas, sino también del hecho de que, donde el Parlamento está limitado por la falta o carencia de disciplina de los derechos en el texto constitucional, el control de constitucionalidad se desarrolla en manera cuantitativa y cualitativamente diversa de donde sucede lo contrario.

En medida menos relevante, también la estructura de la llamada parte orgánica de la Constitución puede influir sobre la colocación de un sistema más hacia un lado en las direcciones respectivas. En ocasiones existe una intensa constitucionalización del Derecho parlamentario (Francia, Rumania)⁴⁵. Algunos textos –por ejemplo, el de Grecia– dictan reglas minuciosas en lo que se refiere al sistema de formación del Gobierno, parametrizando prácticamente todo el proceso, una materia que en otros sistemas por lo general se encomienda a reglas no justiciables (acuerdos y convenciones parlamentarias). En este sentido, se toma en consideración también el elemento representado por la asunción de convenciones y costumbres constitucionales como parámetros: se trata de un proceso *in fieri*, cuyos primeros signos se ven en la jurisprudencia de algunos países como Canadá e Israel (actualmente también en Italia)⁴⁶.

Se debe tomar en consideración también la inclusión en el parámetro de normas interpuestas: leyes orgánicas (en su totalidad o solo en su “espíritu”, como las ordenanzas orgánicas franceses); las leyes de delegación (Italia y España), reglamentos parlamentarios (hipótesis esta normalmente no contemplada en la realidad)⁴⁷.

ciones multidisciplinarias, en P. SANTOLAYA MACHETTI (ed.), *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cepc, Madrid, en imprenta.

44 En la inmensa biografía sobre el control de convencionalidad v., entre las más recientes, H. NOGUEIRA ALCALÁ (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012; Id., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Ubijus, México, 2014; E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013.

45 L. PEGORARO, *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*, Cedam, Padova, 1983.

46 Para Canadá un análisis de la jurisprudencia (con base en la cual, si bien la violación de convenciones no puede ser sancionada, las Cortes pueden conocer del asunto), se encuentra en J. FRÉMONT, *Le fonti del diritto costituzionale canadese*, en J. FRÉMONT, A. LAJOIE et al., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 35 ss. Sobre l'Italia G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

47 V. al respecto L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1990, spec. pp. 37 y ss.

La misma jurisprudencia constitucional concurre finalmente a darle el alcance al parámetro, asignando un papel en tal sentido también a los principios y valores por ella individualizados, a pesar de la ausencia de expresiones explícitas en el texto⁴⁸.

Por tanto, la línea debe ser llenada utilizando varios elementos. Un sistema basado sobre una Constitución no solo larga, sino racionalizada, articulada, detallada en la parte orgánica, en la cual la Corte Constitucional o Suprema utilice la costumbre, convenciones, principios y valores como parámetros de juicio, abandonando cada concepción *strict constructionist* y haciéndose levemente influenciado por la *deference*, presentará características diversas de otros desde el punto de vista en examen, incluso donde uno solo de estos elementos falta⁴⁹.

Desde esta perspectiva, los sistemas pueden subdividirse –teniendo en cuenta los distintos grados– en limitados y amplios (de “parámetro limitado” y de “parámetro amplio”). En los primeros, los Tribunales toman como parámetro solamente la Constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en los EE.UU. hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto a la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes), también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede, por ejemplo, en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia) o, en Europa, las normas internacionales que regulan la estructura y la actividad de la Unión.

Una vez más, las clases son dúctiles, con amplios elementos de superposición pero también con sectores compartidos.

8. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN EL OBJETO

Los distintos sistemas de justicia constitucional generalmente contemplan mecanismos para extender el control más allá de la ley.

Los actos sublegislativos están sujetos al control de constitucionalidad en cualquier sistema donde exista un recurso directo por la lesión de los derechos garantizados por la Constitución; así ocurre, de forma general, en la familia de *Common Law*, pero también en *Civil Law* el juez administrativo puede anular un reglamento que resulte contrario a la Constitución, y el juez ordinario puede inaplicarlo. En sede de regulación de las competencias de órganos y entes, además, las Cortes Constitucionales pueden conocer (y si se da el caso, declarar la incons-

48 A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Puf, París, 1997.

49 L. PEGORARO, La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee, en *Dir. soc.*, n. 1, 1994, p. 21 ss., y en *Scritti per U. Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997.

tucionalidad) de actos administrativos cuyo contenido resulte una violación de las respectivas atribuciones.

Por encima o al lado de la ley, son controlables normas interpuestas como las leyes orgánicas o reforzadas (siempre con relación al procedimiento de adopción, y casi siempre con referencia al contenido sustancial), y las leyes de delegación. Los tratados, aunque a menudo parametrizados (Estados Unidos, América Latina, Rumania, Moldavia), en muchos casos son sometidos a control de constitucionalidad, no solo en cuanto a lo que se refiere a los eventuales vicios de la ley, pero incluso a aquellos relacionados con cuestiones sustanciales (Francia, Alemania), o al menos aquellos que inciden sobre el núcleo esencial de la Constitución (Italia).

Los reglamentos parlamentarios, no sometidos al control en algunos ordenamientos (como Italia), en otros pueden ser sometidos, sea eventualmente, sea obligatoriamente (Francia, Rumania)⁵⁰.

Junto a la Constitución (también un poco por debajo), algunos ordenamientos admiten incluso el control de las mismas leyes de revisión constitucional. Cuando esto sucede, cambia la misma naturaleza del control de constitucionalidad, respecto de su finalidad originaria, provocando una eversión de las clásicas teorías sobre el control de constitucionalidad: siempre más frecuente, en las últimas décadas Cortes y Tribunales Constitucionales asumen como objeto de control las mismas leyes de revisión constitucional⁵¹. Si los jueces de las leyes están acostumbrados a criticar en la forma o en el mismo contenido la revisión constitucional, como

50 Un análisis comparativo, aunque se remonte en el tiempo, en S.M. CICONETTI, *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania federale, Italia)*, Cedam, Padova, 1979; más recientemente, en G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1986.

51 Sobre este punto S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012; sobre la importancia que tiene este control (siempre más frecuente) sobre la revisión constitucional cfr. K. GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa (Turchia), 2008; D. GÓNGORA PIMENTEL, *El control de la reforma constitucional*, in J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (eds), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 239 ss. (con particular referencia al contexto iberoamericano); AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Fac. Ciencias Jur. de la Pontificia Un. Javeriana, Bogotá, 2005; G.A. RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2005; F. ZÚÑIGA URBINA, *Control de constitucionalidad de la reforma constitucional*, in *Est. const.*, 2006, p. 429 ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana), en *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006, p. 477 ss.; I.B. FLORES, *Sobre la (in)constitucionalidad de "reformas constitucionales": a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca*, en *Cuest. Const.*, n. 17, 2007, p. 259 ss. Si se quiere, L. PEGORARO, *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*, in *Pensamiento const.*, n. 6, 1999, p. 221 ss., en *Rev. Cortes Gen.*, n. 47, 1999, p. 7 ss., y en Id., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 209 ss. Finalmente, varios contenidos del cap. VII ("Temas de reforma constitucional") del t. II de P. HÄBERLE, D. GARCÍA BELAUNDE (eds), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 voll., UNAM, México, 2011, p. 383 ss. y Idc-Un. Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012 (con contribución de F. ZÚÑIGA URBINA, R.G. FERREYRA, H. NOGUEIRA ALCALÁ, P. SALAZAR UGARTE, R. HERNÁNDEZ

ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la Constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en *todas* sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa y luego por Schmitt y por Kelsen: la pregunta hoy no es (solo) ¿quién controla la ley? o ¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decisiones de la mayoría de sus representantes? (cuestión que ni siquiera en algunos ordenamientos latinoamericanos teñidos de populismo y socavados por una tradición caudillista nadie hoy hace), sino más bien ¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo *en su núcleo duro*? y, en consecuencia, ¿quién es el custodio de tal pacto?

En definitiva, se debilita la misma idea de Sieyès sobre la distinción entre los dos diversos poderes, si la imparable expansión del objeto del control no mira a poner las leyes y otros actos al imperio de la Constitución, sino a someter a control el mismo poder de revisión, por parte de un órgano del poder constituido⁵².

Ulteriores factores que pueden concurrir a una clasificación son aquellos representados por la obligatoriedad o no del control sobre determinados actos. Existen algunos actos objeto de control solo eventual, y actos que pueden escapar al control de las Cortes: es el caso de los reglamentos parlamentarios y de las leyes orgánicas en Francia y Rumania, y de los tratados en algunos países del este de Europa, como Bulgaria, Eslovenia, Ucrania, Polonia, Rumania y otros como Venezuela. Todo ello

VALLE, J.V. HARO GARCÍA, R. HARO), y en el libro de P.R. TORRES ESTRADA, M.G. NUÑEZ TORRES (eds.), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Porrúa, México, 2010.

52 De la aceptación de la teoría sustancial de la Constitución —como la de C. SCHMITT, que la concibe como un todo orgánico de valores éticos y políticos (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 109 ss.)— o de teorías formalistas y normativistas de la misma (por todos H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 251 ss.) dependen importantes consecuencias en lo referido a la relación entre poder constituyente y poder de revisión, y en definitiva los límites a los que estaría sometido este último. Simplificando: quien acoge la primera tesis, luego de haber decidido qué forma parte del “espíritu” de la Constitución, considerará ejercicio de poder constituyente —y por tanto *extra ordinem*— todas las modificaciones que entrañan tal “espíritu”; quien parte de la visión antiética, no haciéndose condicionar por lo que resulta difícilmente medible (que cosa es “espíritu” y que cosa no lo es), considerará ilegal la revisión hecha contraviniendo el procedimiento previsto.

Las visiones opuestas sobre los límites al poder constituyente tienen raíces antiguas, y se juntan al debate, surgido en la primera década del siglo XVIII en Europa sobre todo por Condorcet, y en América por Jefferson e Paine, sobre el (denegado) derecho de una generación a vincular a la sucesiva, “de los muertos de vincular a los vivos”. Entre los libros más intensos sobre esta materia v. C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Puf, Paris, 1996, espec. Pp. 141 Y ss.

contribuye a diferenciar también cuantitativamente el abanico de los actos sometidos a juicio de constitucionalidad⁵³.

Con base en el elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucionales pueden ser colocados en una línea ideal según sean más o menos integrales (rectas, “con objeto integral”), cuando las Cortes pueden conocer sobre la ilegitimidad de las leyes, de los actos administrativos, de actos políticos, de fuentes intermedias entre la Constitución y las leyes, de tratados y de las propias leyes de revisión, o pueden ser parciales (rectas, “con objeto parcial”, con control solo sobre las leyes, con procedimientos diversos, actos administrativos). En un extremo de esta línea ideal se colocan, por ejemplo, en virtud de expresas disposiciones constitucionales que contemplan también el control sobre las leyes de revisión, Chile, Bolivia, Moldavia, Colombia, Panamá, Sudáfrica y algún otro; y en consecuencia de su misma jurisprudencia constitucional, Italia. En otro extremo de la línea, los ordenamientos donde el control está circunscrito a las leyes (y en distinta medida los actos administrativos), el poder de revisión aparece más libre y las leyes que modifican la Constitución están menos sujetas a vínculos formales o sustanciales.

9. LA CLASIFICACIÓN EN REFERENCIA A LOS SUJETOS Y A LA MODALIDAD DE ACCESO

La clasificación realizada con base en los sujetos y a las modalidades de acceso a las Cortes, se relaciona con otras que se refieren a factores contiguos, como la naturaleza previa o sucesiva, concreta o abstracta del control, o su vertiente prevalentemente concentrada o difusa. Un procedimiento de acceso concreto, anclado a los casos jurisdiccionales, amplía la gama de las ocasiones para controlar una ley.

El nombre –recurso, incidente, cuestión o excepción– no tiene importancia estratégica, tratándose de una variable que depende (además de la traducción) de la configuración de cada sistema procesal: por ejemplo en el art. 89 de la Constitución de Georgia, se utiliza indistintamente la expresión “recurso” e “instancia”, se trate de órganos centrales del Estado o de entes territoriales, o sean jueces (“órganos del poder judicial”).

También esta clasificación, pensando en sistemas y no en modelos, tiene un carácter relativo, en cuanto normalmente conviven más modalidades y por tanto se basan sobre criterios cuantitativos y de prevalencia. Más de un sistema diversifica y abre sus puertas de acceso, tanto más el papel del control de constitucionalidad

53 Desde otro punto de vista –el temporal– pueden ser más o menos objeto de control las normas preconstitucionales. Normalmente, lo son, si no desde un punto de vista de su formación, desde el sustancial. V. a propósito el análisis comparado de V. OROZCO SOLANO, *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, Ead-Ubijus, México, 2012.

resulte lleno y estratégico en el ordenamiento global, concurriendo a la definición de la forma de Gobierno (si no de la misma forma de Estado), al equilibrio entre poderes y al desarrollo de las relaciones entre instituciones y sociedad, entre autoridad y libertad.

La clasificación en razón al tipo de acceso puede ser analizada también desde un punto de vista diacrónico. La tendencia es ampliar, no restringir el acceso: el arquetipo kelseniano proponía un acceso circunscrito, sobre el recurso de pocos órganos o entes, tal que anule el desarrollo del instituto, pero a tal riesgo se puso remedio con la reforma del 1929, y después con la del 1975 que contempla también los Tribunales de segundo grado, con la reforma de 2012, que extiende el acceso a los Tribunales administrativos de los *Länder* y con la innovación destinada a operar a partir de 2015, que la abre a todos los jueces comunes⁵⁴. Ahora emblemático es el caso francés, que ha resistido largamente manteniendo solo el recurso previo, aunque fuese con la posibilidad de la *saisine parlementaire* en 1974, pero ha aceptado finalmente –anticipado de las antiguas colonias– de añadir al recurso la *question prioritaire*, alineándose de tal modo a la gran mayoría de los sistemas de justicia constitucional. Puede ser citado también el caso de Hungría, que después de la abolición de la acción popular con la Constitución de 2012, ha introducido tanto el recurso individual contra los actos individuales (incluidas las sentencias), como contra leyes y otros actos jurídicos, manteniendo también el acceso incidental, sobre la iniciativa del *Ombudsman*⁵⁵.

Casi todos, de hecho, prevén sin *ab origine* el doble mecanismo: recurso de entes y órganos, e incidentes, decididos directamente por los jueces (*Common Law*, Argentina y en parte América Latina), o bien trámite de reenvío a un Tribunal especializado o a la Corte Suprema (Alemania, Italia, España, Este de Europa, antiguas colonias francesas, Corea).

Un peso muy relevante a fin de la clasificación en cuestión lo tiene la atribución a los ciudadanos de impugnar delante de las Cortes actos lesivos de derechos garantizados directamente por la Constitución. En algunos casos (Alemania, México), el objeto puede ser también una ley.

Sobre la característica de los sujetos implicados, en un extremo de la línea se colocan entonces los ordenamientos “cerrados” que limitan el acceso a entes u órganos del Estado (Francia hasta los años 70, Austria en el modelo originario), en el otro (aunque en distinta medida) de diversa forma los sistemas “abiertos”, en los que el control concreto tiene como protagonista, aparte de entes u órganos, a los

54 V. M. CALAMO SPECCHIA, L. MONTANARI, *Introduzione*, en Id., *L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, sección monográfica de *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2014, p. 333.

55 V. K. KELEMEN, *L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese*, cit., p. 433 e pp. 438 ss.

jueces, y en los que el acceso, a través del amparo, la *Beschwerde* y otras figuras similares, está asegurado también a todas las personas físicas (y a veces a las jurídicas).

La graduación en la amplia sección mediana ve poco a poco ir de izquierda a derecha los sistemas que atribuyen la titularidad de la instancia (cuestión, excepción) solo a los Tribunales de vértice, o a todos los jueces llamados a ejercitar justicia en un caso juzgado, con la posterior variable de cuáles son los titulares de recursos (si el ordenamiento es descentrado, también si los entes periféricos alimentan la justicia constitucional en su complejo; a veces aparece el Defensor del Pueblo). En otro lado, orientado al pluralismo se podrían colocar los sistemas alemanes y españoles, que reagrupan todas estas variables (recursos de varios órganos centrales, recurso intersubjetivo entre Bund y *Länder*, o entre Estado y Comunidades Autónomas, recurso directo de los ciudadanos, control incidental por parte de los jueces). En parte, dentro de la clase dúctil a la que pertenece la República Federal Alemana, pero no del todo incluido en esa, pueden colocarse varios ordenamientos concentrados del este de Europa, que prevén todas estas modalidades, menos el recurso intersubjetivo (no siendo estos federales). Así más o menos puede ser situada Italia, donde falta el recurso directo de los ciudadanos, aunque la tutela de sus derechos y libertades está asegurada por el recurso incidental.

10. LA CLASIFICACIÓN SEGÚN LA TIPOLOGÍA Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

En cuanto a los efectos de las sentencias, la clásica distinción formulada por Calamandrei y Cappelletti entre la eficacia declarativa y la eficacia constitutiva de los pronunciamientos parece perder parte de su prevalencia de frente a otros elementos que emergen de la evolución de varios sistemas. Estas enfatizan la naturaleza de las sentencias estimatorias, sin considerar los efectos que consiguen de las sentencias de rechazo y de las así llamadas intermedias. Una que atraviesa todos los ordenamientos de derecho codificado es la diferencia entre decisiones que expulsan disposiciones o normas, y otras que, al revés, simplemente declaran infundadas las cuestiones planteadas. Estas últimas, generalmente (aunque no siempre), no determinan efectos preclusivos a eventuales futuras excepciones (Italia, España, Alemania). Más bien, se evidencia que, donde el control de constitucionalidad es preventivo, el efecto de una declaración de constitucionalidad de una ley o de sus disposiciones puede ser definitivo (como sucede en Irlanda), no distinto de lo que ocurre con una sentencia de rechazo (que en algún caso produce efectos *erga omnes*: v. Belgio)⁵⁶.

⁵⁶ El control sucesivo resulta más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica: en primer lugar, permite a los jueces salvar la vigencia de las disposiciones que, de otra manera, podrían en vía preventiva ser susceptibles de sentencias de inconstitucionalidad. Además y sobre todo: de una parte, se evita que cuestiones

Con fines clasificatorios estratégicos, aparecen entonces más elementos diversos de la naturaleza declarativa o constitutiva.

En primer lugar, aquellos conectados a las características tipológicas. Excluido desde el principio que la gama de opciones podría limitarse a la alternativa de estimación/rechazo, los Tribunales utilizan en modo más o menos intenso sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, de dirección, etc. En *Common Law*, es la *ratio decidendi* la que vincula; pero también en *Civil Law* son las máximas, los principios expresados en las motivaciones los que producen efectos análogos, sea respecto a la jurisprudencia que al legislador. Así como los dispositivos de reenvío a las motivaciones, que se ven en las sentencias interpretativas.

La división corta transversalmente la dicotomía existente entre concentrado/difuso, así como la constitutiva/declarativa y las diversas familias jurídicas.

Solo en pocos casos, las Constituciones y las leyes sobre Derecho procesal constitucional ordenan la materia. Frecuentemente, hoy se rompe con el pasado introduciendo reglas sobre la constitucionalidad por omisión y sobre efectos temporales de los pronunciamientos. En ausencia de normativa, a menudo, las crean las mismas Cortes⁵⁷. Mientras en algunos sistemas de justicia constitucional los jueces no manifiestan ninguna rémora en la modulación de las sentencias (desde los Estados Unidos a Canadá, Alemania o Italia y Francia), adaptándose a los casos la tipología, y creando así Derecho procesal más que Derecho sustancial, en otros, razones relacionadas con la cultura jurídica sirven como freno a la creatividad procesal de las Cortes (Ej.: México)⁵⁸.

Un último elemento que puede ayudar a clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la óptica en examen está representado por los efectos directos de los pronunciamientos: esto influye sobre el poder de las Cortes de dar peso a las propias decisiones y sus efectos entre las partes, siempre directo en algunos casos

abstractas, relativas a asuntos que no se realizan en la vida cotidiana, que no afectan a intereses justiciables, sean debatidos por las Cortes Constitucionales; por otra parte, impide que interpretaciones inconstitucionales de una disposición escapen del control.

Argumentos a favor del control previo en C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *O direito do Contencioso Constitucional*, 2ª ed., Coimbra ed., Coimbra, 2011, p. 26 ss., y en O. DUHAMEL, G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3ª ed., Seuil, París, 2013, pp. 788 y ss. (también con la admisión de sus límites: p. 794 ss.).

57 Ver entre tantos, sobre la inconstitucionalidad por omisión, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, MacGrawHill, Madrid, 1997; I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, MacGrawHill, Madrid, 1997; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*, Civitas, Madrid, 1998; V. BAZÁN (ed.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997. Sobre los efectos temporales, recientemente D. BUTTURINI, M. NICOLINI (eds.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Esi, Napoli, 2014.

58 V. G.A. FIGUEROA MEJÍA, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa, México, 2011.

(como en Estados Unidos y España), e indirectos (o más indirectos) en otros casos, como en Italia.

El examen de los sistemas en clases caracterizadas por amplias áreas de superposiciones, se articula entonces según varios elementos: la presencia de tipologías más o menos diferenciadas de decisiones; los efectos más o menos vinculantes no solo de las sentencias de inconstitucionalidad, sino también de las otras; la capacidad (y el poder efectivo) de articular tales tipologías, el dominio sobre efectos temporales; el poder de sancionar las violaciones o incumplimientos.

La principal división depende de la autonomía o la heteronomía en la creación del Derecho procesal constitucional, la mayor o menor concentración en las Cortes del poder de autodeterminar las reglas del proceso, no solo en las fases de introducción e intermedia, sino también en las fases finales donde se producen los efectos: la sentencia. Esa puede ser una variable de reglas constitucionales o legislativas precisas o imprecisas, extensas o menos extensas, pero también de factores que operan como criptotipos (la actitud del juez frente al poder normativo).

Fuera de un análisis diacrónico (para la cual, como en otras clasificaciones, Austria y Francia, de los arquetipos, resultan los sistemas más limitados), la observación empírica nos da hoy un conjunto de *sets* muy complejo: casi todas las Cortes emiten varias tipologías de sentencias, y casi todas lo hacen en plena autonomía, prescindiendo de expresas previsiones. Algunas no se frenan en su creatividad (de USA de *Roe vs Wade* hasta Alemania), otras son más prudentes (América Latina, pero solo en algunos casos). En determinadas circunstancias puede operar la inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos son susceptibles solo de sanciones políticas (Portugal y Brasil). Muchas dominan los efectos temporales, bien por previsión constitucional (ej.: Austria), o bien por su propia autodisciplina (Italia). Algunas pueden imponer la ejecución (España), otras deben conformarse con la intermediación de poderes diversos (Italia).

I I . CONCLUSIONES

Para formular la propuesta comentada en las páginas anteriores, he seguido los siguientes procedimientos: a) partiendo de la crítica de Tusseau, la he enfatizado, no solo contrastando la “pureza” del modelo estadounidense, sino poniendo en duda además que pueda ser considerado un “modelo difuso”; b) he desplazado la atención, de las clasificaciones ancladas en los modelos, hacia aquellas basadas en el análisis de sistemas; c) he negado la utilidad de construir clases rígidas, sugiriendo el uso de clasificaciones débiles, que permitan colocar las experiencias a lo largo de líneas graduales; d) he seleccionado algunos elementos desde mi punto de vista importantes para proceder a la clasificación, revaluando algunos dejados habitualmente en las sombras (especialmente el parámetro y el objeto).

El problema ahora es que nos encontramos delante de *más* clasificaciones de sistemas de justicia constitucional; el interrogante es si se pueden intersecar, para simplificar la clasificación.

Visualmente, las líneas que colocan los sistemas según el elemento considerado podrían ser cruzadas también en una configuración tridimensional, a condición de que desde el punto de vista de la intersección se coloque un elemento único que dé una idea de “más”. En otras palabras: puesto que en cada sistema (incluso aquellos difusos) es una Corte, Suprema o Constitucional, la que realiza la función de control de constitucionalidad (además de otras funciones adicionales), se trata de decidir cuál podría ser este elemento.

Tal elemento no podría ser sino el poder, la fuerza de una Corte en un sistema, su colocación en la forma de Estado y en la forma de Gobierno, en relación a su capacidad de acomodarse con la sociedad y de incidir con las decisiones de otros poderes: concepto que, aunque difícilmente reconducible a un análisis jurídico en sentido estricto, ofrece todavía elementos útiles también para el análisis de otros temas en Derecho constitucional.

Los elementos considerados se pueden sumar, eventualmente atribuyendo a cada uno valores ponderados distintos: la Corte “más fuerte” –*the most dangerous branch*– es aquella que tiene el monopolio de las funciones, que es independiente, que es ampliamente solicitada de sujetos varios y con ritos alternativos; que tiene por objeto de su escrutinio varios actos jurídicos, desenvuelve funciones complementarias y accesorias; que se vale de una extensa tipología de decisiones; que puede hacerlas directamente eficaces, sin la intermediación de otros poderes; que por razones históricas y culturales es escasamente deferente hacia el poder político⁵⁹.

De la misma forma, podría estar medido también el peso de la función de control de constitucionalidad, analizando, junto a los elementos anteriormente indicados, la integración que el control jurisdiccional tiene con el control político o con otras formas de control (por ejemplo: aquellas desarrolladas por el Defensor del Pueblo).

59 Esta medición poco tiene que ver con la propuesta de TUSHNET, que –basándose solo en la experiencia estadounidense, sin verificar sobre el campo– distingue una *strong-form judicial review* de una *weak*, individualizándola sustancialmente por el hecho de que la prevalencia en tema de interpretación de la Constitución sea confiada a los órganos judiciales propuestos, o a una especie de diálogo entre ellos y los Parlamentos: M. TUSHNET, *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U.P., Princeton, 2008; Id., *The Rise of Weak-Form of Judicial Review*, en T. GINSBURG, R. DIXON (eds), *Comparative Constitutional Law*, E. ELGAR, CHELTENHAM, 2011, p. 321 ss.; anteriormente Id., *Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*, en *Harvard Civil Liberties-Civil Rights L.R.*, 2006, pp. 1 y ss. (además de otros artículos).

BIBLIOGRAFÍA

- BAGNI, S. *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei “modelli” dottrinali*, 2ª ed., Clueb, Bologna, 2007.
- BALDIN, S. *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*, Eut, Trieste, 2000; G.F. FERRARI, *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000.
- BALDIN, S. *Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarieta*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2011.
- BAZÁN, V. (ed.). *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- BLANCO DE MORAIS, C. *Justiça Constitucional, I, Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra ed., Coimbra, 2002.
- BLANCO DE MORAIS, C. *Justiça Constitucional, II, O direito do Contencioso Constitucional*, 2ª ed., Coimbra ed., Coimbra, 2011, p. 26 ss., y en O. DUHAMEL, G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3ª ed., Seuil, Paris, 2013.
- BRENNAN, T. *Classification: An Overview of Selected Methodological Issues*, en *Crime and Justice. A Review of Research*, n. 9, 1987.
- BREWER CARÍAS, V. A.R. *Instituciones políticas y constitucionales*, VI, *Justicia constitucional*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.
- BRUNO, A. S. *Constitutional fidelity. Saggio comparativo su una “figurazione” statunitense*, Giappichelli, Torino, 2011, y de la misma Autora la voz *Deference (fidelidad constitucional)*, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, trad. esp. al cuidado de E. Ferrer Mac-Gregor, M. Nuñez, C. Astudillo, G. Enríquez Fuentes, P. Torres Estrada, Porrúa, México, 2012.
- BUTTURINI, D. y NICOLINI, M. (eds.). *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Esi, Napoli, 2014.
- CALAMANDREI, P. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950.
- CAPPELLETTI, M. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968; Id., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984 (también en Id., *Le pouvoir des juges*, Puf, Paris, 1990), e Id., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford U.P., Oxford, 1989 y 1991.

- CASSESE, S. *Global standards for national democracies?*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011, p. 701 ss. Cfr. asimismo L. PEGORARO, *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, en AA.VV., *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss., y en *Rev. latino-am. do est. const.*, n. 16, 2014.
- CICCONETTI, S. M. *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania federale, Italia)*, Cedam, Padova, 1979.
- CONSTANTINESCO, L.-J. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, CARL HEYMANN, Köln, 1971, trad. esp. *Introducción al Derecho comparado*, en *Tratado de Derecho comparado*, I, Tecnos, Madrid, 1981.
- CONSTANTINESCO, V. y PIERRÉ CAPS, S. *Droit constitutionnel*, 4ª ed., Puf, Paris, 2009.
- DIXON R. (ed.). *Comparative Constitutional Law*, E. Elgar, Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; anteriormente Id., *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*, en *Harvard Civil Liberties-Civil Rights L.R.*, 2006.
- FAVOREU, L. *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996.
- FAVOREU, L. *La justice constitutionnelle en Europe*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, 1998.
- FAVOREU, L. *Les Cours constitutionnelles*, Puf, Paris, 1986.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*, Civitas, Madrid, 1998;
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad "sistema americano-sistema europeo-kelseniano" y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Tecnos, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 12, 2013.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano – La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bonomo, Bologna, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, E. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid et al., 2013.

- FIGUEROA MEJÍA, V. G.A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa, México, 2011.
- FLORES, I. B. Sobre la (in)constitucionalidad de “reformas constitucionales”: a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca, en *Cuest. Const.*, n. 17, 2007.
- FLORIDIA, G. G. *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1986.
- FRÉMONT, J. Le fonti del diritto costituzionale canadese, en J. FRÉMONT, A. Lajoie *et al.*, *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. *Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia 'derecho procesal constitucional'*, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo, en A. ALMEIDA FILHO, F. BILAC MOREIRA PINTO FILHO (orgs), *Constitucionalismo e Estado*, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. La acción de incostitucionalidad en el Derecho comparado, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, 1, Lima, 1991.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana), en *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006.
- GÓMEZ PUENTE, M. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, MacGrawHill, Madrid, 1997.
- HALPERN, G. y LAMB, C. (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, Lexington, 1982.
- HAMON, F. y TROPER, M. *Droit constitutionnel*, 29ª ed., LGDJ, Paris, 2005.
- KELEMEN, K. L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese, en *Dir. pubbl. cost. eur.*, n. 1, 2014.
- KLEIN, C. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Puf, Paris, 1996.
- MARRADI, A. *Classificazioni, tipologie, tassonomia*, en *Enc. sc. soc.*, II, Istituto Enc. italiana, Roma, 1992.
- MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*, Un. of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

- MATTEI, U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, in *Am. journ. comp. law*, n. 45, 1997.
- MATTEI, U. Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici, en AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Giuffrè, Milano, 1994.
- MATTEI, U. Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, en *Am. journ. comp. law*, n. 42, 1994.
- MCWHINNEY, E. *Supreme courts and judicial law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff, Dordrecht.
- MONATERI, P. G. Critique et différence: le droit comparé en Italie, en *Rev. int. dr. comp.*, n. 4, 1999
- NEEDHAM, R. Polythetic Classification: Convergence and Consequences, en *Man*, n. 3, 1975.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (ed.). *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Ubijus, México, 2014.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sud-america en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, México, 2004.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sud-america en la alborada del siglo XXI*, cit.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H.; FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA, A. (eds.). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013.
- OROZCO SOLANO, V. *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, Ead-Ubijus, México, 2012.
- PASQUINO, P. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2002.
- PEGORARO, L. "La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee", en *Dir. soc.*, n. 1, 1994.

- PEGORARO, L. *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della 1ª Repubblica francese*, Cedam, Padova, 1983.
- PEGORARO, L. *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*, in *Pensamiento const.*, n. 6, 1999.
- PIZZORUSSO, A. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi, in *Quad. cost.*, n. 3, 1982.
- RAGONE, S. *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011.
- RAGONE, S. Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias, en P. SANTOLAYA MACHETTI (ed.), *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cepc, Madrid, en imprenta.
- RAGONE, S. y GÓNGORA PIMENTEL, D. El control de la reforma constitucional, in J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (eds), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002.
- RAMÍREZ CLEVES, A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- RAZZANO, G. *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- RUBIO LLORENTE, F. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe, en *Ann. int. just. const.*, n. 12, 1996.
- RUGGERI, A. y SPADARO, A. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014.
- SAGÜÉS, N. P. *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- SANGALLI, A. *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000.
- SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung* (1931), rist., Dunker & Umblot, Berlin, 1969.
- SILVA RIBEIRO, M. L. Doctrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da actuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia, en *Rev. inform. legisl.*, n. 173.

- TUSHNET, M. *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U.P., Princeton, 2008.
- TUSSEAU, G. *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.
- TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les “modeles” de justice constitutionnelle. Essai de critique methodologique*, Bup, Bolonia, 2009.
- TUSSEAU, G. *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa-Imdpc, México, 2011.
- WEBER, A. *Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences*, en *Ann. int. just. const.*, 2003.
- ZÚÑIGA URBINA, F. “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en *Est. const.*, 2006.

CAPÍTULO V
EL PODER JUDICIAL

DIEGO LÓPEZ MEDINA*

*Desarrollos recientes y estado actual
de la doctrina sobre vinculatoriedad
del precedente judicial en Colombia (2002-2015)*

1. Introducción. 2. Estado del arte. 3. La nueva dinámica (2002–2015): ¿cómo fortalecer la obediencia de los jueces al precedente de las Corte Constitucional (y de las otras Altas Cortes)? 4. La novísima dinámica (2010–2015): ¿cómo fortalecer la obediencia de las autoridades administrativas al precedente del Consejo de Estado (y de la Corte Constitucional) y así evitar la congestión judicial? 4.1. Cambio en la conceptualización y finalidad del precedente judicial. 4.2. Antecedentes constitucionales y legales del “precedente de descongestión”. 4.3. Control de constitucionalidad del régimen legal del precedente de descongestión. 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo, presentaré el estado del arte sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia hasta el año 2002 (sección 2^a); con este marco, se hará una revisión de los dos desarrollos fundamentales que ha tenido esta doctrina en los últimos años: por un lado, la construcción por parte de la Corte Constitucional de vías de monitoreo y aplicación del precedente a los jueces (sección 3^a) para finalizar con el nuevo uso que el legislador ha querido darle al precedente como herramienta de descongestión de la jurisdicción contencioso-administrativa (sección 4^a). Este nuevo uso del “precedente de descongestión” implica un cambio de conceptualización de la noción de la jurisprudencia como fuente de Derecho. La Corte Constitucional ha aceptado parcialmente este desarrollo, pero ha buscado alinearlos dentro de las características que ha desarrollado hasta ahora para el precedente constitucional. Esta dualidad de concepciones revela, además, una discusión entre élites jurídicas y políticas entre dos fines del precedente que, si bien son cercanos, no son idénticos: protección de derechos fundamentales y realización de la seguridad jurídica como factor de la eficiencia judicial.

2. ESTADO DEL ARTE

En Colombia no ha cesado el debate sobre lo que los autores denominan “nuestro sistema de fuentes del Derecho”¹. Con esta expresión se refieren al contenido

* Profesor Titular de Derecho de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. Doctor y Maestro en Derecho de la Universidad de Harvard. Abogado y filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

1 Algunos textos relativamente recientes sobre este tema: TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La decisión judicial*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike (2011); TAMAYO JARAMILLO, JAVIER; JARAMILLO, CARLOS. *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana (2012); FERNANDO QUINCHE, MANUEL. *El precedente y sus reglas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. (2014); BARRERA VARELA, PEDRO JAVIER. La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano. En: *Saber, ciencia y libertad*. vol 9, n.º 2, pp. 57–70. Bogotá. (octubre, 2014); BERNAL PULIDO, CARLOS. El precedente en Colombia. En: *Revista de Derecho del Estado*. n.º 21, pp. 81–94. Bogotá, (diciembre, 2008).

concreto de la “regla de reconocimiento de normas” que, desde la celebrada conceptualización de H. L. A. Hart, permitiría identificar con claridad cuáles son los pronunciamientos *autoritativos* con valor normativo que cuentan válidamente como derecho dentro del ordenamiento jurídico nacional². Entre los temas debatidos, ninguno ha tenido mayor importancia que la cuestión de si la jurisprudencia es, o no, “fuente de Derecho” o, por usar otra metáfora usual, “materia prima del Derecho”³. El tema, a pesar de su más bien técnica y especializada apariencia, posee evidentes connotaciones ideológicas y políticas, al punto de constituir una de las líneas de fractura entre generaciones y estilos de entender el Derecho y sus funciones sociales.

Pero el propósito de este artículo no es tan ambicioso: no se trata ahora de repasar esta profunda y compleja línea ideológica de fractura, sino más bien de hacer una síntesis descriptiva e interpretativa de cómo se ha desarrollado este debate central en el último decenio (2005–2015). El tema se ha debatido, en todo caso, en múltiples “foros institucionales”⁴, entre ellos, el presente artículo busca hacer una presentación sucinta de los contornos del debate en el foro legislativo; en el judicial-jurisprudencial y en el doctrinario⁵. Estos foros o espacios institucionales, a su vez, funcionan de manera interdependiente y constituyen los lugares centrales en que la sociedad adelanta algunas de sus principales discusiones, especialmente aquellas en las que parece predominar el lenguaje y la técnica argumentativa de los juristas⁶. Así, pues, en los últimos años, el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia ha sido discutido por los mismos jueces, que en sus sentencias reflexionan sobre su propio poder de generar Derecho; por el legislador, que ha vuelto a intervenir en el tema con la expedición de nuevas normas en las que utiliza la jurisprudencia como respuesta a la congestión del sistema judicial (Leyes 1395/2010 y 1437/2011);

2 Esta es una descripción teórica de las fuentes del Derecho con elementos del positivismo inglés dominante. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 1961. Segunda edición. Oxford: Clarendon Press. (1994); RAZ, JOSEPH. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press (2009); RAZ, JOSEPH. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

3 Los realistas y posrealistas gustan de hablar de las “fuentes” como *legal materials*. KENNEDY, DUNCAN. *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*. En: *Journal of Legal Education*. 36 pp. 518–562; KELMAN, MARK. *A Guide to Critical Legal Studies*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

4 Uso esta expresión en sentido abstracto, no concreto. Me refiero a la expresión de BICKEL cuando hablaba de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. como un “foro institucional” esencial para la democracia de ese país. BICKEL, ALEXANDER M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1962. New York: Vail-Ballou Press, 1986.

5 Con ello me concentro en los sitios y en los productos clásicos del debate jurídico y evito, por supuesto, otros “foros” donde el debate, quizás sorprendentemente, también ha estado: TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. La igualdad, ¿arma de jueces justos, ignorantes, corruptos, populistas o de políticos de izquierda antidemocrática? En: *Ambito jurídico*. Bogotá. 12 de marzo de 2009; TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. El precedente judicial como arma de lucha política. En: *Ambito jurídico*. Bogotá. 15 de mayo de 2012; LÓPEZ MEDINA, DIEGO. Igualdad y precedente. El argumento contra Tamayo. En: *Ambito jurídico*. Bogotá. Agosto de 2011.

6 Estos protocolos no dominan en todas las discusiones políticas de una sociedad.

y por la doctrina, es decir, por los profesores y abogados que opinan, interpretan y tratan de dotar de sentido a estos pronunciamientos jurídicos de primer nivel que forman la materia prima del debate.⁷ En estos escenarios, pues, pasamos a presentar un breve estado de la cuestión hasta el año 2001 que, a su vez, sirva como contexto general para los desarrollos argumentativos de la última quincena de años (2002-2015)⁸.

En Colombia, tradicionalmente, la jurisprudencia había sido señalada como una fuente secundaria del Derecho y, aunque se reconocía su importancia en el desarrollo de la interpretación de algunas normas jurídicas, su posición era, en términos generales, marginal⁹. Su marginalidad tenía varias expresiones. La más importante de ellas podía explicarse de la siguiente manera: aunque era cierto que los abogados presentaban en sus memoriales interpretaciones normativas extraídas de la jurisprudencia, a tales invocaciones no se les otorgaba un peso jurídico definido. Tales interpretaciones eran vistas como meramente “probables” y no ataban a los jueces, quienes sentían que, a partir del texto de la ley, podían decidir con total libertad frente a exigencias de coherencia decisional con fallos anteriores. Las exigencias de coherencia jurisprudencial no eran, en realidad, muy fuertes y los abogados acuciosos¹⁰ hacían el argumento más dentro del ámbito de la retórica que dentro del Derecho estricto. Más raro aún era que el abogado tuviera una clara noción de cuál era la “línea” seguida en los casos anteriores por las Cortes de cierre. Si la jurisprudencia no era fuente fuerte o firme¹¹ de Derecho, tales estudios diacrónicos eran considerados como un lujo inefectivo en que el analista no debía perder su tiempo. La “objetividad” de la interpretación judicial estaba vinculada directamente al texto de la ley y no se consideraba, en términos generales, que las especificaciones de sentido realizadas por la jurisprudencia en los casos particulares se “fundieran” (por decirlo así) a la ley misma para exigir respeto y lealtad a los precedentes fallados. La ideología oficial que sostenía esta posición era también masivamente seguida en la práctica. En suma: los abogados ciertamente citaban jurisprudencia en sus memoriales, pero no pensaban que tales invocaciones fueran

7 Este artículo, por supuesto, participa en este esfuerzo de sintetizar y dar sentido a la dispersión de los materiales jurídicos.

8 Ver al respecto: LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes. (2006), pp. 29-72.

9 Ver al respecto el Derecho de los jueces. Aunque esta afirmación es cierta, debe ser matizada. LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006, pp. 24-28.

10 El argumento jurisprudencial, en realidad, no se considera estrictamente obligatorio, ni en términos jurídicos ni en términos táctico-estratégicos de litigio. Como la jurisprudencia se considera como una fuente *blanda* de Derecho, los abogados dedican su tiempo fundamentalmente a construir el argumento basado en ley, y si tienen tiempo adicional ilustran la interpretación de la misma a través de la jurisprudencia. Por eso se trata de un recurso del abogado especialmente acucioso y diligente.

11 En el sentido en que los litigantes y la sociedad pudieran exigir, como derecho objetivo o subjetivo, coherencia decisional entre fallos dispersos en el tiempo.

“argumentos ganadores” en el ir y venir de la dialéctica forense y, en consonancia, les dedicaban más bien poco tiempo y atención.

Pero, además, había una segunda razón para la marginalidad de la jurisprudencia: las citas jurisprudenciales invocadas por quienes rogaban justicia rara vez se hacían en términos *de los hechos del caso que se estuviera tratando*; la jurisprudencia más bien se traía a cuento para mostrar cuál era la adecuada conceptualización de tal o cual institución del Derecho, pero no para mostrar cómo ese caso (ahora en litigio) se había fallado en ocasiones anteriores. Pero este uso meramente “conceptual”¹² de la jurisprudencia (por oposición a su invocación por vía de analogías fácticas entre casos fallados y el caso a fallar) acentúa aún más la generalizada falta de vinculatoriedad de los precedentes anteriores. Si el litigante no le presenta al juez cómo es que este caso concreto (con sus hechos y circunstancias) ha sido fallado con anterioridad, no le está solicitando en puridad que mantenga coherencia decisional en la nueva decisión. Las citas jurisprudenciales usuales buscaban ilustrar la *elaboración conceptual* de las instituciones jurídicas, exigiendo así *coherencia conceptual*, pero no necesariamente *fáctica* entre los casos. Claro está que con tales citas jurisprudenciales los litigantes buscaban mover a los jueces hacia un fallo favorable a los intereses y derechos que defendían, pero no era frecuente que el argumento exigiera de manera directa coherencia decisional entre casos similarmente relevantes.

De estas razones se seguía naturalmente que la jurisprudencia no fuera muy estudiada ni sistematizada, ni siquiera por los académicos del Derecho, a quienes quizás les correspondía esta obligación de monitoreo y evaluación. De esto se desprende, a su vez, que la jurisprudencia no fuese muy leída en los cursos de Derecho porque, de entrada, los maestros no la estudiaban con particular atención. En mi propia generación de estudiantes de Derecho (y quizás en las que me precedieron), las sentencias que se leían en el pregrado de Derecho se podían contar con los dedos de las manos. Es claro que esto no resulta cierto el día de hoy, cuando las lecturas de jurisprudencia han empezado a copar el currículo.

A contrapelo de esta posición tradicional, la Corte Constitucional inició una innovadora tendencia entre los años 1995 y 2001, según la cual, en virtud del principio de igualdad, las personas tenían un Derecho subjetivo público de rango constitucional (y, hoy en día, de hecho, un “derecho fundamental” reconocido¹³)

12 Como los terminé por llamar en la segunda edición del libro. LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006, pp. 112-117.

13 Este reconocimiento indica, sin duda, que la cuestión de la coherencia decisional entre precedentes ha venido aumentando de pedigrí en el derecho nacional, hasta ser considerado hoy en día como un “derecho fundamental”. Esta calificación de “fundamental” le da evidente prioridad e importancia política, jurídica, pero especialmente moral, dentro del cuadro general de “derechos subjetivos” reconocidos por el ordenamiento jurídico.

a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido en los mismos temas. A la Corte Constitucional le interesaba la construcción de esta doctrina, en primer lugar, porque de esta manera podía amplificar el impacto social de sus decisiones de protección de derechos fundamentales, vinculando así a otros jueces y actores sociales al contenido obligatorio de sus fallos. Al hacer esta exigencia, la Corte Constitucional se sintió también en la obligación de mantener mayores niveles de coherencia interna (precedente horizontal) entre sus fallos para poder generar un magisterio constitucional que fuera replicado por otros actores estatales y no estatales, judiciales y no judiciales (en la forma de precedentes verticales). Fue aquí mismo que se hizo patente la necesidad de hacer estudios dinámicos de la jurisprudencia para poder apreciar la formación (o no) de líneas jurisprudenciales bien establecidas en las que se pudiera fundar de manera segura el derecho al trato jurídico igualitario que exigía el nuevo valor de la jurisprudencia.

A la altura del año 2001, pues, las sentencias de la Corte Constitucional estaban acabando de construir una doctrina del precedente judicial a la colombiana, basada en el principio de igualdad del artículo 13 de la C.P¹⁴. El punto final de esta construcción inicial lo constituye la sentencia C-836/01: en ella se hacía una elaboración completa de la doctrina del precedente judicial y se acababan de alinear los textos legales (en este caso el artículo 4 de la Ley 169 de 1896^[15]) a favor de su implementación decidida. En esta sentencia, se confirmaba que en el país se había estabilizado de forma aparentemente definitiva una comprensión del precedente judicial que se alejaba mucho de la teoría tradicional de fuentes. Es importante anotar que, al día de hoy, el valor de la sentencia C-836/01 es todavía reconocida y que junto con la T-123/95, C-037/96 y SU-047/99 se considera aún que expresan la interpretación constitucional correcta sobre el valor del precedente¹⁶. Además, por parcial influencia del caso colombiano, versiones similares de la

14 Las sentencias habitualmente citadas dentro de este esfuerzo son la C-113/93, C-131/93, C-083/95, la T-123/95, la C-037/96 y la SU-047/99. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-113 de 1993. M.P. JORGE ARANGO MEJÍA; C-131 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; C-083 de 1995. M.P. CARLOS GAVIRIA; Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. T-123 de 1995. M.P. EDUARDO CIFUENTES; Corte Constitucional, Sala Plena. C-037/96 M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA; SU-047/99. M.P. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Esta tradición jurisprudencial se reitera con frecuencia, tanto en la doctrina como en la misma jurisprudencia, hasta crear ya una interpretación canónica del punto. Ver, como ejemplo, la enunciación reiterada en la C-539/11: “*Ver sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-836 de 2001, T-292 de 2006, C-335 de 2008, entre otras.*” Esta reiteración, de tanto andar por los mismos senderos, genera un “camino” bien marcado. Su abandono, hacia el futuro, se hace difícil y costoso. A través de estos mecanismos, cuya descripción es aquí puramente metafórica, se construye el valor de los precedentes usualmente reconocidos. Corte Constitucional, Sala Plena. C-539 de 2011. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS.

15 Que servía, a su vez, como último bastión de la defensa de la concepción tradicional del valor meramente auxiliar de la jurisprudencia.

16 Esto no quiere decir, por supuesto, que todavía no existan resistencias claras y bien articuladas especialmente

doctrina del precedente han sido adoptadas por otras cortes constitucionales de la región andina en Suramérica¹⁷. Al nivel de estas prácticas, era también claro que la jurisprudencia tenía ahora un peso mucho mayor (y, aún más, creciente) en las argumentaciones rutinarias de jueces y abogados y que, contrario a lo que ocurría antes, un argumento basado en el precedente podía ser (como en efecto lo era con frecuencia) decisivo en la toma judicial de decisiones.

Estabilizada la doctrina del valor del precedente a la altura del año 2001, el objetivo de este texto es presentar los desarrollos posteriores de este debate en el período 2002–2015. La pregunta general apunta por investigar qué le ha pasado a la doctrina del precedente después de la sentencia C-836/01 (hasta donde situamos, como hemos dicho, su construcción y estabilización). En este período subsiguiente se han dado nuevas e incluso dramáticas intervenciones, tanto de la Corte Constitucional como del legislador, que a su vez han generado los últimos capítulos en la historia del valor de la jurisprudencia en Colombia¹⁸. En este último período (2002–2015), pues, el tema se desarrolla, a grandes rasgos, en dos grandes ámbitos de actividad¹⁹: en uno primero, la Corte Constitucional se ha preocupado por aumentar los mecanismos de monitoreo y aplicación efectiva del precedente a los jueces, dentro de su proyecto general de lograr la máxima difusión de sus doctrinas de interpretación y protección de derechos fundamentales; en uno segundo, el legislador ha retomado sorprendentemente la doctrina del precedente (frente a la que se ha mostrado reacio en términos generales en los últimos años) y la ha usado dentro de sus políticas judiciales para obtener la descongestión del sistema judicial. Discutiremos estos dos ámbitos de desarrollo de manera separada en las secciones subsiguientes.

en la doctrina y en algunas voces judiciales individualmente consideradas. Estas voces de resistencia mantienen una interpretación estrictamente literal del artículo 230 de la C.P. para sostener que la jurisprudencia es fuente auxiliar de derecho y que por tanto las sentencias no pueden contar como métodos de definición concreta del contenido de las normas del sistema jurídico. En esta posición se encuentran, por ejemplo, los salvamentos de voto de Jaime Araújo y las opiniones doctrinales de JAVIER TAMAYO. ARAÚJO, JAIME. Salvamento de Voto de la sentencia C-836 de 2001. Sala Plena de la Corte Constitucional. 09 de agosto de 2001; Salvamento de Voto a la sentencia C-335 de 2008. Sala Plena de la Corte Constitucional. 16 de abril de 2008. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER; JARAMILLO, CARLOS. *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana, 2012.

17 Esto es cierto en Bolivia, en Perú y en Ecuador.

18 Existe la tentación de describir de manera general el estilo y tono de estas intervenciones entre diversos actores institucionales. ¿Son “diálogos”? ¿Son “confrontaciones”? ¿Están enmarcados en la colaboración de poderes? ¿Son confrontaciones por afirmar la potencia política de la propia fuente normativa que el legislador y el juez dominan? Ninguna de estas metáforas me parece que sea claramente predominante. La metáfora de la “lucha” y de la “confrontación” angustia particularmente a algunos doctrinantes porque les desvela la naturaleza política del derecho al que quisieran “despolitizar” y “neutralizar” de manera integral según los postulados del más clásico liberalismo que profesan.

19 Que, con todo, están interrelacionados, como se verá en el texto subsiguiente.

3. LA NUEVA DINÁMICA (2002-2015): ¿CÓMO FORTALECER LA OBEDIENCIA DE LOS JUECES AL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL (Y DE LAS OTRAS ALTAS CORTES)?

En el terreno de la obediencia judicial debida, la Corte Constitucional considera que la doctrina del precedente es clara y la reitera con frecuencia, pero se encuentra todavía con la resistencia de jueces de instancia que en casos concretos exhiben incoherencias decisionales frente a las líneas jurisprudenciales de las Altas Cortes (precedente vertical) o frente a sus propios fallos (precedentes horizontales). A pesar de la firmeza doctrinal e ideológica que posee la doctrina del precedente, la libertad decisional de los jueces de instancia es naturalmente muy amplia. En este período, pues, la Corte ha dedicado sus esfuerzos (i) *a construir y sistematizar* jurídicamente un abanico amplio de mecanismos que le permitan mantener cierta disciplina del precedente entre los operadores judiciales; y, en esa misma vía, (ii) la Corte ha dedicado sus esfuerzos *a usar* estos mecanismos para *monitorear y aplicar efectivamente la doctrina del precedente* frente a instancias particulares de *desobediencia injustificada*²⁰.

Así las cosas, pues, la Corte Constitucional continúa en su proyecto de aumentar el valor normativo de la jurisprudencia; una vez construidas las bases normativas e interpretativas generales de tal movimiento (1995-2001), ha dedicado sus esfuerzos de los últimos años a construir un aparato creíble de monitoreo y aplicación efectiva de la doctrina del precedente (2002-2015). El tamaño, poder y frecuencia de utilización de este aparato de aplicación del precedente ha crecido de manera significativa y constituye hoy una variable nada desdeñable en las dinámicas generales del Derecho en Colombia²¹. En todo este período, pues, la Corte ha pronunciado sentencias en las que hace varias cosas: (i) en algunas sentencias hito manifiesta su irritación²² frente a violaciones injustificadas del precedente de Alta Corte y reitera las bases de la doctrina de obediencia relativa que vincula a los jueces en sus decisiones²³; (ii) como producto de esta irritación ha venido refinando

20 La Corte Constitucional insiste mucho en que la doctrina del precedente no es una jaula de hierro que encierre a los jueces y que, por tanto, respeta la independencia judicial suficientemente. Como se trata de una doctrina de obediencia relativa (y no absoluta), piensa que los jueces tienen una razón más para obedecerla cuando corresponde.

21 Esto quiere decir que jueces y abogados no pueden desconocer los riesgos ciertos que implica, dentro del litigio, el desconocimiento de los precedentes. Tal desconocimiento aumenta el riesgo de revocación posterior de sentencias a través de cualquiera de los mecanismos de mantenimiento de la disciplina jurisprudencial que se han venido construyendo.

22 La palabra tiene mucha carga emocional pero no es excesiva para calificar la actitud de la Corte en varias sentencias de este período.

23 Esta irritación es evidente con jueces que se niegan a indexar la primera mesada de personas cuya mínimo

varias vías para mantener la disciplina del precedente que usa con gran frecuencia: en primer lugar, por supuesto, escoge y revisa tutelas de instancia para corregirlas cuando violan el precedente judicial; admite y falla tutelas contra sentencias judiciales por vía de hecho al violar el precedente judicial (sentencia T-698/04, sistematizando esta causal específica de procedibilidad²⁴ hasta el punto que hoy en día constituye una de las más argumentadas en el foro constitucional; admite y falla nulidades de sentencias de la propia Corte Constitucional cuando alguna de las salas de tutela, o incluso cuando la misma Sala Plena, varían injustificadamente el sentido del precedente vinculante; y, finalmente, ha reconstruido ella misma la noción de prevaricato para ampliar el concepto de “violación de la ley” a algunos casos de desconocimiento de la doctrinas jurisprudenciales; por esta vía ha creado una amenaza sancionatoria individual a los jueces que no obedezcan el precedente adicional a los riesgos de revocación de sentencias que existen por las otras vías de control y aplicación del precedente (C-335/08).

En esta última sentencia, la Corte originalmente buscaba limitar los casos en que la amenaza de prevaricato se aplicaba a la violación de la jurisprudencia. Los demandantes alegaban que el delito de prevaricato del Código Penal²⁵ estaba desfasado de las nuevas concepciones del principio de supremacía constitucional por proteger exclusivamente el principio de legalidad (“decisión manifiestamente contraria a la ley”). Pedían una extensión interpretativa para aclarar que la violación de la Constitución *y de su jurisprudencia* también constituía prevaricato bajo la nueva dogmática dominante del Derecho público. La Corte Constitucional deniega las pretensiones del actor público y dice que su intervención no es necesaria porque, en todo caso, la Sala Penal de la Corte Suprema ya viene interpretando de manera amplia el tipo penal y que en sus sentencias se refleja ya el reproche a violaciones manifiestamente contrarias a la Constitución a través de la investigación penal.

Queda, con todo, el problema jurídico principal para nuestros propósitos: ¿cuál es la relación entre el tipo penal y la jurisprudencia para las investigaciones penales por prevaricato? ¿Puede haber prevaricato por violación de jurisprudencia?

vital está comprometido (SU-120/03); a Tribunales que tratan las personas, en sentencias cercanas, con evidente desigualdad como ocurre cuando personal de limpieza de una alcaldía son tratadas alternativamente como trabajadores oficiales o empleados públicos, con diferencias significativas en su régimen de despido e indemnización (T-698/04); o cuando los jueces siguen retirando la pensión sustituida a viudos o viudas por el simple hecho de volverse a casar o por reiniciar la cohabitación de pareja (T-292/06). Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-120 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS; Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-698 de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY; Sala Tercera de Revisión. T-292 de 2006. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.

24 Esta sistematización la lleva a cabo, con particular claridad, en la sentencia T-698/04. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-698 de 2004. M.P. RODRIGO UPRIMNY.

25 Ley 590 de 2000: “Artículo 413. *Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años*”.

La Corte arranca su análisis por el caso más fácil: hay prevaricato cuando se viola la jurisprudencia de constitucionalidad abstracta de la Corte Constitucional, en particular las sentencias que declaran inexecutable normas o que las interpretan de forma condicionada por aplicación directa del artículo 243 de la C.P. Estas declaraciones con efectos *erga omnes* se incorporan dentro del concepto de Ley sin mayor dificultad para efectos de la incriminación y sanción del prevaricato judicial y/o administrativo.

Pero luego, la Corte sigue por un camino más difícil: revisa la doctrina del precedente y afirma que la Corte ha formado ya una disciplina sólida de respeto a la misma por razones de igualdad y seguridad jurídica. Pero que, en todo caso, la violación de la jurisprudencia no puede ser tomada como prevaricato, salvo en casos estrictamente definidos:

En este orden de ideas, se presentan casos en los cuales una disposición ofrece un sentido unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto. Se presentaría prácticamente una identidad entre la disposición y norma derivada de ésta, quedando reducida al mínimo la actividad creadora del Derecho por parte del juez.

La situación es mucho más compleja cuando por el elevado grado de indeterminación que ofrece una disposición constitucional o legal, su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad. No se trata por tanto de una fácil labor de subsunción de un supuesto de hecho a lo prescrito en un enunciado normativo sino, en términos de Hesse, de una verdadera tarea de concretización, es decir, de creación judicial de un sistema de normas derivadas que servirán de premisa mayor al momento de resolver un caso concreto.

Y concluye la Corte:

Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “al imperio de la ley.

La situación resulta ser completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquella derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar los precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, es suficiente para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquellas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de

la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción. Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera “manifiestamente contraria a la ley”. En efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución “manifiestamente contraria a la ley”, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas Salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia²⁶.

Bajo esta interpretación de la Corte Constitucional, pues, la “violación a la jurisprudencia” como fuente del prevaricato no parece ser nada distinto que la directa “violación a la ley”. Pero la Corte no acaba aquí su análisis: considera que hay otro caso que debe ser considerado.

Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional. En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal. Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general.

En estos párrafos, pues, se habla del prevaricato por violación de la jurisprudencia en dos casos completamente distintos: cuando, en primer lugar, la jurisprudencia en realidad no añade ni quita mayor cosa al texto literal de la norma; aquí en realidad se viola la ley directamente. Pero, incluso cuando la diferencia interpretativa entre texto preinterpretado y norma posinterpretada es significativa, la Corte Constitucional afirma que frente a jurisprudencia reiterada, el doctrina judicial ya se ha

26 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-335 de 2008. M.P. HUMBERTO SIERRA PORTO. Considerando 8.3.

fundido al sentido de la norma de origen legal y que, por tanto, este desconocimiento jurisprudencial puede también ser tratado como prevaricato.

Esta sentencia, hasta cierto punto, parecía estar excluyendo la posibilidad del prevaricato por violación del jurisprudencia y daba razones para ello. Pero luego, hacia el final, dice que no solo se protege el precedente “ultraliteral”, sino también el “constante” o el “reiterado”, incluso cuando la interpretación judicial no es de mera subsunción. Con esto, evidentemente, se extiende significativamente la posibilidad de encausar penalmente a los jueces por violaciones de la jurisprudencia, como lo repite luego la Corte en sentencias posteriores como la C-539/11, la C-634/11 y C-816/11. En conclusión, pues, podría decirse que la amenaza de prevaricato por violación del precedente constante existe hoy claramente y es parte de los mecanismos de disciplina jurisprudencial que ha desplegado la Corte Constitucional con una cierta resonancia doctrinal en las actuaciones de la Fiscalía General y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁷.

4. LA NOVÍSIMA DINÁMICA (2010-2015): ¿CÓMO FORTALECER LA OBEDIENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS AL PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO (Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL) Y ASÍ EVITAR LA CONGESTIÓN JUDICIAL?

El segundo ámbito de desarrollo de la doctrina del precedente se da específicamente en un diálogo con las otras ramas del poder público y se origina en los intentos de creación constitucional y legislativa en Colombia de un régimen de *obediencia administrativa ex ante al precedente judicial*. En efecto: la Ley 1395/2010 constituye una de los esfuerzos más notorios²⁸ de los últimos años por realizar una reforma judicial que responda a la percepción de crisis que existe en el sistema. Entre los muchos factores que concurren en esta crisis judicial el de la congestión es predominante. La Ley 1395/2010 apuntaba a establecer, en realidad, una política pública de descongestión de expedientes del sistema judicial que a su vez permitiera un tránsito ordenado a la oralidad. La premisa básica de esta política pública afirmaba que despachos congestionados no podían asumir adecuadamente la oralidad. Si se lograba entonces descongestionarlos, la oralidad (como base de un renovado modelo de gestión judicial) prometía una mayor productividad judicial que lograría

27 La recepción de esta doctrina en las instituciones especializadas del sistema penal constituye tema de otro artículo que no podemos emprender en este momento.

28 Notorio no significa exitoso, desafortunadamente.

finalmente equilibrar las “entradas” y “salidas” de cada célula judicial y así lograr que las decisiones se tomaran dentro de los plazos legalmente dispuestos²⁹.

Como es obvio, algunas de estas medidas de descongestión apuntaban a aumentar el número y el ritmo de las “salidas” del sistema; pero otros mecanismos, en cambio, buscaban atacar el lado de la “demanda”. Dentro de estas últimas se pensó lo siguiente: gran parte de los conflictos judiciales se debe a la existencia de ambigüedades, vacíos y contradicciones normativas. Pero estas dificultades de aplicación de normas se van resolviendo con el tiempo en la medida en que la jurisprudencia de los jueces va aclarando la aplicación de normas. La jurisprudencia cumple, pues, con una función de “determinación” normativa que responde a la realidad inocultable de la indeterminación del Derecho³⁰. La Ley 1395/10 le ordenaba a las autoridades administrativas que, a la hora de tomar sus decisiones, “tuvieran en cuenta” los precedentes judiciales firmes ya existentes. El propósito evidente de esta norma consistía en obligar a las autoridades administrativas a aceptar las interpretaciones judiciales ya consolidadas de tal manera que las aplicaran *ex ante*, en sede administrativa, en vez de forzar por vía de litigio una nueva decisión judicial. Esta norma buscaba, pues, que la interpretación judicial clara y estable de las normas legales se “incorporara” directamente a la actividad administrativa, reduciendo así el número de casos en que los jueces meramente se limitan a confirmar doctrinas ya claras.

La obligación de obediencia administrativa *ex ante* de la Ley 1395/10 fue importantemente expandida por el CPACA (Ley 1437/11). La obligación de la Ley 1395 estaba redactada en términos menos que perentorios, estableciendo un deber débil de obediencia administrativa del precedente judicial³¹. En su reemplazo, en cambio, el nuevo Código Administrativo diseñó e introdujo nuevos y más fuertes mecanismos procesales propios para obligar a las entidades administrativas a obedecer *ex ante* la doctrina judicial clara: en primer lugar, le dio a los administrados un derecho de petición especializado en que le pueden solicitar directamente a las entidades administrativas la extensión de la doctrina judicial clara a su caso, forzán-

29 Ver el Plan Nacional de Descongestión introducido por la Ley 1285 de 2009, “por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia”; También: Consejo Superior de la Judicatura. *Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial (2011-2014) Hacia una justicia eficiente, un propósito nacional*. Bogotá. (Noviembre de 2010).

30 KENNEDY, DUNCAN. Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. En: *Journal of Legal Education*. 36. pp. 518-562.

31 Dice así el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010: “Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.” Esta norma es derogada por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

dolas, cuando menos, a pronunciarse sobre el punto; y, adicionalmente, estableció una acción ante el juez contencioso-administrativo, donde este puede ordenar tal extensión de la jurisprudencia al caso concreto si la entidad la ha negado previamente. El Código, pues, busca evitar litigios; o, si no se pueden evitar, las convierte en investigaciones judiciales sumarísimas donde no se discute el fondo del asunto sino donde se determina, más bien, si ese tipo de asuntos ya está bien cubierto por doctrinas judiciales claras y estables; si ello es así, entonces, el juez ordena que la entidad administrativa aplique *ex ante* tal doctrina judicial.

Con estos mecanismos, se piensa que puede haber una reducción significativa de los casos presentados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bien sea porque se eviten de manera completa, bien sea porque la Administración los pierda de manera sumarísima en un sencillo proceso de extensión de jurisprudencia que evite reiterar la investigación de fondo. De esta manera se aumentaría el costo de la desobediencia administrativa a la Ley judicialmente clarificada y se incentivaría la resolución temprana de conflictos.

4.1. CAMBIO EN LA CONCEPTUALIZACIÓN Y FINALIDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Las nuevas leyes varían de forma importante la función y finalidad del precedente judicial en Colombia. Es evidente que la Corte Constitucional había iniciado su proyecto de elevar el valor del precedente hacia 1995 sobre la premisa que era necesario constitucionalizar el Derecho ordinario para aumentar la garantía de los derechos fundamentales. Los destinatarios de la obligación relativa de obediencia son los jueces, en primer lugar, y en segundo lugar las personas privadas o públicas que están en posición de control de los derechos fundamentales de las personas. En las Leyes de 2010 y 2011, en cambio, el fin de la extensión del precedente no tiene que ver, primariamente, con su contenido de garantía de derechos; en esta nueva encarnación del precedente, este sirve fundamentalmente como mecanismo de solución agregada de controversias. Su conceptualización como herramienta de reforma judicial viene, además, del mundo del derecho procesal (y no del constitucional) en su esfuerzo por permitir, por ejemplo, que “procesos testigo”³² o que otros mecanismos de agregación y decisión conjunta de casos análogos sirvan para la resolución de conflictos en épocas de masificación de la actividad administrativa del Estado en campos como la provisión social en pensiones, los conflictos laborales entre el Estado y sus trabajadores, conflictos tributarios y aduaneros etc., etc.

32 Los así llamados *Massenverfahren* del Derecho alemán que tuvieron clara influencia en el diseño de los mecanismos legales.

Estas políticas de descongestión y reforma judicial fueron diseñadas e impulsadas en el Congreso por el Consejo Superior de la Judicatura, por el Consejo de Estado y por sus consultores técnicos que veían en ellas una solución de naturaleza técnica a los problemas de la Rama Judicial. Frente a estas normas vendrían a reaccionar, tiempo después, la Corte Constitucional y la Rama Ejecutiva del poder público. La reacción de esta última fue menos que uniforme como se desprende de sus intervenciones en los procesos de constitucionalidad de las Leyes y en el comportamiento que han exhibido frente a la aplicación administrativa *ex ante* del precedente judicial: para el Ministerio de Hacienda, la obligatoriedad del precedente para los funcionarios administrativos debía ser declarada inconstitucional porque, al resolver tempranamente los conflictos, acelera los pagos de sus deudas³³. La duración excesiva del proceso contencioso-administrativo es tácticamente usada por el Estado en su calidad de deudor en numerosos procesos donde se exige su responsabilidad civil y laboral. Pero la DIAN, en dicente oposición a la cabeza de su sector administrativo, sí defendió en los mismos procesos de constitucionalidad el mecanismo administrativo de extensión de la jurisprudencia porque, a contramano del Ministerio, la definición pronta del conflicto es muy conveniente para el acreedor, especialmente en un área donde la jurisprudencia tributaria y aduanera parece ser predominantemente fiscalista y estatalista³⁴. Mientras la reacción del ejecutivo se ha dado por vía de doctrina y prácticas administrativas, la Corte Constitucional tendría oportunidad de hacerlo en el control de constitucionalidad de las Leyes de 2010 y 2011 que establecieron el mecanismo de precedente de descongestión. Como veremos más abajo, su reacción fue mixta: apoyó el mecanismo, pero detectó en él omisiones legislativas inadmisibles que desconfiguraban su propia concepción y usos del precedente constitucional; por esta razón, reinterpretó de forma bastante enérgica el artículo 114 de la Ley 1395/10 y los artículos 10 y 102 de la Ley 1437/11.

La doctrina del precedente, pues, se mueve hoy en día entre el mundo de la resolución masificada de conflictos y el interés de llevar los principios constitucionales al Derecho ordinario. Estos dos objetivos no están en relación lógica de contradicción; pero han avanzado en el Derecho colombiano por el esfuerzo de élites y proyectos políticos diversos que, al día de hoy, no están plenamente reconciliados. Este cambio de conceptualización constituye el desarrollo más importante del

33 Obviamente, en la sentencia no hay evidencia sobre los “intereses” del Ministerio, sino tan solo de sus argumentos jurídicos. Con estos es claro, sin embargo, que se defienden los primeros que casi nunca se expresan de manera clara. Esta es la razón por la cual la relación entre intereses y derechos es tan conflictiva y más bien propia de teorías críticas del Derecho.

34 En los conflictos, por ejemplo, sobre las deducciones tributarias por inversiones en capital fijo productivo de la ley 863 de 2003. Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de octubre de 2012. Rad. No. 25000-23-27-000-2009-00042-01 (18233). C.P. CARMEN TERESA ORTÍZ; Sentencia del 29 de noviembre de 2012. Rad. No. 25000-23-27-000-2009-00191-01 (18662). C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO; Sentencia del 24 de octubre de 2013. Rad. No. 25000-23-27-000-2009-00188-01(18375) C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS.

tema en los últimos años; implica, igualmente, un reforzamiento de la obligación de obediencia al precedente por parte de las autoridades administrativas, con lo que es posible (pero incierto todavía) que sea el punto de partida de un cambio trascendental en el Derecho administrativo colombiano así como la doctrina del precedente lo ha significado ya en los campos del Derecho constitucional y judicial.

4.2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL “PRECEDENTE DE DESCONGESTIÓN”

La obligatoriedad del precedente judicial significa políticamente cosas diferentes si se enmarca dentro de un proyecto de descongestión judicial y seguridad jurídica a si lo hace dentro de un proyecto de extensión de los derechos fundamentales³⁵. Como se acaba de afirmar, las élites que han estado detrás de estos desarrollos son también distintas y su aceptación del mecanismo se hace, igualmente, a partir de presupuestos normativos e ideológicos diferentes. El nuevo acuerdo sobre el valor jurídico aumentado del precedente se consigue, así, por un consenso traslapado por motivaciones y proyectos distintos, no porque la Rama Judicial³⁶ o el Legislador, de un día para otro, haya adoptado la agenda de la Corte Constitucional (que tanto han resistido). Se trata, por tanto, de un acuerdo parcial e incompleto entre ramas del Poder Público³⁷.

Es necesario recordar que los orígenes del precedente de descongestión se mencionaron por primera vez en los proyectos de reforma del artículo 230 de la C.P. que articuló el gobierno de Álvaro Uribe Vélez en dos ocasiones y luego el gobierno de Juan Manuel Santos. Esta idea fue promovida tiempo después por la misma Rama Judicial, que veía en ella un mecanismo técnico de respuesta a la congestión. En una breve caracterización politológica, podría decirse que el precedente de descongestión arrancó como proyecto dentro del gobierno Uribe con una agenda más fuertemente ideológica a favor de la seguridad jurídica y como mecanismo de disciplinamiento de los “desbordamientos” de la Corte Constitucional al pronunciar

35 Con estas descripciones tampoco quiero aseverar que un proyecto es malo por oposición al otro. Con estas descripciones tampoco quiero aseverar que un proyecto es malo por oposición al otro. CHARLES L. STEVENSON nos alertó suficientemente del valor emotivo de las palabras y es claro que la expresión “derechos fundamentales” tiene hoy en día quizás más significado emotivo que descriptivo del que no pretendo abusar en el texto. STEVENSON, CHARLES L. The Emotive Meaning of Ethical Terms. En *Mind*. vol. 46. n.º 181. (enero, 1937) pp. 14-31.

36 En este caso en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado.

37 Este tipo de acuerdos no es necesariamente inferior; es quizás el tipo de acuerdo más sólido al que se puede aspirar en situaciones de pluralismo ideológico, como evidentemente ocurre en el Derecho. Ver: SUNSTEIN, Cass. Incompletely Theorized Agreements. En: *Harvard Law Review*. vol. 108. n.º 7. (mayo, 1995) pp. 1.733-1.772; SUNSTEIN, Cass. *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*. Traducción de Alicia Fernández. Comentarios de MARIO CAJAS, ROBERTO GARGARELLA y GUSTAVO MORENO. Santiago de Cali: Universidad ICESI, 2010.

su propia jurisprudencia³⁸; con posterioridad, hacia 2008, la idea fue recogida por la propia Rama Judicial que preparaba su estrategia de reforma judicial basada en la oralidad y en la descongestión. Aquí la idea del precedente de descongestión se desideologizó, se tecnificó y cambió sus puntos de apoyo hacia una combinación de élites judiciales y técnicas que, con todo, consiguieron su aprobación en el Congreso Nacional. Finalmente, en las leyes de 2010 y 2011, el precedente de descongestión se enfocó decididamente al Derecho administrativo, a través del mecanismo de aplicación *ex ante* de la jurisprudencia estable por parte de las autoridades públicas. Esta alianza reformista³⁹ consideró originalmente que el establecimiento del precedente de descongestión requería de una reforma constitucional del artículo 230, bajo una lectura textualista del mismo. Por esa razón, dedicaron un tiempo significativo entre los años 2002 y 2010 a lograr esa reforma, sin éxito⁴⁰.

38 Según la Exposición de Motivos: “Pero si las cosas son como se viene diciendo, es obvio que habrá que darle a la jurisprudencia la importancia que tiene dentro del mundo del derecho. *Y esa jurisprudencia tiene que ser reglada de una manera mucho más clara que como ha venido siendo captada por nuestra doctrina*”. (Énfasis añadido). Londoño Hoyos, Fernando. *Exposición de motivos*. Proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia”, 2002.

39 Claro, informal y variable a lo largo del tema: según mi análisis político, el precedente de descongestión arrancó como proyecto dentro del gobierno Uribe con una agenda más fuertemente ideológica a favor de la seguridad jurídica y como mecanismo de disciplinamiento de las Cortes al pronunciar jurisprudencia; con posterioridad, hacia 2008, la idea fue recogida por la propia Rama Judicial que preparaba su estrategia de reforma judicial basada en la oralidad y en la descongestión. Aquí la idea del precedente de descongestión se tecnificó y cambió su puntos de apoyo hacia una combinación de élites judiciales y técnicas que, con todo, consiguieron su aprobación en el Congreso Nacional.

40 (1) Congreso de la República. Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002, “por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia. Senado. Ministro del Interior y encargado de las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho FERNANDO LONDOÑO HOYOS. Gaceta del Congreso 484. (12 de noviembre de 2002) “Artículo 9°. *El artículo 230 de la Constitución quedará así: Artículo 230.- Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.*

Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.” En la misma reforma se proponía modificar los arts. 235 y 237: “Artículo 12°: *El ordinal 1° del artículo 235 de la Constitución, quedará así: [Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:] 1° Como tribunal de casación, unificar la jurisprudencia nacional en materia civil, laboral, mercantil y penal, a través de sentencias en cuya parte resolutive la precisará sobre el asunto que considere necesario establecerla. Tres sentencias uniformes de la Corte constituirán jurisprudencia, que servirá de antecedente para sus propios fallos y de doctrina que deberán seguir los jueces y tribunales competentes. La Corte no podrá variar su jurisprudencia sino en los términos del artículo 230 de la Constitución*”.

(2) Congreso de la República. Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2008 “por medio del cual se reforman unos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones” Senado. Ministro del Interior y de Justicia Fabio Valencia Cossio. Gaceta del Congreso 654. (23 de septiembre de 2008): “Artículo 8°. *El artículo 230 de la Constitución Política quedará así: Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria para los funcionarios de la rama ejecutiva”.

(3) BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO (et al.) *Informe final de reforma a la justicia*. Comisión de expertos

Con posterioridad, el precedente de descongestión fue consagrado legalmente en las leyes 1395 y 1437 y, curiosamente, nadie ha atacado el mecanismo por violar la comprensión textual del inciso 2 del artículo 230^[41]. La razón de ello es que, a pesar de todos los debates, la interpretación contemporánea del artículo 230 que extiende la noción de “imperio de la ley” ya está firmemente arraigada a pesar de una ocasional oposición textualista.

4.3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN LEGAL DEL PRECEDENTE DE DESCONGESTIÓN

Estas reformas constitucionales, como se sabe, nunca llegaron a ser aprobadas porque se presintió, correctamente, que no era necesario modificar el artículo 230 para establecer en Colombia el precedente de descongestión en el litigio administrativo. Con esa premisa en firme, fueron las leyes 1395/10 y 1437/11 las que incorporaron de manera específica la obligación de las entidades administrativas de aplicar la doctrina jurisprudencial estable a sus actos y decisiones unilaterales como mecanismo para evitar la congestión judicial. Podría pensarse que este mecanismo establecido en las Leyes implica el triunfo final y completo de la doctrina del precedente judicial vinculante porque evidenciaría un cambio en la opinión del Legislador en su favor, hasta el punto de consagrarlo de manera explícita. Esta afirmación, sin embargo, no parece ser cierta del todo. El Legislador colombiano, en términos generales, se ha opuesto al desarrollo de la doctrina del precedente judicial. Esta innovación jurídica la han realizado en Colombia los jueces por vía de interpretación constitucional y legal, no el Legislador por vía de reforma expresa de la Ley. En distintos momentos en los últimos años, el legislador se ha manifestado en contra de esta evolución y ha intentado detenerla, o cuando menos ralentizarla,

de reforma a la justicia. (10 de abril de 2010): “Artículo 230. *Los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución y la ley. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia, deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de dicha jurisprudencia, exponiendo, de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación.*”

Las demás autoridades públicas deberán aplicar la doctrina jurisprudencial respectiva, so pena de la imposición de las sanciones que establezca la ley.

La equidad, la doctrina y los principios generales del derecho son criterios complementarios de interpretación”.

(4) Congreso de la República. Proyecto de Acto Legislativo 07 de 2011, “por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia”. Senado. Ministro del Interior y de Justicia GERMÁN VARGAS LLERAS. Gaceta 566 de 2011. (4 de agosto de 2011): “Artículo 230. *Los jueces en sus jurisprudencias solo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia.*”

La Ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro.

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

41 Que dice: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

como en efecto ha ocurrido con las normas como el Decreto 2591/91 (arts. 21 y 23) y en la Ley 270/96 (art. 48)⁴². La Corte Constitucional ha hecho reinterpretaciones judiciales de estas normas y también del tradicional artículo 10 de la Ley 153 de 1887 (doctrina probable)⁴³ con el propósito de alinear estos materiales legales con el nuevo valor del precedente judicial que ha tendido a fundamentar de manera plural en una interpretación directa de la Constitución, construida a partir de la garantía de igualdad de trato (art. 13 C.P.), del principio de buena fe y confianza legítima (art. 83 C.P.), de una ampliación del concepto de imperio de la ley” y estado de Derecho (basada en el art. 230 C.P.) y de sus competencias como guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales (arts. 241 y 243 C.P.).

Esta oposición del legislador no terminó con las leyes 1395 y 1437: la primera lectura textualista que se hizo de ellas llevó a muchos a pensar que con ellas se reducía, y que incluso se eliminaba, el valor de precedente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al tiempo que el legislador realmente lo que quería era respaldar la extensión y aplicación administrativa *ex ante* de los pronunciamientos del Consejo de Estado exclusivamente. A esta conclusión se llegó a través de una lectura textualista de las normas relevantes. Esta lectura textualista se basaba, como es usual, en la máxima *inclusio unius est exclusio alterius* (la inclusión de algo implica la exclusión de lo otro). Así, por ejemplo, en el artículo 114 de la Ley 1395, se ordena:

“ARTÍCULO 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”. (Expresiones subrayadas demandadas)”

En el Expediente D- 8351 (C-539/11), los demandantes, utilizando la máxima hermenéutica *inclusio unius est exclusio alterius*, argumentaban que la Ley básicamente debilitaba la doctrina del precedente construida en los últimos años, y ello de manera múltiple: al mencionar seis temas de extensión explícita del precedente, excluía los demás; al mencionar los precedentes ordinarios o contencioso-administrativos, excluía los constitucionales; al exigir una multi-reiteración formal de la doctrina,

42 Ver al respecto LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006, pp. 33-57.

43 En la sentencias C-113/93, C-131/93 y C-836/01. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-113 de 1993. M.P. JORGE ARANGO MEJÍA; C-131 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; C-831/01. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. En mi libro *El derecho de los jueces* se da una descripción de estos desencuentros parciales entre el legislador y la Corte Constitucional. LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006, pp. 74-97.

excluía todas aquellas que fueran firmes o estables sin que tal reiteración se hubiese producido. Así las cosas, los demandantes llevaron a la Corte Constitucional las normas de extensión administrativa ordenada en las nuevas leyes y pidieron su inconstitucionalidad, no por violar, por ejemplo, el tenor textual del artículo 230 C.P.⁴⁴, sino por ser inconsistentes con la versión más amplia de vinculatoriedad del precedente constitucional que la Corte ha venido construyendo en su línea jurisprudencial.

Con esta misma estructura de litigio y argumentación, las normas de reforma judicial han sido constitucionalmente enjuiciadas en tres oportunidades:

Ley 1395/10, art. 114	C-539/11 (Jul. 6/11)	Omisión relativa	M.P. L.E. Vargas Silva	Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada
CPACA (1437/11), art. 10	C-634/11 (Ago. 24/11)	Omisión relativa	M.P. L.E. Vargas Silva	Fco Javier Lara Sabogal
CPACA, art. 102	C-816/11 (Nov. 1 ^o /11)	Omisión relativa	M.P. M. González Cuervo, con aclaración de M.V. Calle Correa.	Fco. Javier Lara Sabogal

Lo crucial en estas sentencias es que la Corte Constitucional aceptó los cargos de los demandantes y consideró que las nuevas normas ciertamente realizaban exclusiones que podían calificarse de verdaderas omisiones constitucionales relativas. Su interpretación, pues, se inclinó a ver en el uso legal del precedente para descongestión un cierto ataque conceptual a su propia doctrina del precedente constitucional. En todos estos fallos la Corte Constitucional declaró exequible de manera condicionada la política de descongestión del Legislador, siempre y cuando se entendiera que estas normas no limitaban la aplicación general del precedente constitucional según la doctrina que la propia Corte ha creado. Como consecuencia de esta interpretación condicionada, (i) el precedente resulta obligatorio para las autoridades administrativas de forma más estricta que lo es para las judiciales; (ii) la obligatoriedad del precedente para funcionarios judiciales y administrativos, a su vez, no excluye el deber de particulares de garantizar los derechos de las personas según han sido interpretados por los jueces⁴⁵; (iii) la vinculatoriedad del precedente no está limitada temáticamente a los casos indicados por la Ley; y (iv) en el

44 Que para muchos sigue prohibiendo expresamente cualquier valor ampliado del precedente judicial. Esta teoría tradicionalista de fuentes no es dominante, pero aparece todavía en el debate público sobre el tema.

45 Este tema concreto del impacto de la jurisprudencia en el “efecto horizontal de los derechos fundamentales”, sin embargo, no fue discutido explícitamente en esta triada de sentencias.

tema que resulta siendo fundamental en las tres sentencias, esta obligación cubre, no solamente las sentencias del Consejo de Estado, sino también las de la Corte Constitucional y, adicionalmente, las de las demás Altas Cortes⁴⁶.

5. CONCLUSIÓN

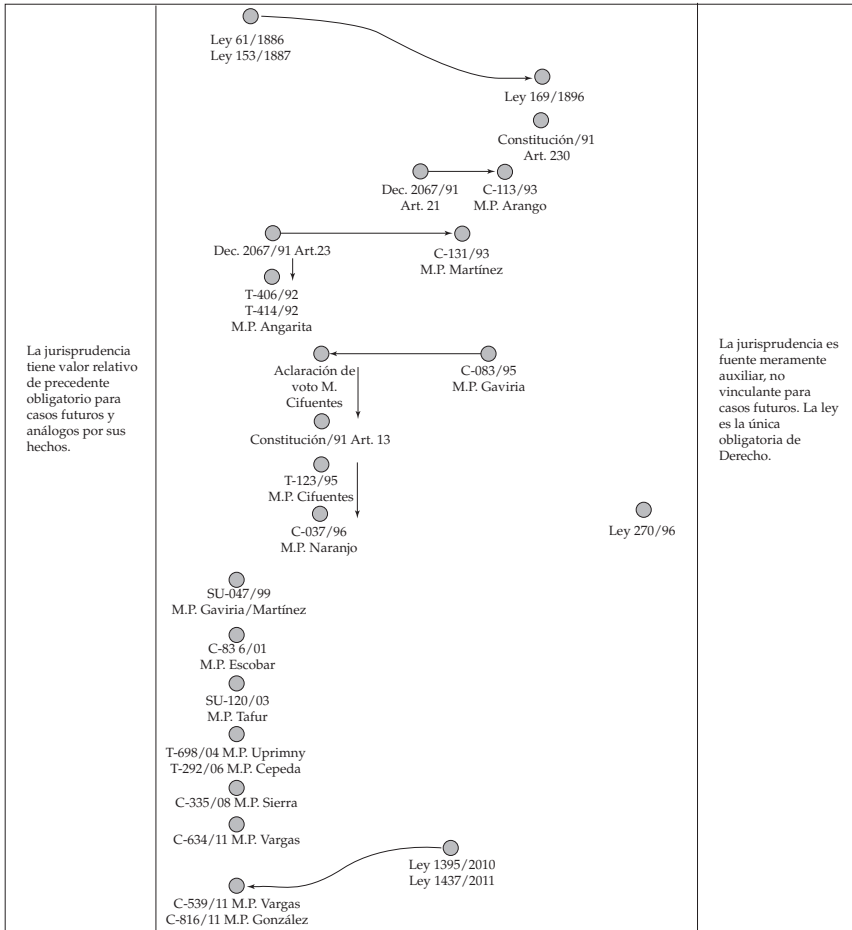
Esta revisión del debate en Colombia permite extraer varias conclusiones: la línea jurisprudencial sobre el valor del precedente ha continuado su desarrollo, al menos en dos direcciones. En la primera, la Corte ha creado un sistema de monitoreo y aplicación del precedente judicial obligatorio a los jueces. Este sistema tiene, hoy por hoy, un peso muy significativo en la dinámica del litigio nacional, donde las partes continuamente exigen a los jueces coherencia decisional de sus fallos con los precedentes de Alta Corte. Este litigio de exigencia de coherencia no existía con anterioridad en Colombia, pero hoy en día constituye una porción significativa del debate jurídico-procesal en el país.

Al mismo tiempo, el legislador ha querido establecer la obligación administrativa de obediencia del precedente. La Corte Constitucional, al revisar este sistema, encontró que no encuadraba parcialmente dentro de la doctrina de precedente constitucional que había elaborado con anterioridad y declaró su constitucionalidad condicionada en los términos explicados en este mismo texto. La utilización del precedente de descongestión ante la administración se viene desarrollando lentamente bajo el control judicial del Consejo de Estado en un experimento jurídico que, si llega a hacer exitoso, transformará de manera importante el Derecho administrativo del país.

Con esto, la línea jurisprudencial sobre el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia luciría de esta forma. Esta gráfica, a su vez, expresa las conclusiones de este ensayo explicativo que la precede y complementa las conclusiones de mi libro anterior, *El derecho de los jueces*.

46 En el tema específico de la reiteración, la Corte no se pronunció por encontrar que, en este punto, la demanda era inepta.

¿Cuál es el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia?



BIBLIOGRAFÍA

BARRERA VARELA, PEDRO JAVIER. “La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano”, en *Saber, ciencia y libertad*. vol 9, n.º 2. Bogotá., octubre, 2014.

BERNAL PULIDO, CARLOS. “El precedente en Colombia”, en *Revista de Derecho del Estado*. n.º 21. pp. 81-94. Bogotá, diciembre, 2008.

BICKEL, ALEXANDER M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1962. New York: Vail-Ballou Press, 1986.

- BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, et al. *Informe final de reforma a la justicia*. Comisión de expertos de reforma a la justicia, 10 de abril de 2010.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 1961. Segunda Edición. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- KENNEDY, DUNCAN. “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en *Journal of Legal Education*. 36. pp. 518-562; KELMAN, MARK. *A Guide to Critical Legal Studies*. Massachusetts: Harvard University Press, 1987.
- KENNEDY, DUNCAN. “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en *Journal of Legal Education*, 36.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*. Segunda Edición. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. “Igualdad y precedente. El argumento contra Tamayo”, en *Ámbito jurídico*. Bogotá. Agosto de 2011.
- QUINCHE, MANUEL FERNANDO. *El precedente y sus reglas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- RAZ, JOSEPH. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RAZ, JOSEPH. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 1979. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- STEVENSON, CHARLES L. *The Emotive Meaning of Ethical Terms*. En *Mind*. vol. 46. n.º 181., enero, 1937.
- SUNSTEIN, CASS. “Incompletely Theorized Agreements”, en *Harvard Law Review*. vol. 108. n.º 7., mayo, 1995.
- SUNSTEIN, CASS. *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho constitucional: y otros ensayos*. Traducción de Alicia Fernández. Comentarios de Mario Cajas, Roberto Gargarella y Gustavo Moreno. Santiago de Cali: Universidad ICESI, 2010.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “El precedente judicial como arma de lucha política”, en *Ámbito jurídico*. Bogotá. 15 de mayo de 2012
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. “La igualdad, ¿arma de jueces justos, ignorantes, corruptos, populistas o de políticos de izquierda antidemocrática?”, en *Ámbito jurídico*. Bogotá. 12 de marzo de 2009.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER; JARAMILLO, CARLOS. *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Ibañez, Universidad Javeriana, 2012.

CÉSAR LANDA ARROYO*

*Nuevos estándares del control constitucional
de las resoluciones judiciales en el Perú*

SUMARIO

1. Antecedentes. 2. Fundamentos del recurso de agravio constitucional. 3. El precedente Vásquez Ramos del Expediente n.º 00987-2014-PA/TC. 4. La trascendencia constitucional en la jurisprudencia española. 5. La trascendencia constitucional en el caso Vásquez Ramos. 5.1. Lineamientos generales. 5.2. Lineamientos específicos. A. Conflicto de relevancia. B. Materia indisponible. C. Urgencia. 6. Conclusiones.

Con ocasión del rechazo del recurso de agravio constitucional (RAC) que presentó Francisca Lilia Vásquez Romero por la supuesta vulneración a su derecho al debido proceso, sin demostrar cómo ocurrió esta afectación o cuál era el contenido del derecho vulnerado ilegítimamente, el Tribunal Constitucional (TC) dictó un precedente vinculante (Expediente n.º 00987-2014-AA/TC)¹; en el que se han establecido cuatro supuestos por los cuales el supremo intérprete de la Constitución puede rechazar un recurso de agravio constitucional.

Así, el Pleno del Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico 49 del Expediente n.º 00987-2014-PA/TC que se emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando: i) la supuesta vulneración que se invoque carezca de vulneración; ii) la cuestión de Derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; iii) la cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional, o iv) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

La decisión estuvo motivada en que “la atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente”² y que “(...) la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela (...) y por lo tanto [el TC] debe concentrar sus recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente”³.

En efecto, considerando cuantitativamente que a 2013 la carga procesal acumulada era de 6.659 casos pendientes por resolver (ver Cuadro 1), resultaba necesario un mecanismo que permitiera que la justicia constitucional llegase de manera oportuna al justiciable pese a la sobrecarga procesal.

* Doctor en Derecho de la Universidad Alcalá de Henares de España. Realizó sus estudios posdoctorales en el Bayreuth Universität y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Alemania. Profesor de diversas universidades. Se ha desempeñado como Viceministro de Justicia del Perú, Magistrado del Tribunal Constitucional y juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, ha sido miembro de la Comisión de Estudios de las Bases para la Reforma Constitucional y del Comité Jurídico Asesor de la Comisión de Constitución del Congreso de la República del Perú.

1 Cfr. Fundamento jurídico 38.

2 Cfr. Fundamento Jurídico 44.

3 Cfr. Fundamento Jurídico 47.

CUADRO I
CARGA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004-2013)

AÑOS	CARGA PROCESAL
2004	4,515
2005	3,739
2006	7,492
2007	8,489
2008	6,747
2009	6,097
2010	3,655
2011	1,314
2012	2,351
2013	3,461
Total	6,659

Fuente: Memoria del Tribunal Constitucional, año 2013^[4].

Precisamente, el precedente recaído en el caso Vásquez Romero se fundamentó en resolver esta necesidad cuantitativa que limita la tutela urgente, antes que por una necesidad cualitativa de la protección sustantiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es la primera vez que el TC implementa mecanismos procesales para lograr que la justicia se imparta en el momento preciso, así como, proteger sustantivamente los derechos fundamentales a través de la tutela de su contenido constitucionalmente protegido. Ya lo había hecho antes mediante los Expedientes n.º 2877-2005-PHC/TC y n.º 04853-2004-PA/TC, que se analizarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

Los procesos constitucionales, al igual que los derechos fundamentales, tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva. Así, estos deben garantizar los derechos fundamentales de la persona (dimensión subjetiva), pero también deben garantizar la supremacía constitucional (dimensión objetiva).

Partiendo de la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional define al recurso de agravio constitucional como aquel presentado “contra la resolución del segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda”. No obstante, si este artículo es interpre-

4 Este cuadro ha sido extraído de la Memoria del Tribunal Constitucional, año 2013. Disponible en: < <http://tc.gob.pe/portal/institucional/memoria/memoria-2013.pdf>. Consulta del 20 de mayo de 2015.

tado también a la luz de la dimensión objetiva de los procesos constitucionales, la definición del RAC se amplía, estableciéndose a su vez dos dimensiones de este:

– DIMENSIÓN POSITIVA

Según esta dimensión, el TC debe resolver los RAC cuando: i) los operadores jurisdiccionales o administrativos resuelvan con criterios opuestos a los precedentes vinculantes, sentencias normativas y doctrina jurisprudencial del TC; ii) una sentencia estimatoria es contradictoria a los fallos del TC porque existe un vacío normativo o varias interpretaciones posibles; o, iii) se pretende cambiar la jurisprudencia establecida por el TC. En este caso, el recurso de agravio constitucional es un instituto procesal de la supremacía constitucional⁵.

– DIMENSIÓN NEGATIVA

Según esta dimensión, el TC debe resolver el RAC cuando se cumplan los requisitos de admisibilidad y procedencia señalados en la norma. A diferencia de la dimensión positiva, el recurso de agravio constitucional es un recurso del justiciable.

– REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

El RAC es admisible cuando: i) sea interpuesta por el demandante, ii) la resolución de segundo grado que vulnera el contenido esencial del derecho fundamental tutelado esté claramente identificada, iii) sea interpuesta en un plazo de 10 días.

– REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

El RAC procede cuando: i) exista una vulneración manifiesta al contenido esencial del derecho fundamental tutelado, ii) no se trate de una demanda manifiestamente infundada, iii) el TC no haya resuelto casos similares declarándolos improcedentes o infundados.

Ambas dimensiones fueron acogidas, aunque no en su totalidad, por el Tribunal Constitucional. Así, se estableció en el Exp. n.º 2877-2005-PHC/TC, caso Luis Sánchez Lagomarcino, que el RAC, en tanto mecanismo procesal que permite al TC actuar oportunamente, debía ser planteado cuando además de cumplir los requi-

5 LANDA, CÉSAR, “Corsi e ricorsi del certiorari costituzionale”. *El debate en torno a los límites del Recurso de Agravio Constitucional. Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*. Palestra: Lima, nov. 2014, Cuaderno 9, pp. 60-63.

sitos formales establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, se cumpliera con los siguientes requisitos:

- Estar directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

- No ser manifiestamente infundado.

- No estar inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC⁶.

De esta manera, el TC acogió íntegramente la dimensión negativa del recurso de agravio constitucional. Sucedió posteriormente lo mismo con la dimensión positiva de este, pues en el fundamento jurídico 40 del Expediente n.º 04853-2004-PA/TC, caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, se estableció que el RAC procedería no solo frente a resoluciones desestimatorias, sino también cuando:

La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional⁷.

De esta manera, se introdujo el rechazo liminar del RAC sin más trámite en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual se consolidó aún más con la modificación del artículo 11 del Reglamento del Tribunal Constitucional mediante la Resolución Administrativa n.º 031-2006-P/TC. Esta estableció que una de las Salas del TC se encargaría de determinar si se debía resolver el fondo de un RAC, para lo cual:

(...) aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Lamentablemente, estos notables avances en aras de la protección de una tutela oportuna y sustantiva de los derechos fundamentales, se vieron afectados por dos decisiones que el Tribunal Constitucional tomó posteriormente. Así, mediante el Exp. n.º 3173-2008-HC/TC, caso El Frontón I, se sostuvo que solo era válido el recurso de agravio constitucional cuando la resolución fuera desestimatoria⁸. Y,

6 Cfr. Tribunal Constitucional. Expediente n.º 2877-2005-PHC/TC. FJ 31.

7 Cfr. Tribunal Constitucional. Expediente n.º 04853-2004-PA/TC. FJ 29.

8 LANDA, CÉSAR. “Corsi e ricorsi del certiorari costituzionale”..., ob. cit., p. 62.

finalmente, el precedente que establecía la admisión de RAC en sentencias no solo desestimatorias, sino también estimatorias, fue dejado sin efecto por el Exp. n.º 3908-2007-PA/TC.

Pero, como la necesidad del combate contra el narcotráfico, el lavado de activos y el terrorismo fue más contundente que la obstinada interpretación literal del artículo 202-2 de la Constitución⁹, el TC se vio obligado a revertir esta decisión posteriormente, para permitir la admisión del RAC ante sentencias estimatorias en casos de: narcotráfico Exp. n.º 02663-2009-HC/TC, lavado de activos Exp. n.º 02748-2010-HC/TC y, finalmente, terrorismo (Exp. n.º 01711-2014-PHC/TC)¹⁰.

Ahora bien, resulta necesario precisar que todas estas decisiones respondieron a la necesidad de tutelar las violaciones al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que requieren de tutela urgente; la misma que al enfrentar una preocupante sobrecarga procesal genera dilaciones judiciales indebidas en la impartición de la justicia constitucional.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

En la actualidad, es pacífico sostener que los derechos fundamentales de la persona humana constituyen la piedra angular de nuestro edificio constitucional; por eso, no solamente son los cimientos del mismo, sino también las vigas maestras sobre las que se sostiene nuestra institucionalidad democrática. Por eso, la Constitución otorga a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales, la fuerza normativa que irradia nuestro ordenamiento jurídico, vinculando a poderes públicos y privados, directa e indirectamente a través de los procesos constitucionales¹¹.

De hecho, la Constitución consagra como un principio-derecho fundamental el debido proceso que garantiza un proceso justo, y dentro de estos se encuentra el derecho a un plazo razonable, el cual está íntimamente ligado con el problema de la sobrecarga procesal y a la necesidad de una tutela oportuna del contenido esencial constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Por lo tanto, un primer argumento para rechazar sin más trámite los RAC en algunos supuestos, es la relación entre el proceso y la Constitución.

9 “Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional: (...)

2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento”.

10 LANDA, CÉSAR. “Corsi e ricorsi del certiorari constitucional”..., ob. cit., p. 63.

11 HESSE, KONRAD. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. MÜLLER VERLAG, 20., neubearbeitete Auflage, 1995, pp. 125137; asimismo, LOTHAR, MICHAEL – MARTIN MORLOK. *Grundrechte*. Germany: Nomos, 2008, pp. 39-43 y 76-79.

También debemos tomar en cuenta que la naturaleza misma del Tribunal Constitucional lo habilita a tomar este tipo de decisión. En efecto, este tiene una triple naturaleza: constitucional, jurisdiccional y política. Por un lado, al ser un órgano constitucional, sus funciones vienen establecidas por nuestra Carta Magna que le atribuye el control de la constitucionalidad y la garantía de la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

Por otro lado, como órgano jurisdiccional, al resolver casos, concretiza las normas establecidas en la Constitución. Y finalmente, como órgano político, crea, vía interpretación jurisdiccional, normas constitucionales adscritas. Lo cual está sumamente ligado a la autonomía procesal que goza el TC y que también sirve de fundamento para este tipo de decisiones. Esta última es entendida como:

(...) De este modo, *prima facie*, puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias¹².

Esto lo faculta para crear reglas como las establecidas en los precedentes recaídos en los Exp. n.º 2877-2005-PHC/TC, Exp. n.º 04853-2004-PA/TC y Exp. n.º 00987-2014-PA/TC, pues la autonomía procesal le concede esta atribución siempre y cuando estas reglas tengan como finalidad el perfeccionamiento de los procesos constitucionales y no vulneren ningún principio o derecho establecido por la Constitución¹³.

Ahora que ya hemos analizado cuáles fueron los antecedentes de la sentencia interlocutoria denegatoria y sus fundamentos, pasaremos a analizar el Expediente n.º 00987-2014-PA/TC, el cual es materia central de este artículo.

3. EL PRECEDENTE VÁSQUEZ RAMOS DEL EXPEDIENTE N.º 00987-2014-PA/TC

El caso Vásquez Romero estableció, como ya señalamos antes, los supuestos en los cuales el TC podía declarar improcedente un recurso de agravio constitucional, pero como también señalamos antes, esta no fue la primera vez que el TC estableció estas

¹² Cfr. Tribunal Constitucional. Expediente n.º 00005-2007-PI/TC. FJ 37.

¹³ LEÓN, JORGE. *El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal*; LANDA CÉSAR. *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, y; MENDOZA, MIJAIL. *La autonomía procesal constitucional*. En *Justicia Constitucional*. Especial: *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Año II, n.º 4. Lima: Palestra, 2006, pp. 29-61, 63-95, y, 97-129, respectivamente.

reglas, sino que antes lo había hecho otros expedientes y en su mismo reglamento (Ver Cuadro 2).

CUADRO 2
REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL RECURSO DE AGRAVIO
CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 2877-2005-PHC/TC	EXP. N.º 04853-2004-PA/TC
Requisitos de admisibilidad (art. 18 del Código Procesal Constitucional).	Contra resolución estimatoria siempre que en el trámite de esta se haya vulnerado el contenido esencial de un derecho o sea contraria a la jurisprudencia del TC.
Relación con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.	Contra resolución desestimatoria.
No ser manifestamente infundado.	
No estar inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el TC.	
RES. ADMINISTRATIVA N.º 031-2006-P/TC*	EXP. N.º 00987-2014-PA/TC
Se declara su improcedencia si:	Se declara su improcedencia si:
No se refiere a la protección del contenido esencial.	Carece de sustentación.
Es manifestamente infundado.	No tiene especial trascendencia constitucional.
Se ha desestimado en casos sustancialmente idénticos.	Contradice precedentes.
	Se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

* Los supuestos de improcedencia, establecidos por esta resolución en el artículo 11 del Reglamento del Tribunal Constitucional, fueron modificados por la Resolución Administrativa n.º 141-2014-P/TC, que conforme al Exp. n.º 00987-2014-PA/TC, estableció las mismas causales de improcedencia que el nuevo precedente.

Como se aprecia del cuadro anterior, el nuevo precedente en principio mantiene los mismos supuestos generales o específicos como causales de improcedencia diferente que el precedente anterior; sin embargo, la principal diferencia del nuevo RAC versa sobre la incorporación del requisito de contar con un asunto de “especial trascendencia constitucional” versus “la protección del contenido esencial” del derecho fundamental postulado en el modelo anterior.

No obstante, existen algunos cuestionamientos respecto a los nuevos supuestos que plantea el TC como sentencia interlocutoria denegatoria. Por ejemplo, la carencia de sustentación de las causales se constituiría en un límite al principio del *ius novit curia* y al de suplencia de queja deficiente que le corresponde cumplir al Tribunal Constitucional; lo cual sería razonable siempre que existieran excepciones para proteger los casos que requieran una tutela urgente para la protección del núcleo esencial de un derecho fundamental, pero que no estuvieran establecidas en el nuevo precedente.

Además, como ya se ha señalado, este supuesto es sumamente subjetivo, por lo que el TC deberá ser sumamente cauteloso a la hora de determinar cuándo un RAC carece de sustentación y, sobre todo, cuando no contiene especial trascendencia

constitucional, en cuyo caso sería recomendable que estableciera ciertos parámetros generales o específicos para crear certeza y predictibilidad jurídicas, que son componentes básicos del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato judicial¹⁴.

Igualmente, surgen dudas respecto a los RAC que contradigan precedentes. Los precedentes vinculantes son sentencias dictadas con efecto *erga omnes* por el TC, se incluyen en esta también las sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, debemos recordar que nuestro sistema constitucional de precedentes considera la llamada doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes con efectos normativos de los artículos VI *in fine* y VII del Código Procesal Constitucional, con diferentes grados de fuerza e intensidad vinculante y, en consecuencia, en distintos grados de exigibilidad o cumplimiento de los mismos¹⁵.

Los jueces ordinarios podrían variar la doctrina jurisprudencial siempre y cuando exista una debida motivación, dando lugar a que el TC pudiera aclarar o cambiar su doctrina. En ese entendido, solo se podría declarar improcedente un recurso de agravio constitucional cuando contradiga un precedente vinculante con efecto normativo del TC.

Ahora bien, llegado este punto, cabe analizar la fuente española de donde emana la incorporación del concepto de la trascendencia constitucional, que al igual que los otros dos puntos analizados anteriormente, tampoco está exenta de cuestionamientos.

4. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El aporte del Exp. n.º 00987-2014-PA/TC tiene su origen en la Ley Orgánica 6/2007, que estableció como requisito de admisibilidad que el recurso de agravio constitucional versará sobre una materia de “trascendencia constitucional”.

Como es de notar, a diferencia del precedente que se discute en el presente artículo, esta ley tiene un sentido positivo. Es decir, mientras que la sentencia interlocutoria denegatoria establece cuando el TC debe declarar improcedente el recurso de agravio constitucional, la Ley Orgánica 6/2007 establece que este solo procederá positivamente en el supuesto de que exista “trascendencia constitucional”.

14 GARCÍA MANRIQUE, RICARDO. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012, pp 19-25 y 337-340.

15 LANDA CÉSAR. *Los precedentes constitucionales*; MONTOYA, VICTORHUGO; *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales-*, y; DONAYRE, CHRISTIAN. *Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional*. En *Justicia Constitucional*. Especial: *El precedente constitucional*. Año III, n.º 5. Lima: Palestra, 2007, pp. 29-69, 71-100, y, 101-120, respectivamente.

Inmediatamente surgen los problemas, porque al igual que la carencia de fundamentación, la trascendencia constitucional es un criterio subjetivo, cuyo principal peligro es caer en la arbitrariedad, la cual, tanto en el sistema español como en el peruano, se encuentra proscrita.

No obstante, debemos recordar que “(...) la discrecionalidad en la selección de los asuntos importantes para el desarrollo constitucional del Estado no es en sí misma una característica necesariamente negativa. Bien por el contrario, es el único mecanismo que permite a un auténtico Tribunal Constitucional consciente de su papel asumirlo”¹⁶. Por tanto, en sí misma, esta subjetividad no sería peligrosa, sino beneficiosa, por ejemplo, para la tutela de los derechos de los grupos vulnerables; pero, devendría en arbitraria si su función se distorsiona, si no existiera una debida motivación, que constituye un derecho fundamental propio del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, en un primer momento, no hubo un criterio determinado por el Tribunal Constitucional Español (TCE) para saber cuándo se trataba de caso de trascendencia constitucional, por lo cual se corría el riesgo de que una vez se determine que cierta materia goza de trascendencia constitucional, pero luego se determine que la misma no la goza. A pesar de este problema, el TCE se vio beneficiado en esta época, porque la carga procesal disminuyó sustancialmente¹⁷.

Posteriormente, el TCE creó a través de la STC 155/2009 un listado de los supuestos en los que existía trascendencia constitucional. Dicha lista no tenía un ánimo cerrado, pero para incorporar nuevas causales, estas tenían que ser discutidas por el Pleno del Tribunal Constitucional Español¹⁸. Así, se estableció que se deberá hacer un análisis del fondo de un recurso de amparo cuando:

- El recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre la cual no exista doctrina del Tribunal Constitucional.
- Dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina.
- Se vulnere un derecho fundamental por una ley u otra disposición de carácter general.
- Se vulnere un derecho fundamental por una interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho y crea necesario cambiar la interpretación para que sea conforme a la Constitución.
- La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega esté siendo incumplida de modo general.

16 URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN. “Seleccionar lo (menos) importante. Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas”. En MORALES ARROYO, JOSÉ MARÍA. *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*. Aranzadi: s/1, 2014, p. 76.

17 Ídem, p. 80.

18 Ídem, p. 81.

– Un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.

– El asunto sobre el cual verse el recurso no esté incluido en los anteriores y trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales¹⁹.

No obstante, esta lista tuvo un resultado contraproducente, ya que llevó a un extremo formalismo dentro del TC, que llegó al punto de no admitir un recurso si es que en este no se mencionaba expresamente una de las causales que había establecido en la sentencia que se analizó en líneas anteriores²⁰.

Asimismo, el concepto de “trascendencia constitucional” en el contexto español presenta algunos otros problemas. Por ejemplo, a pesar de las especificaciones que realizó la STC 155/2009, no hay una definición de la esencia de este concepto y muchas veces, cuando ha sido utilizado, no ha habido la suficiente transparencia para explicar la decisión²¹.

5. LA TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL CASO VÁSQUEZ RAMOS

Si bien el Tribunal Constitucional desde el inicio ha tratado de precisar el sentido de la trascendencia constitucional, no lo ha logrado. En efecto, el fundamento 50 del Exp. 00987-2014-PA/TC señala que “existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental”²².

No obstante, estas precisiones generales no quitan el carácter subjetivo de esta causal; porque no se da respuesta al justiciable a las siguientes preguntas: ¿Cuándo resulta indispensable resolver un conflicto? ¿Cuándo un conflicto es de relevancia? ¿Cuándo es urgente la revisión sobre el contenido de un derecho fundamental? Estas son preguntas que solo los magistrados del Tribunal Constitucional pueden responder y que son dejadas a su criterio subjetivo. El TC debe tomar en cuenta que la tutela diferenciada que detentan los procesos constitucionales de la libertad²³, debe evitar que la discrecionalidad ofrecida por estos conceptos tan amplios devenga

19 Cfr. Fundamento Jurídico 2. Tribunal Constitucional español. STC 155/2009.

20 URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN..., ob. cit., p. 82.

21 Ídem..., p. 83.

22 Cfr. Fundamento Jurídico 50. Tribunal Constitucional. Expediente 00987-2014-AA/TC.

23 GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “El juez ordinario y el Tribunal Constitucional”. En *Derecho Constitucional Comparado. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*. (O. A. Gozaíni et al.). San José: IJSA, 2012015, pp. 78-81.

en arbitrariedad, y por ende, contravenga la función última del Tribunal Constitucional: la protección de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

Por eso, desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los procesos de la libertad, el Tribunal Constitucional debería desarrollar estos conceptos dentro de su jurisprudencia y, en todo momento, aprender críticamente de la experiencia comparada. Si bien es cierto que se necesita precisar conceptos como “indispensable”, “urgencia” o “conflicto de relevancia”, no es posible crear una lista cerrada que no admita excepciones y que en lugar de lograr una tutela jurisdiccional efectiva la prohíba.

Tampoco es posible que en aras de concretizar estos conceptos se llegue al formalismo extremo y mucho menos se puede tolerar que no exista transparencia a la hora de explicar cuándo un asunto es trascendente constitucionalmente o no. Por eso, es importante que “cuando el Estado Constitucional otorga a su máximo órgano jurisdiccional la libre facultad de elegir sobre qué asuntos quiere pronunciarse, a cambio ha de poder controlar cómo se está usando este poder y saber qué asuntos se están rechazando”²⁴.

En ese sentido, cabe formular para el debate académico o jurisdiccional algunos lineamientos generales y luego específicos que podrían otorgar certeza y predictibilidad al quehacer de la justicia constitucional. Para lo cual es necesario partir de entender que en un orden constitucional pluralista existe un amplio espectro de alternativas que podrían institucionalizar el supuesto de la especial trascendencia constitucional para la procedencia del RAC, a partir de lineamientos generales y específicos.

5.1. LINEAMIENTOS GENERALES

Al respecto, el pensamiento de las posibilidades orienta sus alternativas constitucionales no solo hacia el futuro, sino también mirando el pasado; debido a que, como señala Häberle: “Precisamente en el *tesoro de la historia* hay material para la solución de problemas que ha sido frecuentemente olvidado y desplazado por la posibilidad hecha realidad. Pero, hay también renacimiento y regeneración de las disposiciones constitucionales”²⁵. En ese entendido, en primer lugar, corresponde analizar la causal de la cuestión de especial trascendencia constitucional con el auxilio del Exp. n.º 2877-2005-PHC/TC y la Resolución Administrativa n.º 031-2006-P/TC, antes mencionadas (punto 3).

En segundo lugar, como el pensamiento de las posibilidades debe ejercerse siempre guiado por una actitud abierta o receptiva al Derecho Internacional de los

24 URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN..., ob. cit., p. 90.

25 HÄBERLE, PETER. *El Estado constitucional*. Lima: PUCP – UNAM, 2001, p. 51.

Derechos Humanos, es necesario delimitar la cuestión de especial trascendencia constitucional, a la luz del derecho al debido proceso desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en particular, en lo referido al derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz, según dispone el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶.

Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. A su vez, estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1) La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión particularmente al enfrentarse al poder punitivo del Estado²⁷.

Para tal efecto, se debe partir de reconocer que el derecho a la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de todo sistema de impartición de justicia, de modo que las excepciones a la misma adquieren igual o mayor relevancia debido a que de no estar delimitadas producirá la afectación o anulación del derecho a la protección judicial. De donde se colige que, por un lado, es un derecho fundamental del justiciable conocer de manera expresa e inequívoca—cual principio de legalidad—cuando se incumple con los presupuestos para no tener acceso a la jurisdicción del Tribunal Constitucional y, por otro lado, constituye un derecho saber cuando un recurso de agravio constitucional no es “indispensable”, “urgente” o no aporta un “conflicto de relevancia”.

En consecuencia, es una obligación del Tribunal Constitucional ofrecer a todos los litigantes que consideren necesario ejercer su derecho de acceso a la justicia constitucional, en su última y definitiva instancia, a ser tratados en condiciones de igualdad con quienes si han tenido acceso a la jurisdicción del Tribunal Constitucional Más aún, si cuando se rechaza la admisión del RAC con una “sentencia interlocutoria denegatoria”, el justiciable que impugna con un recurso de reposi-

26 LANDA, CÉSAR. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Tribunal Constitucional de Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura, 2012, pp. 110-114.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207, párrafo 128.

ción recibe como respuesta un Auto en el que se señala que: “Contra la sentencia interlocutoria no procede recurso de reposición, por no encontrarse dentro de los alcances del artículo 121, tercer párrafo, del Código Procesal Constitucional”²⁸.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos”; también ha señalado que sería “irrazonable establecer dicho recurso si se exige a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico”²⁹.

Entonces, *prima facie*, para la Corte IDH no sería exigible que el justiciable deba saber en qué casos su recurso va a ser estimado o no, sino tan solo contar con un recurso que le permita acceder al Tribunal Constitucional para recibir un pronunciamiento de mérito sobre el fondo o la forma de su pretensión, referida a la violación de un derecho fundamental.

(...) independientemente de si la autoridad judicial declarare infundado el reclamo de la persona que interpone el recurso por no estar cubierto por la norma que invoca o no encontrarse una violación del derecho que se alega vulnerado, el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos previstos en la Convención, la Constitución o las leyes³⁰.

En consecuencia, sí resulta razonable para la Corte IDH que si bien los recursos deben ser creados por una norma o, diríamos extraordinariamente con un precedente con efectos normativos del Tribunal Constitucional, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Alto Tribunal pueda coadyuvar a la regulación legal del recurso de agravio constitucional, señalando los elementos formales y sustantivos de su admisibilidad constitucional, en tanto última y definitiva instancia competente para dirimir los conflictos sobre la protección de un derecho fundamental.

En tal entendido, la Corte IDH ha señalado “la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso”³¹. Esto quiere decir que el Tribunal Constitucional debería establecer los presupuestos y los criterios específicos

28 Tribunal Constitucional. Expediente n.º 07830-2013-AA/TC. FJ 2.

29 STEINER, CHRISTIAN – PATRICIA URIBE (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. El Salvador: KAS, 2014, p. 613.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman v. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184, párrafo 101.

31 STEINER, CHRISTIAN – PATRICIA URIBE (editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario...*, ob. cit., p. 613.

de admisibilidad y procedencia del recurso de agravio constitucional, conforme lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; esto es: que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de ella haya realizada la Corte IHD, como así lo ha establecido pacíficamente la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional³².

5.2. LINEAMIENTOS ESPECÍFICOS

a. CONFLICTO DE RELEVANCIA

Se podría señalar que existe un “conflicto de relevancia” por el fondo cuando se vulnera particularmente el contenido esencial de un derecho fundamental, es decir aquel núcleo básico, sin el cual un derecho queda vaciado de contenido o es anulado. De modo que corresponderá a la jurisprudencia constitucional tutelar dicho contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales, distinto del contenido no esencial o incluso adicional de un derecho fundamental, según lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Exp. n.º 1417-2005-PA/TC (FJ 20).

Ahora bien, no se debe olvidar que los derechos fundamentales tienen una configuración no solo constitucional sino que, por la cláusula de *numerus apertus* del artículo 3 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, se tutelan también derechos de configuración internacional, como sería, por ejemplo, el caso del derecho a la consulta, consagrada en el Convenio OIT n.º 169; pero, tampoco se puede desconocer la protección de los derechos fundamentales de configuración legal, si consideramos que la delimitación abierta de algunos derechos fundamentales prestacionales, por ejemplo los de naturaleza social, económica o cultural, requieren de una delimitación legislativa para su pleno goce y ejercicio³³; esto, sin perjuicio de la tutela del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración jurisprudencial.

Ello demanda que el Tribunal Constitucional deba construir a partir de su jurisprudencia una teoría constitucional de los derechos fundamentales a ser protegidos, a través de definir por cada derecho fundamental no solo su contenido esencial y no esencial, sino también su concepto, naturaleza, titularidad, tutela, límites y límites de los límites; todo lo cual podría ayudar a otorgar predictibilidad y seguridad jurídica a los justiciables que presenten el recurso de agravio constitucional argumentando que su caso contiene un “conflicto de relevancia”.

32 Cfr. Tribunal Constitucional: Exp. n.º 5854-2005-PA/TC, FJ 25; Exp. n.º 0679-2005-PA/TC, FJ 28, y; Exp. n.º 2730-2006-Pa/TC, FJ 9-11.

33 Cfr. Tribunal Constitucional. Exp. n.º 1417-2005-AA/TC. FJ 33-35.

b. MATERIA INDISPENSABLE

Aceptar el recurso de agravio constitucional cuando hay una materia de especial trascendencia constitucional, esto es, cuando contenga una materia “indispensable” para un pronunciamiento del TC, nos plantea el interrogante de qué, por qué y cuándo resulta “indispensable” un agravio para ser considerado de especial trascendencia constitucional.

Para intentar dar una respuesta a estos interrogantes sobre cuándo un RAC resulta indispensable, se puede apelar a la doctrina constitucional pluralista de lo necesario, la realidad y de lo posible, propio del racionalismo crítico³⁴. Así, la necesidad del RAC surge como producto de una demanda judicial no satisfecha en la realidad; por ejemplo, cuando la violación de un derecho fundamental no encuentre satisfacción en las instancias judiciales previas.

Así, se podría señalar que un RAC resultaría indispensable cuando la pretensión que postula un demandante pretende superar un agravio real o de certeza inminente al contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental, que incluso podría ser producto de un estado de cosas inconstitucionales, pero que no ha recibido tutela en las instancias administrativas o judiciales previas. Entonces, se haría posible la admisión del RAC cuando se haga necesario en un sentido fuerte que el TC se pronuncie sobre la declaración de inconstitucional o expulsión del acto lesivo cierto que motiva la petición de un proceso constitucional de la libertad.

Es cierto que a partir de la teoría de la realidad, las necesidades y las posibilidades aplicadas al Derecho procesal constitucional podría señalarse que una vez satisfecha la demanda de tutela de un derecho fundamental los interesados no siempre quedan plenamente satisfechos, debido a que la tutela de la justicia constitucional está prevista para el contenido esencial constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y no alcanza necesariamente a su contenido no esencial y menos adicional que tiene las vías ordinarias para su tutela.

Pero, con base en las necesidades, posibilidades y urgencia de revisar una resolución judicial ordinaria, corresponderá al TC saber o estimar o no la admisibilidad del RAC también en función del paso del tiempo sobre los derechos fundamentales y, sobre todo, en razón de la persona vulnerada en sus derechos fundamentales. Porque lo que ayer pudo no ser un agravio constitucional, hoy o mañana puede que lo consti-

34 HÄBERLE, PETER. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitesdenken”. En *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, pp. 1-43. El pensamiento de lo posible, es entendido también como un pensamiento pluralista de las alternativas (*pluralistisches Alternativendenken*); el pensamiento de la necesidad es propio de la concepción instrumental –procesal– del Derecho, entendido como un medio para alcanzar un fin (*Notwendigkeitsdenken*), y el pensamiento de la realidad es característico de un pensamiento constitucional de las instituciones u orientado a la concretización de una situación existente (*Wirklichkeitsdenken*).

tuya; como, también, lo que ayer fue un agravio a un derecho fundamental, mañana puede no serlo³⁵, en función de lo cual todo Tribunal debería tener una mirada en el horizonte temporal y otra en la voluntad popular, según la Constitución³⁶.

Asimismo, si bien todos somos iguales ante la ley, el artículo 2 inciso 2 y el artículo 103 de la Constitución proscriben la discriminación, no la diferenciación entre las personas; sobre todo, si el Derecho Procesal Constitucional –a diferencia del Derecho Procesal Civil– está orientado a la tutela de la víctima de una violación de su derecho fundamental. Más aún, en sociedades aún discriminadoras e inequitativas, donde existen grupos vulnerables históricamente por los patrones sociales tradicionales que son contrarios a los valores del pluralismo, la tolerancia y la inclusión propios de un Estado Constitucional y democrático³⁷.

Así, cabe una protección especial a la población indígena, las mujeres, los niños y adolescentes, los mayores de la tercera edad, los discapacitados y a las personas con una opción sexual diferente a quienes se les discrimina y estigmatiza usualmente en el trato, sino también en las normas. De allí que un Derecho Procesal Constitucional tributario del Derecho Constitucional debe considerar no solo la admisión de un RAC en función de la materia –*ratione materiae*– de un derecho fundamental, sino que también debe ser valorada la condición de la persona –*ratione personae*–, en la medida en que los artículos 2 inciso 2, 4, 5 y 7 de la Constitución les otorga una especial protección.

C. URGENCIA

La urgencia de la tutela de un derecho fundamental como otra de las causales de configuración de la especial trascendencia constitucional. En principio, no es un concepto estrictamente temporal sino legal; por eso, se encuentra vinculado directamente a uno de los dos factores antes mencionado:

Uno material, debido a que la naturaleza del agravio, es decir, la afectación al contenido esencial del derecho fundamental protegido directamente por el poder constituyente, constituye una falta grave –real o inminente– que hace posible su tutela inmediata –necesaria–, a diferencia de un agravio de un derecho de naturaleza legal, que, además, por la complejidad del derecho amparado en una norma infraconstitucional, requiere de una estación probatoria para acreditar el derecho reclamado.

35 AHARON, BARAK. *The Judge in a Democracy*. USA: Princeton University Press, 2006, pp. 299–300.

36 “Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”; asimismo: “Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo...”.

37 LANDA, CÉSAR. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores. 2007, 3a edición, pp. 512–517.

Otro personal, cuando la afectación producida del contenido esencial de un derecho fundamental protegido directamente por la Constitución se produzca contra personas pertenecientes a los grupos vulnerables históricamente, reconocidos en la Constitución directa e indirectamente, configura la urgencia de la procedencia del RAC y la necesidad de su admisión para resolver el agravio del derecho fundamental en sede del Tribunal Constitucional.

Lo cual no debe llevar a concluir que se excluirían a otras personas naturales o jurídicas, sino que estas categorías vulnerables constituyen un *plus*, no un *prius*, para la admisibilidad del RAC. Esto es, que procesalmente hay dos consecuencias: Una primera, que en caso de duda sobre la admisibilidad de su recurso de agravio constitucional opere la presunción *favor procesum*³⁸.

Otra segunda, que el escrutinio del TC para su admisibilidad debe ser estricto, debido a que constituyen una categoría sospechosa de discriminación; con lo cual la carga probatoria del rechazo de su RAC debería recaer en el TC, mediante una debida motivación basada en la congruencia procesal, con un razonamiento fundado en derecho, reflejo de una interpretación normativa, razonada internamente y justificada externamente³⁹.

6. CONCLUSIONES

Las causales de la sentencia denegatoria interlocutoria establecidas como precedente en el caso Vásquez Ramos responden a la necesidad de enfrentar una carga procesal alarmante y brindar una tutela oportuna, antes que buscar tutelar el contenido esencial del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, en particular de los grupos vulnerables.

El precedente Vásquez estuvo precedido de otros que establecían también requisitos para declarar precedente un recurso de agravio constitucional; sin embargo, ha agregado causales sin un desarrollo necesario o suficiente para rechazar sin más trámite estas demandas. Resulta necesario que el TC se pronuncie sobre estos nuevos supuestos para precisar los conceptos abiertos que los componen.

Especialmente, en el caso de la trascendencia constitucional, concepto abstracto, extraído de la experiencia española que ha presentado algunos cuestionamientos en este país. El Tribunal Constitucional tiene la importante tarea de evitar que este intento por lograr una mejor tutela de los derechos fundamentales se torne

38 “Artículo III. Principios procesales (...).

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

39 AARNIO AULIS. *The rational as reasonable, a treatise on legal justification*. Netherlands: Riedel Publishing Co., 1987, pp. 5 ss.; asimismo, TARUFFO, MICHELE. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 345-360.

contraproducente por una falta de certeza jurídica y en consecuencia falta de motivación de sus Autos, configurando un supuesto para demandar la interdicción de la arbitrariedad.

En concreto, si a finales de 2013 existían 6.659 expedientes acumulados pendientes de resolución, a la fecha existen 9.559 expedientes acumulados en el TC. Lo que pone en evidencia en principio dos cosas. Una, el incremento exponencial de las causas del último año es una tendencia que pone en evidencia la confianza de los justiciables en la nueva composición del TC, y otra, que a pesar del nuevo precedente vinculante el TC al no haber definido el contenido de la “especial trascendencia constitucional”, los justiciables impugnan los rechazos permanentes a sus RAC, generando una espiral de causas pendientes.

Con lo cual, el propósito cuantitativo del Tribunal Constitucional de satisfacer la tutela urgente de los derechos fundamentales se ha tornado un drama, como en la mitología griega. Así, como en el mito de Sísifo, el Tribunal Constitucional, por su extraordinaria rapidez, está condenado a perder de vista su horizonte jurisprudencial y, en consecuencia, a empujar perpetuamente una montaña de expedientes primero arriba hasta la cima, solo para que los vuelva a bajar al juez *a quo*, para inmediatamente recoger y empujar otra montaña mayor de expedientes nuevamente hasta la cumbre y así indefinidamente, si es que no precisa los alcances de la “especial trascendencia constitucional”.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, AULIS. *The rational as reasonable, a treatise on legal justification*. Netherlands: Riedel Publishing Co., 1987.

AHARON, BARAK. *The judge in a democracy*. USA: Princenton University Press, 2006.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman v. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

DONAYRE, CHRISTIAN. Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional. En *Justicia Constitucional*. Especial: *El precedente constitucional*. Año III, n.º 5. Lima: Palestra, 2007.

- GARCÍA MANRIQUE, RICARDO. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012.
- HÄBERLE, PETER. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitesdenken”. En *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980.
- HÄBERLE, PETER. *El Estado constitucional*. Lima: PUCP – UNAM, 2001.
- HESSE, KONRAD. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 20., neubearbeitete Auflage, 1995, pp. 125137; asimismo, LOTHAR, MICHAEL – MARTIN MORLOK. *Grundrechte*. Germany: Nomos, 2008.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. *Los precedentes constitucionales*. En *Justicia Constitucional. Especial: El precedente constitucional*. Año III, n.º 5. Lima: Palestra, 2007.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. “Corsi e ricorsi del certiorari constitucional”. El Debate en torno a los límites del Recurso de Agravio Constitucional. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*. Palestra: Lima, nov. 2014, Cuaderno 9.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. En *Justicia Constitucional. Especial: Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Año II, n.º 4. Lima: Palestra, 2006.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura, 2012
- Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores. 2007, 3º edición.
- LEÓN, JORGE. El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal. En *Justicia Constitucional. Especial: Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Año II, n.º 4. Lima: Palestra, 2006.
- MEMORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, año 2013. Disponible en: <http://tc.gob.pe/portal/institucional/memoria/memoria-2013.pdf>. Consulta del 20 de mayo de 2015.
- MENDOZA, MIJAIL. La autonomía procesal constitucional. En *Justicia Constitucional. Especial: Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Año II, n.º 4. Lima: Palestra, 2006.
- MONTOYA, VÍCTORHUGO; El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales. En *Justicia Constitucional. Especial: El precedente constitucional*. Año III, n.º 5. Lima: Palestra, 2007.
- RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA n.º 031-2006-P/TC.

STEINER, CHRISTIAN y URIBE, PATRICIA (eds). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. El Salvador: KAS, 2014.

TARUFFO, MICHELE. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 1417-2005-AA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 00005-2007-PI/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 00987-2014-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 04853-2004-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 07830-2013-AA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 2730-2006-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente n.º 2877-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º. 3173-2008-HC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º. 3908-2007-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º. 5854-2005-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente. N.º. 0679-2005-PA/TC.

URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN. “Seleccionar lo (menos) importante. Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas”. En MORALES ARROYO, JOSÉ MARÍA. *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*. Aranzadi: s/I, 2014.

CLAUDIO A. PINHO*

*La democracia constitucional
y Estado de Derecho*

SUMARIO

- I. Introducción. II. Estado de Derecho y Democracia III. Límites y distorsiones.
IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El período de tiempo que comprende una generación equivale a aproximadamente treinta años. Ello nos permite decir que un siglo abarca algo en torno a tres generaciones. Con el paso del tiempo, los institutos jurídicos se perfeccionan, como también las cosas de la vida, de la tecnología, cultura y relaciones interpersonales. Asimismo sucede con los institutos de Derecho internacional: nociones de Estado, soberanía y territorio han sufrido sensibles modificaciones. Basta observar el concepto de Estado de la primera mitad del siglo XX, para identificar que tendríamos dificultad en captarlo en toda su plenitud en los bloques de países tales como el Mercosur o la Comunidad Económica Europea¹. De la misma manera, bajo la óptica del Derecho internacional, sería inconcebible la existencia de una Organización Mundial del Comercio frente al concepto de Estado en el siglo XIX.

La visión de sentido común nos puede dejar la falsa percepción de que nada más es necesario decir sobre el Estado de Derecho² y sobre la Democracia. O peor que discutir sobre estos temas sería revolver algo que ya se sabe, tan solo hablar más sobre lo mismo. Nada más falso, puesto que la interpretación y análisis de institutos jurídicos siempre se deben hacer en conjunto con el momento histórico que se vive. La evolución de los institutos de Derecho internacional sigue su curso independientemente del proceso histórico de democratización; sin embargo, úni-

* Abogado. Profesor. Máster en Derecho Económico por la Universidad Federal de Minas Gerais. Presidente de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2006-2008, 2008-2009). Miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil (2002-2004, 2004-2006, 2007-2009). Miembro de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2000-2002, 2002-2004, 2010-2011). Miembro del *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional* (2001-). Miembro del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (2009). Miembro de la Comisión Permanente de Derecho Constitucional del Instituto de Abogados Brasileños (2000-2002, 2002-2004, 2010-2011). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (2001-). Miembro del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados (2009).

1 La independencia para la adopción de la moneda era una de las características de Estado soberano. A partir del momento en que se adopta una moneda común, hay un acuerdo tácito de pérdida de autonomía, pues la conducción de la política monetaria pasa a ser dirigida por el conjunto de los países.

2 DUGUIT afirma que “si se considera el Estado como una persona, como un sujeto de derecho, tiene que admitirse necesariamente que cae bajo el imperio del derecho, y que no solamente es titular de derechos subjetivos, sino que está ligado por el derecho objetivo, por la regla de derecho; en una palabra, que el Estado es, según la expresión alemana, un Estado de Derecho, un Rechtsstaat”. DUGUIT, LEÓN. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 27.

camente inserto en el proceso histórico se podrá entender toda su dimensión. En cuanto al momento histórico en el que vivimos hoy, nítidamente se vislumbra un proceso cíclico, donde algunos países consolidan sus instituciones democráticas y del Estado de Derecho y otras, infelizmente, marcan el paso o retroceden en algún punto. En este sentido, el Derecho internacional, el Derecho constitucional, los derechos humanos y la teoría de los derechos fundamentales caminan dentro de una autonomía interpretativa, comprensible en momentos de paz, pero que no se puede examinar de manera compartimentada, sin el condimento histórico, so pena de no identificar las distorsiones que puedan ocurrir eventualmente. Esta preocupación se ha materializado en la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos, de 2001^[3]. Esta también ha sido la preocupación de la Federación Interamericana de Abogados, organismo consultivo de la OEA, cuando en su reunión de Consejo, en noviembre de 2010, en Costa Rica, se discutió y constató la necesidad urgente de que se elaboraran nuevos estudios sobre el Estado de Derecho bajo la perspectiva actual, frente a los actuales ataques que pueden ser sutil u ostensiblemente perpetrados contra este.

El objetivo de este ensayo es identificar los institutos del Estado de Derecho y de la Democracia, para que podamos delimitar no solo los casos en que ellos están presentes, sino, principalmente, los casos de ausencia, ruptura o falla de continuidad, que necesiten la atención de la comunidad internacional⁴.

II. ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

El Estado de Derecho, en una primera perspectiva histórica, es la contraposición al Estado absolutista, materializado en una Constitución. Según dice Valadés, “el Estado de Derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder”⁵. El primer elemento es, entonces, la existencia de una Constitución⁶ y, tratándose

3 La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la reunión de la OEA del 11 de setiembre de 2001, el mismo día en que los Estados Unidos de América, donde está la sede de la OEA, sufrió el peor de los atentados terroristas en suelo americano.

4 Este también ha sido uno de los objetivos de Brasil al elaborar la Carta Democrática Interamericana, al destacar la necesidad de “*defender los criterios de gradualismo en la identificación de situaciones de inestabilidad de los regímenes democráticos, hasta la ruptura, y de flexibilidad que contemplase y favoreciese la negociación y las gestiones diplomáticas durante todo el proceso*”, en *Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones*. OAS Official Records, Washington, 2001, p. 257.

5 VALADÉS, DIEGO. *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 7-8.

6 CANOTILHO dice que “el Estado de derecho es un Estado constitucional. Presupone la existencia de una constitución que sirva – valiendo e vigorando – de orden jurídico-normativo fundamental vinculativa de todos los poderes públicos. La constitución confiere al orden estatal y a los actos de los poderes públicos medida y

de vislumbrar el tema con la mirada sobre el Hemisferio Americano⁷, estamos hablando de Constitución escrita⁸. Entramos así en la importancia del derecho constitucional para la correcta comprensión del Estado de Derecho. Sin embargo, no basta que la Constitución de determinado Estado esté vigente, se requiere que haya una *legitimidad⁹ constitucional¹⁰*, o sea, tanto el origen de la Constitución de determinado país como su texto deben reflejar las aspiraciones de su población¹¹.

Como segundo elemento del Estado de Derecho, indisociable del primero, tenemos la existencia del límite de la ley o *rule of law*¹². Este principio se puede materializar en tres reglas: (a) la existencia del proceso legal para pérdida de bienes, derechos y libertad; (b) la universalidad de la aplicación de la Justicia¹³ y (c) la sujeción de los actos de poder a las decisiones de los jueces¹⁴. Canotilho trata esta materia cuando se refiere al principio de la seguridad jurídica, afirmando que

forma”. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. 3^a. Ed., Coimbra, 1999, p. 241.

- 7 La segunda parte del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana dice: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.
- 8 AFONSO ARINOS dice que “la doctrina constitucional, principalmente después de Bryce, solía equiparar el concepto de Constitución escrita al de Constitución rígida, entendida como tal la ley constitucional cuya modificación fuera deliberadamente dificultada... Hoy se acepta con reservas la distinción propuesta por BRYCE. En primer lugar, los juristas han observado que el carácter escrito de las Constituciones no limita al texto en ella contenido toda la materia constitucional”. FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. vol.1 - Teoria Geral. Forense. Rio de Janeiro, 1958, pp. 54-55.
- 9 PAULO LOPO SARAIVA concluye que “Derecho sin legitimidad es arbitrio disfrazado”. SARAIVA, PAULO LOPO. A Constituição da Casa-Grande e da Senzala (O Direito Consuetudinário Brasileiro) in *Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo, 2008, p. 374.
- 10 MÜLLER afirma que “en el diploma fundador de una democracia constituida en Estado de Derecho como el de la Ley Fundamental, el discurso sobre el poder constituyente es legítimo cuando no aparece o es tratado como texto ideológico, sino como parte del ‘derecho vigente’, o sea, como parte del conjunto así caracterizado de textos de normas, como texto (individual) de norma”. MÜLLER, FRIEDRICH. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Traducción de Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Editora *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004, p. 19.
- 11 Sobre las modificaciones constitucionales recientes en Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia, ver BELAÜNDE, DOMINGO GARCÍA. Poder constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades in *Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo: 2008, pp. 57-61.
- 12 VALADÉS complementa diciendo que “la convicción generalizada de la legitimidad de los representantes está en el origen del acatamiento colectivo y voluntario a la autoridad. Se sabe que, cuando la autoridad se excede, existen los medios adecuados para corregir el yerro, pero que en términos generales hay una garantía de efectividad y objetividad en La acción de los órganos del poder. Esto permite, incluso, resolver uno de los problemas más serios con que se enfrenta el Estado: el de los límites de La ley”, ob.cit. p. 47.
- 13 El término “Justicia” que se emplea es el de Justicia como *valor* y no como Poder Judicial, como plantea PAULO LOPO SARAIVA en su “Teoría Tetradimensional do Directo” – SARAIVA, PAULO LOPO. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade*. Edicamp. Campinas, 2002, pp. 221 –, teoría esta reverenciada por PAULO BONAVIDES cuando dice que “sin justicia, no hay democracia ni libertad. Tampoco hay jurisdicción constitucional, ni Estado de Derecho”. BONAVIDES, PAULO. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 375.
- 14 VALADÉS, DIEGO, ob. cit., p. 10.

“las refracciones más importantes del principio de la seguridad jurídica son las siguientes: (1) con respecto a actos normativos: prohibición de normas retroactivas restrictivas de derechos o intereses jurídicamente protegidos; (2) con respecto a actos jurisdiccionales: inalterabilidad de la cosa juzgada; (3) con respecto a actos de administración: lo había hecho en otros expedientes de los casos juzgados a través de actos administrativos constitutivos de derechos”¹⁵. La democracia, como cualitativo del Estado de Derecho, adiciona como característica esencial el pluralismo partidario¹⁶, con elecciones periódicas, libres y con sufragio universal y secreto¹⁷ y la participación de minorías en el ejercicio del poder. José Afonso da Silva destaca que “Democracia es concepto histórico. No siendo por sí un valor-fin, sino medio e instrumento de realización de valores esenciales de convivencia humana que se traducen básicamente en los derechos fundamentales del hombre”¹⁸. En este punto, ya podemos identificar la Carta Democrática Interamericana, elaborada por la Organización de los Estados Americanos, en el año 2001, como fruto del momento histórico del comienzo de este Siglo. Su artículo 1 prescribe que “los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Surge entonces la necesidad de examinar si es posible disociar el concepto de Estado de Derecho del concepto de Democracia o de Estado Democrático de Derecho. Para esta distinción debemos ingresar en la óptica constitucional de la teoría de los derechos fundamentales como materialización, a nivel constitucional, de los derechos humanos¹⁹. Los estudios sobre los derechos fundamentales, según Bonavides, han granjeado especial atención por la importancia que asumen en el estudio

15 CANOTILHO, ob. cit., p. 252.

16 En las palabras de VALADÉS, “las características del constitucionalismo democrático han consistido en el reconocimiento de los partidos políticos; en la garantía de procesos electorales libres e imparciales; en la descentralización del poder, incluyendo las formas del Estado federal y regional; en el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; en la adopción de formas de democracia semidirecta, a veces incluso en perjuicio de los sistemas representativos, como el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular y, aunque mucho más raro, en la revocación de los representantes”, ob. cit., p. 21.

17 El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana dice: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

18 SILVA, JOSÉ AFONSO. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros. 1ª. ed. 2º tiragem. São Paulo, 2002, p. 43.

19 El artículo 7 de la Carta Democrática Interamericana dice: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.

de la hermenéutica constitucional²⁰. Los derechos fundamentales se dividen en generaciones, que demuestran un sistema progresivo, de manera que solo se puede llegar a una generación si la anterior ha sido vivenciada. Su identificación, no solo en el texto, sino también en la práctica constitucional de cada país, nos da la medida segura de la evolución de este mismo país. Ellos siguen los idearios de la revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad. Los derechos fundamentales de primera generación son los derechos que materializan la libertad de asociación (para fines pacíficos), libertad de religión y culto, libertad de manifestación de pensamiento. Bonavides recuerda que los derechos fundamentales de segunda generación han dominado el siglo XX, así como los derechos de primera generación afloraron en el siglo XIX²¹. Los derechos fundamentales de segunda generación reflejan el derecho de igualdad y son “los derechos sociales, culturales y económicos así como los derechos colectivos o de colectividades, introducidos en el constitucionalismo en las diferentes formas del Estado social”²². Los derechos fundamentales de tercera generación, asociados al ideario de fraternidad de la Revolución Francesa, se cristalizaron hacia el final del siglo XX. Son, según Bonavides, “dotados de altísimo tenor de humanismo e universalidad”²³. Son ellos el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho a la comunicación²⁴. Los derechos fundamentales de cuarta generación son el derecho a la democracia, el derecho a la información²⁵ y el derecho al pluralismo. Bonavides nos aclara que “la democracia positivada como derecho de cuarta generación ha de ser, por necesidad, una democracia directa”²⁶. Derivado de la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones, vemos que no basta que ellos estén expresados en el texto constitucional; es necesario que existan garantías que aseguren tales derechos y que de hecho haya un ejercicio pleno de las garantías²⁷, o sea, debe haber una búsqueda material del ejercicio de los derechos fundamentales y no apenas que él esté formalmente descrito en la constitución, y ello

20 BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 18ª. ed. São Paulo, 2006, p. 608.

21 BONAVIDES, ob. cit., p. 564.

22 BONAVIDES, ob. cit., p. 564.

23 BONAVIDES, ob. cit., p. 569.

24 La primera parte del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana dice: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

25 Se puede observar que en las insurrecciones revolucionarias y populares actuales, el primer intento de los gobiernos es tratar de filtrar o impedir la divulgación de imágenes y hechos contra el régimen vigente en Internet, o su difusión a la comunidad internacional.

26 BONAVIDES, ob. cit., p. 571.

27 JOSÉ AFONSO DA SILVA dice sobre la Constitución que “no basta ser democrática cuanto a la forma de su elaboración; se quiere que lo sea también cuanto a su contenido, o sea, que además de los derechos tradicionales del Hombre (libertades e igualdades formales), consagre, en su texto, las garantías de eficacia de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural”, ob. cit., p. 43.

porque los derechos fundamentales no se interpretan, se concretizan²⁸. Canotilho afirma que la garantía de los derechos fundamentales “es el reducto antropológico del Estado de Derecho”²⁹. A pesar de no haber sido expresamente movida por esta teoría, la Carta Democrática Interamericana consolida todas las directrices de los derechos fundamentales, trazando un rumbo seguro hacia el Estado de Derecho y la Democracia en el siglo XXI.

Para que la democracia esté presente, es importante también que se observe el principio de la tolerancia que consiste en la aceptación de las diferencias, sean estas de índole étnica, religiosa, de opinión o de orientación política³⁰. Según Valadés, en el sistema democrático, el principio de la tolerancia es su mayor virtud y también su vulnerabilidad. Y casi vaticinando la realidad actual, el profesor mexicano dice que “las dictaduras se derriban cuando los excesos de la intolerancia no dejan otra salida que la violencia; en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión”³¹. En las Américas hay una identidad entre el Estado de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, puesto que no podemos concebir un Estado de Derecho que no sea Democrático en el actual momento histórico, siendo este el corolario de la Carta Democrática Interamericana.

III. LÍMITES Y DISTORSIONES

Establecido el núcleo que nos permite identificar los elementos del Estado de Derecho y de la Democracia, debemos observar donde están los límites y distorsiones. Las rupturas ocurren o con reformas constitucionales, desde la simple enmienda constitucional hasta la creación de una nueva Constitución, o en el campo de la discrecionalidad y del ejercicio de determinado acto legal. Iniciaremos nuestro análisis abordando la cuestión de los límites de los actos de la democracia participativa. El artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana dice que “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”. Los principales institutos que pueden estar en mayor o menor grado insertados en determinado texto constitucional son el plebiscito, el

28 BONAVIDES, ob. cit., p. 572.

29 CANOTILHO, ob. cit., p. 245.

30 El artículo 9 da Carta Democrática Americana dice: “La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y La participación ciudadana”.

31 VALADÉS, ob. cit., 36.

referéndum y la revocación también denominada *recall*³². El referéndum popular según José Afonso da Silva, “se caracteriza por el hecho de que proyectos de ley o propuestas de enmiendas constitucionales aprobados por el Legislativo deban ser sometidos a votación popular, atendidas ciertas exigencias, tales como la solicitud de cierto número de electores, de cierto número de parlamentares o del propio Poder Ejecutivo, de modo que el proyecto o propuesta se considerará aprobado siempre que cuente con la aprobación popular, de lo contrario, se reputará rechazado”³³. El plebiscito según Canotilho “es, en su expresión más neutra, el pronunciamiento popular incidente sobre elecciones o decisiones políticas, como por ejemplo, la confianza en un jefe político, la opción por una u otra forma de gobierno. Cuando el pronunciamiento popular incide sobre un texto normativo (una ley, una Constitución) el plebiscito se aproxima al referéndum”³⁴. El *recall*, a su vez, es la revocación o ratificación de un mandato parlamentario o confirmación en el cargo de cualquier persona que detenta un cargo electivo. El objetivo es someter al electorado a nueva reapreciación. Empecemos por este último.

En el *recall*, una cuestión doctrinaria importante es saber si se trata de un acto positivo (confirmación) o negativo (revocación)³⁵. Pues ello influenciará la pregunta que será formulada al electorado. Otro problema importante en el instituto del *recall* es que cuando se somete determinada persona pública a una nueva votación de ratificación o revocación —siendo voto universal y secreto— en la práctica no se la somete solamente a los electores que eligieron a la persona, objeto del *recall*, sino a todo el electorado, colocando inclusive a los electores que no votaron originariamente por dicha persona o los que antipatizan con ella, y hay una desproporción entre el momento político electoral que la ha hecho ascender a la función pública, donde existían dos o más candidatos, y el momento del *recall*, donde solamente una persona es el foco de la votación. Para nuestro estudio, considerando las cuestiones que el observador debe tener en mente, la institución del *recall* debe obedecer las reglas del derecho positivo para que el elemento primario de la democracia participativa no sea el primer elemento a usurpar el Estado de Derecho y en suma, la propia Democracia. Ya no importa que el hecho gravoso que coloca bajo sospecha el mandato de la persona foco del *recall* haya sido debidamente averiguado y que se hayan agotado las oportunidades de amplia defensa. El *recall* no es un instrumento

32 Otros institutos de la democracia participativa como las leyes y enmiendas constitucionales de iniciativa popular y también el veto de iniciativa popular no serán abordados, pues el objetivo de este trabajo es identificar los casos donde la ruptura del Estado de Derecho ocurre, siendo estos más frecuentes en los institutos del plebiscito, referendo y en el *recall*.

33 SILVA, ob. cit., p. 51.

34 CANOTILHO, ob. cit., 289.

35 JOSÉ AFONSO DA SILVA trata como votación para confirmar, siendo, por tanto, un acto positivo, ob. cit., p. 51.

de execración pública o de respuesta a la especulación mediática, so pena de que estemos, aquí también, excediendo peligrosamente los límites del Estado de Derecho.

Con relación al plebiscito y al referéndum, la cuestión crucial del Estado de Derecho dice respecto al contenido material del propio acto u opción que se quiere validar con la participación popular. No puede ser este un acto que revoca o afronta derechos fundamentales, que restringe libertades públicas ni al menos ser un acto que reduzca o sofoque la tolerancia democrática con cualesquiera minorías, sea de naturaleza étnica, religiosa o de ideología política. En este sentido, los límites de la aplicación de los institutos de la Democracia participativa son justamente los principios del propio Estado de Derecho, de la Democracia y de los derechos fundamentales, so pena de privilegiarse a la dictadura de la mayoría.

Otra cuestión mucho más delicada y de difícil identificación, en cuanto a su aporte para la ruptura del Estado de Derecho y de la Democracia, son las hipótesis de ejercicio del poder discrecional por el agente público o de la no aplicación del Derecho. Quien diserta sobre la materia con profundidad, tratando con claridad esta incómoda cuestión es Diego Valadés. Él dice que “el Estado de Derecho consiste en la adecuación de los actos del poder a la letra de la ley. Sin embargo, la propia ley prevé la posibilidad de casos extremos, fuera de su regulación expresa. No se trata de una contradicción, supuesto que se admite la posibilidad de que se presenten situaciones tendrán que encontrarse en los principios del derecho”. No son raros temas de esta índole donde, algunas veces, el Derecho interno no es aplicado en pro de la protección de un bien mayor, o incluso que se otorgan privilegios más allá de los límites legales en situaciones extremas. Un buen ejemplo son los aparatos de seguridad que se montan para que se pueda desarrollar un proceso judicial contra un narcotraficante de peso o un terrorista internacional, muy arriba del regular proceso contra el delincuente común y a veces fuera del límite del Derecho positivo. Las situaciones de distorsiones y rupturas existen. No obstante, el análisis siempre se debe realizar frente al caso concreto o la situación particular, para poder constatar si aquella no aplicación de la ley menosprecia o ayuda a preservar el Estado de Derecho y la democracia.

IV. CONCLUSIÓN

La línea que descaracteriza el Estado de Derecho o la democracia no siempre es plenamente visible y plenamente identificable como buscamos demostrar. Aun así, vemos, con los más plausibles motivos, tentativas, conscientes o no, de fracturar o debilitar, ya sea la democracia, ya sea el Estado de Derecho. El papel del jurista y del observador internacional es alertar cuando ello tiende a suceder. Estas fracturas empiezan con un proceso legiferante distorsionado o con una situación de clamor popular que dan marco a la modificación legislativa, pueden objetivar sustraerle

independencia al Poder Judicial o transformarlo en un poder inoperante, de manera que el control de la ley, del legislativo y del ejecutivo no ocurra. En el caso de las Américas, la Organización de los Estados Americanos es el foro competente al que se deben encaminar los pleitos de esta índole, sea por el propio Estado miembro³⁶, sea por el Secretario General, con el consentimiento del Estado afectado³⁷, o sea por la alteración del orden constitucional a pedido de cualquier Estado miembro³⁸. Hemos procurado aportar elementos que permitan identificar, con cierto grado de objetividad, las situaciones donde la participación de la comunidad internacional se hace necesaria, haciendo que el fortalecimiento de las instituciones del Estado de Derecho y de la Democracia constituya la línea de frente de la evolución de los derechos y, por consiguiente, de la Humanidad, en el siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- BELAÚNDE, DOMINGO GARCÍA. Poder constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades in *Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo: 2008.
- BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 18ª. ed. São Paulo: 2006.
- BONAVIDES, PAULO. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros. São Paulo: 2001.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. 3ª. Ed. Coimbra: 1999.
- Carta Democrática Interamericana. Documentos e Interpretaciones*. OAS Official Records. Washington: 2001.

36 Artículo 17 de la Carta Democrática Interamericana: “Cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, podrá recurrir al Secretario General o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática”.

37 Artículo 18 de la Carta Democrática Interamericana: “Cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder, el Secretario General o el Consejo Permanente podrá, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. El Secretario General elevará un informe al Consejo Permanente, y este realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento”.

38 Artículo 20 da Carta Democrática Interamericana: “En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente”.

DUGUIT, LEÓN. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Comares. Granada: 2005.

FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I - Teoria Geral. Forense. Rio de Janeiro: 1958.

MÜLLER, FRIEDRICH. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. Tradução de Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004.

SARAIVA, PAULO LOPO. A Constituição da Casa-Grande e da Senzala (O Direito Consuetudinário Brasileiro) in *Caderno de Soluções Constitucionais*, V. 3. São Paulo: 2008.

SARAIVA, PAULO LOPO. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade*. Edicamp. Campinas: 2002.

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros. 1ª. ed. 2ª. tirada. São Paulo: 2002.

VALADÉS, DIEGO. *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2002.

CAPÍTULO VI

FUNCIONES PÚBLICAS Y NUEVAS RELACIONES
ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL, EL DERECHO INTERNO
Y LOS ESCENARIOS JURÍDICOS GLOBALES

HUMBERTO A. SIERRA PORTO*

*La construcción compartida
del control de convencionalidad*

El tema que pretendo desarrollar dentro de la temática planteada para esta mesa, relativo a la nueva relación entre el Derecho constitucional, el Derecho internacional y los escenarios jurídicos globales, es el del control de convencionalidad como paradigma que permite comprender el proceso de incorporación del Derecho internacional al Derecho interno en nuestros países. El control de convencionalidad y, en general, las técnicas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre cómo se utilizan las fuentes del sistema interamericano en el ordenamiento interno para que los operadores jurídicos resuelvan casos concretos se está convirtiendo en el paradigma de la incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno en las distintas áreas del ordenamiento. Alrededor de esa idea quiero destacar una serie de aspectos que sirven para delimitar la pretensión que tengo con mi intervención.

En primer lugar, quiero hacer una mención detallada o por lo menos lo más precisa posible, sobre las características del constitucionalismo latinoamericano, las peculiaridades de la forma como funciona nuestro constitucionalismo, que dependen en buena parte de las realidades sociales sobre la cual opera y que también determinan las peculiaridades del alcance del control de convencionalidad, del trabajo de la Corte IDH e, igualmente, del que se adelanta desde cada uno de los Estados. A partir de allí, explicaré en qué consiste y cuáles son los efectos jurídicos del control de convencionalidad.

En segundo lugar, también me parece muy importante mostrar cómo el proceso de globalización conlleva un necesario proceso de incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno, en las distintas áreas. En este contexto, la metodología del control de convencionalidad es la que está entrenando las otras áreas del Derecho en nuestro Estado. Por otra parte y dentro de esta lógica, el control de convencionalidad exige para su construcción, y esta es la idea central que quiero destacarles, que la cultura jurídica interamericana (todos los que estamos aquí presentes) comprendan que el proceso de construcción del control de convencionalidad debe hacerse de manera conjunta por la Corte Interamericana, cada uno de los Estados y, particularmente, por quienes tienen las máximas responsabilidades en materia de tribunales y altas cortes en nuestros países. Dentro de ese proceso de construcción, sin duda alguna, también es necesario incorporar de una manera más decidida el trabajo de la academia. En otras palabras, el control de convencionalidad está en construcción: hay unos lineamientos del sistema interamericano, pero el principal aporte, necesario e indispensable, debe ser de los Estados, las autoridades nacionales, el legislador, así como de nuestros altos tribunales.

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; obtuvo título de maestría en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia y es doctor en Derecho Público, Ciencia Política y Filosofía por la Universidad Autónoma de Madrid. Fue Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia y en la actualidad se desempeña como Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para lograr mi objetivo, voy a mencionar brevemente algunas de las dificultades que genera el control de convencionalidad en el marco del diálogo entre la Corte Interamericana con los demás tribunales de nuestra región ya que creo que este es un buen punto de partida para abordar los temas que me interesa tratar. El orden que seguiré, entonces, se articulará en torno a tres grandes aspectos. En primer lugar, me referiré a los elementos característicos del constitucionalismo latinoamericano que modelan el alcance del control de constitucionalidad y que tienen un fuerte impacto en su configuración; así mismo, me ocuparé en general de los mecanismos de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo lugar, haré alusión a la lógica de este mecanismo, en qué consiste desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal la construcción conjunta del control de convencionalidad, pero, sobre todo, me centraré en qué significa que el control de convencionalidad tiene que ser objeto de una construcción conjunta. Concluiré con unas reflexiones finales a propósito del diálogo jurisprudencial.

El primer aspecto: un presupuesto básico que es derivado de la lógica es el que nos dice que el Derecho es siempre el resultado de la interacción entre los preceptos y disposiciones con la realidad en la cual opera. La manera en la cual se entiende el alcance de las figuras jurídicas sobre las que disertamos en un Congreso como este, coinciden en muchos aspectos esenciales, pero como todos lo sabemos, difieren en muchos aspectos de detalle, pero en ocasiones ni tan de detalle sino de gran entidad, y esto es determinado, en buena parte, por las realidades sociales y las realidades institucionales sobre las que opera el Derecho, todas ellas muy diferentes. Ello explica que un concepto aparentemente sencillo y pacífico, como por ejemplo ‘valor normativo de la constitución’, tenga alcances radicalmente distintos en cada uno de los países a pesar de que se utilicen las mismas variantes.

Control de constitucionalidad. ¿Qué es control difuso de constitucionalidad? desde una perspectiva general podemos llegar más o menos a un acuerdo, pero según la práctica y el cómo opera el control en cada uno de nuestros Estados, esta figura tiene una lógica absolutamente diferente. Más allá aún, el concepto de Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, para utilizar la terminología constitucional, ¿qué son derechos fundamentales? Si es un catálogo abierto, si es un catálogo cerrado. Utilizamos las palabras europeas y americanas y tenemos una idea totalmente diferente sobre el alcance, sobre la eficacia jurídica y sobre la concepción de qué son los derechos fundamentales desde la perspectiva, al menos, constitucional. Estas diferencias hacen que debemos tener mucho cuidado con la utilización del lenguaje, con su alcance y precisión a la hora de construir los conceptos, que en muchas ocasiones pueden llevarnos a prácticas que no son necesariamente las más funcionales para la eficacia del Sistema.

¿Cuáles son algunos de los aspectos de las realidades latinoamericanas que están teniendo un gran impacto en la manera de ser de nuestro Derecho constitucional y

que también van a tener un impacto en la manera de configuración del control de convencionalidad por parte de nuestros operadores jurídicos nacionales?

En primer lugar, un aspecto, aunque sé que siempre tenemos discusiones con nuestros colegas europeos sobre esto, es la profunda desigualdad social que existe en nuestros países, que además de ser una realidad dura y triste, es un importante factor de distorsión, de alteración de las categorías jurídicas tradicionales de nuestras instituciones de Derecho público. Así, por ejemplo, el concepto de derechos fundamentales en la mayor parte de nuestros países no se limita a un listado taxativo establecido en un capítulo de la Constitución, sino que implica una justiciabilidad constitucional mucho más amplia que supone una serie de criterios materiales para identificar cuándo, dentro de los distintos derechos constitucionales, estamos ante un derecho fundamental. Esto prueba que la profunda desigualdad tiene importantes consecuencias en las prácticas constitucionales y también, insisto, puede tener un impacto en el concepto de control de convencionalidad.

Otro tema importante relacionado con este punto es la relevancia de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que hoy en día, en América Latina es, quizá, el primer factor de legitimidad de la justicia constitucional. Sin ir más lejos y para no entrar en detalles de otros países, en el caso colombiano se habla de que la mayor cantidad de amparos tienen que ver con estos derechos; esto habla de la importancia de su protección en nuestro contexto.

Otro ejemplo importante es la marcada fuerza que tiene el principio de prevalencia del Derecho sustantivo o material sobre el Derecho formal o procesal y su intenso desarrollo en nuestra jurisprudencia; un asunto que en muchas ocasiones es de difícil comprensión para quienes vienen de entornos diferentes, pero que se explica en el contexto que rodea nuestros sistemas. Las numerosas excepciones al principio de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento o la tendencia en nuestra jurisprudencia constitucional de relativizar o de establecer, de acotar y limitar en la medida de lo posible, la naturaleza dispositiva de todos nuestros procesos de todo tipo –civiles, laborales, penales, etc.– para ampliar las competencias de los jueces con miras resolver a resolver los asuntos que llegan a sus despachos son prueba de esta tendencia.

En fin, estos aspectos tienen efectos y ejercen una gran presión también en la justicia Interamericana. Las discusiones que hoy en día se están dando en el sistema interamericano a propósito de la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales, son un excelente ejemplo de cómo este tipo de constitucionalismo también se intenta trasladar al nivel interamericano.

Una de las características clave, que siempre se relaciona con nuestra organización estatal, es el presidencialismo hiperdesarrollado que se expresa formalmente en una mayor cantidad de competencias del presidente, pero que materialmente, culturalmente, tiene unos alcances que solo desde esta perspectiva sociológica o

política pueden permitirnos comprender cómo realmente es el diseño normativo previsto en nuestras Constituciones. La lectura de las competencias formales solo puede ser entendida adecuadamente cuando uno entiende el arraigo y la preponderancia que tiene la figura presidencial en nuestro país. Nuestra América tiene un presidencialismo que genera unas paradojas o unas contradicciones, pues no obstante sus tendencias autoritarias, esta fuerte presencia, la figura del presidente, está acompañada de una burocracia, de un aparato administrativo reducido, que no es capaz de hacer efectivas las decisiones políticas. Presidencialismo fuerte y autoritario, pero debilidad en la ejecución de políticas públicas. En fin, un presidencialismo que genera distorsiones profundas en el diseño institucional.

Otro elemento importantísimo es el relativo a la mengua de la legitimidad que se produce en nuestro sistema de democracia representativa. En muchos de nuestros países, no en todos, y con muchas variantes de graduación, se están produciendo problemas que podrían ser calificados como una crisis de la democracia representativa, generada por prácticas que debilitan la credibilidad de nuestras corporaciones de elección popular lo que genera transformaciones en nuestra organización estatal y también en la manera de entender el Derecho y los alcances para interpretar el Derecho. Desde una perspectiva institucional, los problemas de mengua en la legitimidad democrática se presentan en el alcance del principio de la *non bis in idem*, ya que, en muchos Estados, existe una gran proliferación de órganos de control que son un elemento de legitimidad que compensan los problemas que se presentan en la democracia representativa. Por otra parte, figuras como la acción de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión, las sentencias intermedias, las sentencias sobre políticas públicas y el juicio de sustitución, también se encuentran en esa situación.

A eso le podemos agregar la manera particular de entender el Estado social de Derecho en nuestra región, cuestión a la que habría de sumar el fenómeno de la globalización que se ha mencionado en todas las conferencias que hemos tenido previamente. Lo dicho hasta ahora son algunas de las cuestiones que hacen parte de ese contexto particular que resulta necesario para entender la interacción entre de justicia constitucional y justicia Interamericana, también expresada en la composición del tribunal regional y que, al mismo tiempo, nos obliga a tener cuidado a la hora de utilizar ciertas herramientas que pueden resultar inapropiadas para nuestro contexto particular.

Por razones de tiempo, voy a saltarme una parte muy importante de mi intervención. Omitiré explicar en qué consiste el control de convencionalidad, su origen y aspectos centrales. Por el momento me interesa resaltar que el control de convencionalidad es un *nomen iuris* específico que se utiliza para hacer referencia a unas consecuencias jurídicas, a unas manifestaciones del valor normativo de la Convención Americana y que hacen relación al alcance jurídico, a la eficacia

de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cada uno de los países que hacen parte de la Convención. No vamos a reiterar aquí todas las reglas jurisprudenciales sobre este asunto.

La idea central del control de convencionalidad es destacar la importancia y la necesidad de utilizar las fuentes del Derecho internacional, y en particular las que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que están contenidos en la Convención Americana y en la jurisprudencia de la Corte. La idea es que los operadores jurídicos tengan distintas fuentes que les sirvan de ilustración para resolver casos concretos de derechos humanos, así, en virtud del principio *pro persona*, además de las fuentes nacionales, el operador nacional puede acudir también al Derecho internacional.

Esta idea general nos conduce esencialmente a distinguir cuáles han sido las ideas centrales de control de convencionalidad que se han construido desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Podríamos resumirlas esencialmente en tres grandes ideas: la primera, la obligación en los términos que acabo de señalar de usar las fuentes del Sistema Interamericano para resolver casos concretos. La obligación de utilizar, ahí empezamos la disección, ¿qué significa obligación de utilizar? Hay muchas alternativas, pero es necesario utilizarlas. Cuando hablamos de fuentes del Sistema Interamericano, hablamos de la Declaración de la OEA, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de la Pena de Muerte, el Protocolo de San Salvador de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, contra la Desaparición Forzada, la Comisión de Derechos de la Mujer, la Convención de Personas con Discapacidad y la Carta Democrática. Todas esas fuentes deben ser insumos que ayuden a una mejor solución para un caso concreto por parte de nuestros operadores jurídicos. A esto, a los tratados internacionales y normas convencionales, les sumamos las resoluciones, sentencias, opiniones consultivas y también la doctrina que produce la Comisión Interamericana en determinados supuestos. Entonces, es deber de los operadores jurídicos nacionales utilizar las fuentes del Derecho internacional para resolver casos de Derechos Humanos. La primera gran idea fue esa.

La segunda, la competencia: ¿a quién le corresponde a nivel interno utilizar este tipo de fuente? Se habla de que es una competencia *ex officio*, sin necesidad de que haya leyes de reforma constitucional, todos los funcionarios del Estado que deben resolver y que tengan competencia para resolver asuntos en materia de derechos humanos deben utilizar el sistema interamericano. ¿*Ex officio* por qué? Porque es recomendable siempre que puedan existir reformas constitucionales y legales que dependen de cada uno de los países, no es indispensable esta normativa para que se cumpla una especie de eficacia jurídica directa de las normas de la Convención que es lo que se plantea utilizando siempre las categorías del Derecho constitucional.

Y una tercera, que dice que esencialmente, y es de las más importantes porque es la que más dolor de cabeza genera en términos del diálogo jurisprudencial, el ejercicio del control de convencionalidad no puede nunca alterar el sistema de distribución de competencias internas para determinar la validez de las normas. ¿Quién determina la validez de un acto administrativo, de un reglamento, de una norma constitucional, de la norma legal? Eso está determinado por la Constitución de cada Estado y el control de convencionalidad no altera la distribución de competencias. Cada cual, dentro de sus competencias, utiliza la fuente del Derecho internacional y si no tiene competencia para inaplicar una ley no puede hacerlo argumentando que está haciéndolo basado en las normas de carácter convencional. Bien, y por supuesto esto es válido tanto para la *res iudicata* como para la interpretación.

Esto es lo que se ha establecido de una manera muy general en la jurisprudencia de la Corte en materia de control de convencionalidad. Pero existe otra parte del concepto de control de convencionalidad, que le corresponde a cada uno de los Estados que aceptan la competencia de la Corte IDH, que reconoce la vigencia de la Convención Americana. Para el cumplimiento de estos lineamientos generales establecidos en el sistema interamericano, cada uno debe participar en la construcción del concepto de control de convencionalidad, bien sea con la elaboración de normas de reforma, si consideran que es la manera más racional de utilizar el Derecho internacional, o mediante su jurisprudencia, estableciendo directrices o protocolos de incorporación del sistema interamericano en el Derecho interno.

Este punto ha sido destacado. ¿Cómo hacen los Estados para incorporar las fuentes del Derecho internacional para resolver casos concretos? Hay distintas alternativas y cada Estado, dentro de su sabiduría, dentro de su conocimiento, establece los mecanismos que sean más adecuados a su sistema. Se habla de bloque de constitucionalidad, también puede ser parte directamente de la Constitución, como sucede en el caso colombiano, o puede hacerse otra que es la regla de incorporación o por relacionamiento; dependiendo de las distintas fuentes del Derecho internacional, uno las relaciona con la fuente de Derecho interno.

Si es un tratado, por ejemplo, tiene rango de constitución o tiene rango de ley, si es *soft law* tendrá valor de doctrina o de reglamento. Se hace una relación entre Derecho internacional, la fuente del Derecho internacional, con la fuente del Derecho interno. Una metodología, entre otras, interpretación conforme, interpretación con criterio teleológico, cuando haya varias interpretaciones hermenéuticas, utilizaré aquella que sea más acorde con el Derecho internacional, interpretación sistemática o simplemente un relacionamiento por jerarquía o por competencia.

Todo esto significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana, en todos los Estados partes se ha generado un control que es dinámico, que es complementario de todas las obligaciones convencionales de los Estados para respetar y garantizar los derechos humanos de manera conjunta entre

autoridades internas y las instancias internacionales. Con esta descripción lo que quiero señalar es que el problema de soberanía no viene al caso. Es perfectamente compatible el discurso soberanista que es propio y que está impregnado fuertemente en todos nuestros tribunales de la región con la utilización de estas figuras.

Ahora, las dificultades. ¿Cómo ha sido el diálogo jurisprudencial? ¿Cómo está funcionando el control de convencionalidad en nuestros tribunales? Debemos decir que hay un problema profundo al respecto que, sin dudas, es más marcado en unos países que en otros, y tiene que ver con la forma como se incorpora y usa el Derecho internacional para solucionar casos concretos.

Cuando fui magistrado de la Corte Constitucional, llegó un caso en el que se analizaba una sentencia penal condenatoria que sancionaba a una persona por conductas que no se encontraban tipificadas. El fundamento en virtud del cual el juez procedió de esa manera se basó en los juicios de Núremberg y en la posibilidad de condenar a alguien a partir de ciertos principios generales y costumbres del Derecho internacional. Aunque la sentencia fue revocada, es un buen ejemplo para ilustrar los extremos a los cuales se puede llegar en la aplicación de Derecho internacional en el Derecho interno.

Tal y como se ha repetido a lo largo de este evento, si uno acepta la competencia de la Convención Americana tiene que aceptar la validez y la eficacia de la Convención. Con base en esto, varios tribunales han hecho interesantísimas intervenciones en las cuales concluyen que, si bien se acepta la Convención, no se acepta la jurisprudencia de la Corte. Pero, quizá, la mayor problemática que se ha presentado en los tribunales, en el sentido de afirmar que con la existencia del control de convencionalidad se están modificando los sistemas del control de constitucionalidad. A esto se ha respondido que, aunque en alguna doctrina se ha hablado de control difuso, esto no significa necesariamente que se tengan que imponer esta clase de controles. En muchas ocasiones, control difuso significa el que no hace la Corte Interamericana sino el que se da al interior de algunos países.

Un control de convencionalidad realizado únicamente con criterios de la Corte Interamericana y sin la participación activa de las autoridades nacionales, sin las directrices de seguridad jurídica que pueden generar las líneas jurisprudenciales, o las normas o directrices gubernamentales en materia legislativa, sin duda alguna puede producir serios problemas de seguridad jurídica. Se requiere que los altos tribunales ejerzan su postura frente a la interpretación de la Constitución y de la Ley a la luz del Sistema Interamericano. Solo de esa manera podemos evitar una comprensión desafortunada.

Esa coordinación entre el orden del Derecho internacional y el orden del Derecho interno es fundamental. Por ello, la Corte Interamericana tiene dentro de sus cometidos incentivar el llamado diálogo jurisprudencial, especialmente a través de los encuentros con los tribunales constitucionales de nuestros países, cada vez más

frecuentes, y cada vez más útiles a la hora de evitar las prevenciones que genera el desarrollo del control de convencionalidad.

Como conclusión, en primer lugar, se cree que las características del constitucionalismo iberoamericano hacen que en el ámbito del Derecho interamericano se deban dar respuestas particulares a las realidades sociales propias de nuestros Estados. El Derecho interamericano obedece a una realidad, por lo que hay que tener mucho cuidado a la hora trasladar de forma automática lo que se dice en el Derecho constitucional al sistema interamericano. Este es un debate muy profundo que se puede constatar en la última sentencia de la Corte y en los distintos votos que se han producido al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En segundo lugar, la construcción del control de convencionalidad y su aplicación debe ser compatible con la soberanía de cada uno de los Estados. Cualquier otro discurso es disociador y distrae la lógica de funcionamiento de la institución. El control de convencionalidad requiere un trabajo conjunto entre jurisprudencia de la Corte Interamericana y el trabajo de las altas cortes, sin dejar de lado el resto de autoridades de cada uno de nuestros países. En ese sentido, un foro académico como este debe centrar su atención en trabajar en ese componente interno de construcción del control de convencionalidad porque es una necesidad impuesta por la lógica de la globalización. Es a través de la aplicación de las fuentes del sistema interamericano en el Derecho interno donde, de una manera más transversal, se puede establecer una metodología común para relacionarnos con las nuevas realidades que suponen la utilización del Derecho internacional en casos concretos.

ARMIN VON BOGDANDY
CHRISTOPH GRABENWARTER
PETER M. HUBER*

*Sobre la transformación del Derecho constitucional en el
Derecho público europeo. El ejemplo de la red
institucionalizada de tribunales constitucionales*

SUMARIO

1. La nueva perspectiva del Derecho público europeo. 2. La red institucionalizada de tribunales constitucionales. 3. ¿Un “modelo europeo” de justicia constitucional? Fundamentos y límites de una figura conceptual. 4. Un fundamento más sólido para la comparación jurídica. 5. Conclusiones: la ciencia constitucionalista en el contexto del Derecho público europeo.

El presente trabajo pretende brindar una contribución, desde la perspectiva del Derecho comparado, al tema abordado por este XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Particularmente se inscribe en el complejo tema de las “funciones públicas y la nueva relación entre el Derecho constitucional, el Derecho internacional y los escenarios jurídicos-globales”. Este artículo no se refiere a las aproximaciones clásicas como monismo y dualismo, pluralismo, diálogo, internacionalización del Derecho constitucional o constitucionalización del Derecho internacional. Por el contrario, el enfoque se centra en la cuestión de cómo las nuevas relaciones entre jueces pueden afectar el diseño institucional del Estado democrático, sobre todo las redes de jueces nacionales con competencia de control constitucional.

La función pública de los jueces está cambiando, ya que las cortes en el contexto contemporáneo no son unifuncionales. Por ejemplo, bajo el manto de la interpretación del Derecho, las cortes nacionales e internacionales se han fortalecido en la calidad de actores cuya actividad puede ser calificada como ejercicio de autoridad pública, más allá de su rol tradicional como meros árbitros de disputas. Sus decisiones estabilizan y generan expectativas normativas; también controlan y legitiman la autoridad ejercida por otras instituciones. En la tarea de creación del Derecho, también cumplen una función más: la función de construir con su jurisprudencia, en consonancia con otras cortes, espacios jurídicos nuevos, espacios que protegen y desarrollan el Estado democrático. En este sentido, se analiza la red institucionalizada de tribunales constitucionales en Europa como ejemplo de la transformación del Derecho Constitucional en el Derecho público europeo.

* ARMIN VON BOGDANDI es director del Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg y profesor de Derecho público en la Goethe-Universität de *Fráncfort del Meno*; CHRISTOPH GRABENWARTER es juez del Tribunal Constitucional austríaco y profesor de Derecho público en la Wirtschaftsuniversität de Viena; PETER M. HUBER es juez del Tribunal Constitucional federal alemán y profesor de Derecho público en la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich. El presente texto consiste en una reelaboración de A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum*, introducción al volumen VI del *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, edición de los autores y dedicado al tema de la justicia constitucional, C.F. MÜLLER, HEIDELBERG, 2016. Traducción del italiano por Gerardo Mata. Los autores agradecen a DANIEL GONZÁLEZ HERRERA, ORIOL MIR, MARIELA MORALES ANTONIAZZI, SABRINA RAGONE e IRENE SPIGNO por su apreciable contribución para la redacción final en español.

I. LA NUEVA PERSPECTIVA
DEL DERECHO PÚBLICO EUROPEO

Esta contribución propone el concepto de Derecho público europeo como marco conceptual para desarrollar, y a lo mejor modificar, nuestra forma de tratar la ciencia del Derecho constitucional.

Ciertamente, la integración europea ha sido objeto de estudio por parte de los constitucionalistas desde hace tiempo. A menudo, no obstante, la perspectiva elegida es la de la europeización de los sistemas nacionales: se trabaja, pues, con una matriz cognitiva basada en la separación entre Derecho europeo y Derecho nacional. Indiscutiblemente, dicha separación es esencial para estudiar numerosos fenómenos jurídicos de escala europea, como la validez, la legalidad, la legitimidad y los efectos de un acto o los procedimientos para controlarlo: para ello, es esencial atribuir el acto a un ordenamiento específico. Sin embargo, para enriquecer nuestro conocimiento, es útil combinar esta perspectiva con otras, y el concepto de Derecho público europeo, de hecho, puede ayudarnos a comprender mejor algunas transiciones constitucionales nacionales, que difícilmente podemos explicar sin situarlas en este marco más amplio. Se procederá, entonces, desde una perspectiva austriaca y alemana, con todas las limitaciones que ello implica, a resumir brevemente los elementos de este concepto y a mostrar luego su utilidad en el estudio de un tema particular: la justicia constitucional.

¿Existe un Derecho público europeo? Sin duda, existe un Derecho público de la Unión Europea. Pero el Derecho público europeo, si existe, debe ser mucho más que el Derecho público de la Unión, y debe incluir todo el Derecho que institucionaliza, guía y limita el ejercicio del poder público en el “espacio jurídico europeo”. En este sentido, por tanto, el Derecho público europeo es sobre todo Derecho nacional y está compuesto por numerosos ordenamientos. Al mismo tiempo, el concepto implica que todos estos diversos Derechos formen un todo, como componentes del espacio jurídico europeo.

El concepto de “espacio jurídico europeo” no es una invención académica. Por el contrario, está basado en importantes normas de los Tratados. Consideremos, por ejemplo, el art. 3 TUE: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”; o el Título V del TFUE (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”), y en particular su art. 67: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”; o un artículo importante, al menos para los investigadores, el art. 179 TFUE, que dispone “la realización de un espacio europeo de investigación”. Es un concepto de gran alcance también para el pensamiento político porque, con su uso en el ámbito de la Unión, “se establecen procesos sociales, se definen afilia-

ciones políticas y se determinan espacios de soberanía y de validez del Derecho”¹. Se trata de una semántica que evoca la idea de comunidad política, gracias a la referencia explícita en los Tratados al Derecho, a la libertad y a la seguridad, en el citado art. 3 TUE.

El Derecho público europeo, como Derecho del espacio jurídico europeo, ofrece ahora un prometedor marco conceptual para estudiar el fenómeno de la transición de la justicia constitucional. De hecho, transmite inmediatamente la idea de que los tribunales nacionales se colocan en un espacio más amplio, hacia el que, de alguna manera, tienen responsabilidades. Por supuesto, los conceptos de Derecho público europeo y de espacio jurídico europeo siguen siendo *fuzzy concepts*², es decir, conceptos vagos y volátiles. Pero este tipo de concepto puede resultar particularmente útil en constelaciones complejas y dinámicas.

En el espacio jurídico europeo, los tribunales, y en particular los tribunales constitucionales, son actores relevantes: a través de sus decisiones contribuyen a la formación de aquel, dando vida, con su interrelación, a una dinámica completamente original, es decir, a una integración, a una construcción del espacio europeo no guiada por las instituciones de la Unión. El punto central que abordamos aquí no es tanto el entrelazamiento del Derecho primario de la UE, del Derecho del CEDH y de las constituciones nacionales, que ha sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina³. Por el contrario, centramos nuestra atención en la asociación espontánea, pero cada vez más fuerte y clara, entre los distintos tribunales nacionales⁴. Esta interacción adquiere importancia sistémica: se esboza un *Verfassungs-*

1 U. JUREIT, N. TIETZE, *Postsouveräne Territorialität*, en *Postsouveräne Territorialität: Die Europäische Union und ihr Raum*, edición de ID., Hamburg 2015, pp. 7 y 70 y ss., respectivamente. Sobre el concepto de espacio jurídico, v. también G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, en Riv. trim. dir. pubbl. 2003, pp. 1 y ss.

2 M. REIMANN, *The American Advantage in Global Lawyering*, en *RabelsZ*, 2014, pp. 1 y ss., 21-23.

3 El aspecto del impacto del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la justicia constitucional nacional, que no se trata aquí, ha sido objeto de un profundo análisis. En la doctrina en castellano, véase R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Valencia, 2003; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 493 y ss. y el análisis, todos los Estados miembros, realizado por S. RAGONE, “Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, 2011, pp. 53 y ss. Véase también A. TORRES PÉREZ, “The Judicial Impact of European Law in Spain: ECHR and EU Law Compared”, en *Yearbook of European Law*, 2011, pp. 159 y ss. y sobre los equilibrios entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia de la UE después del Tratado de Lisboa, véase D. SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1.267 y ss.

4 Cfr. M.R. FERRARESE, *Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2011, 63; S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, en Accademia delle Scienze di Torino: “Inaugurazione del 232° Anno Accademico dell’Accademia delle Scienze di Torino” 2015, pp. 20 y ss.

*gerichtsverbund*⁵, una *red institucionalizada*⁶ o tal vez incluso una unión de la justicia constitucional, a la que pertenecen los organismos nacionales encargados de ejercer tal jurisdicción. Esta interacción genera transiciones y conduce a transformaciones reales de conocimientos establecidos, prácticas, identidades, valores y equilibrios de poder. Es en estos perfiles que queremos concentrarnos, sosteniendo tres tesis fundamentales:

1. entre los tribunales con funciones reconducibles a la justicia constitucional se desarrolla una red institucionalizada, un *Verbund*, con un efecto profundo y transformador;

2. esta red institucionalizada de tribunales constitucionales obliga a repensar algunos conceptos tradicionales de la ciencia constitucionalista europea, incluyendo la idea de un modelo europeo de justicia constitucional;

3. la comparación constitucional y el uso del argumento comparado por parte de los tribunales constitucionales, que representan una de las expresiones más claras de la consolidación de esta red, tienen una legitimación sólida en los Tratados europeos.

2. LA RED INSTITUCIONALIZADA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Si es verdad que la realización de una “*global community of judges*” representa un fenómeno aún en fase embrionaria⁷, hay, en cambio, claras señales de la existencia de una tal realidad institucional en el espacio jurídico europeo. Durante los últimos años, de hecho, se ha reforzado marcadamente, cuando no incluso institucionalizado, una fuerte interacción entre los tribunales. El juez del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, Christoph Grabenwarter, coautor de este texto, afirmó en 2014, resumiendo los debates de la XVI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, que

5 A. VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst* 2010, 190 e 191, quien, sin embargo, se centra principalmente en la interacción “vertical” entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal de Justicia de la UE y el TEDH y no, en cambio, en la interacción horizontal, que constituye el objeto principal de estas páginas. En Italia, el concepto de *Verbund* ha encontrado difusión y uso sobre todo en el campo de la doctrina administrativista. Sobre este punto, v. L. DE LUCIA, *Strumenti di cooperazione per l’esecuzione del diritto europeo*, en *L’amministrazione europea e le sue regole*, edición de ID. e B. MARCHETTI, Bologna 2015, pp. 171 ss. Para otra definición del mismo fenómeno, v. C. Franchini, *Les notions d’administration indirecte et de coadministration*, en *Droit Administratif Européen*, edición de J.-B. AUBY y J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bruxelles 2007, pp. 245, 252 y ss.; M. CLAES, M. DE VISSER, “Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks”, in *Utrecht Law Review*, 2012, p. 100.

6 Sobre el concepto de red en la investigación sociológica, v. H. LAUX, *Soziologie im Zeitalter der Komposition: Koordinaten einer integrativen Netzwerktheorie*, Weilerswist 2014. Para su aplicación, cfr. I. PERNICE, *La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, en *ZaöRV*, 2010, pp. 51 y ss.

7 Cfr. A. WIENER, P. LISTE, “Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Community of Courts”, en *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2014, pp. 263 y ss.

“la práctica actual de la justicia constitucional no es una actividad aislada de jueces supremos, a través de la cual se desarrolla en vía interpretativa un segmento bien delimitado del Derecho [...]. Más bien hay un proceso interpretativo y de aplicación del Derecho más complejo, capaz de promover y apoyar la integración [europea]”⁸.

Una parte importante de esta interacción tiene un carácter del todo informal: muchos jueces permanecen en un constante y estrecho contacto con colegas de otros países y tienen ocasiones frecuentes para intercambiar informaciones u opiniones durante visitas, seminarios o congresos⁹. Por lo demás, existen abundantes anécdotas que confirman la existencia de ulteriores formas de contacto personal e informal entre jueces de diversos países¹⁰. Se ha incrementado notablemente el número de asistentes de los jueces que poseen una sólida formación europea e internacional. Al mismo tiempo, los propios jueces constitucionales participan en el debate a nivel europeo asistiendo a reuniones y conferencias.

Existen además sedes institucionales en las que se consolida esta red de tribunales constitucionales europeos. Un foro particularmente importante es la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos. La Conferencia se remonta a 1972 y nace con la idea de favorecer la consolidación de la justicia constitucional en los países socialistas¹¹. En sus inicios actuaba según lógicas y dinámicas muy similares a las de las reuniones diplomáticas. Actualmente, gracias al proceso de integración europea, ha dado vida a una verdadera red institucionalizada que reúne, de manera cada vez más estrecha, a los órganos que en Europa ejercen la justicia constitucional.

Teniendo en cuenta la diversidad europea en materia de justicia constitucional, el círculo de jueces representados en la Conferencia supera a los tribunales constitucionales en sentido estricto. Por ejemplo, se considera tribunal constitucional, a

8 C. GRABENWARTER, *Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, en *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa: Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, edición de Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Wien 2015, p. 174, donde se afirma que “die heutige Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] nicht die isolierte Tätigkeit von Höchststrichern ist, die eine klar abgegrenzte Rechtsschicht interpretativ zu erschließen und verbindlich zum Maßstab zu machen hat. Vielmehr liegt ihr ein komplexer und integrativer Interpretations- und Rechtsanwendungsvorgang zugrunde”.

9 Cfr. M. CLAES, M. DE VISSER, *Courts United? On European Judicial Network*, en *Lawyering Europe*, edición de A. VAUCHEZ y B. DE WITTE, Oxford, 2013, p. 75.

10 Cfr. para el Tribunal Constitucional italiano, S. CASSESE, *Dentro la Corte: Diario di un giudice costituzionale*, Bolonia, 2015, pp. 248 y 249; para el *Bundesverfassungsgericht*, P.M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Baden-Baden 2014, p. 68 y S. Martini, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, edición de T. GROPPi y M.-C. PONTTHOREAU, Oxford, 2013, pp. 229, 252.

11 Cfr. L. SÓLYOM, *Das ungarische Verfassungsgericht*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VI, cit., párr. 11. Al respecto, es importante señalar que, entre los miembros fundadores, además de Alemania, Austria e Italia, también figuraba la ex-Yugoslavia. Sobre la importancia de la admisión a la Conferencia de países de democracia reciente, v. G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, en *La giustizia costituzionale in Europa*, edición de M. OLIVETTI e T. GROPPi, Milano, 2003, p. XIII.

efectos del art. 6 del Estatuto de la Conferencia, también al Tribunal Federal Suizo, si bien no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad o la invalidez de las leyes federales. Lo mismo debe decirse del *Hoge Raad* holandés, que, al igual que los demás jueces holandeses, carece del poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El Tribunal de Justicia de la y el TEDH gozan de un estatus de observadores desde 1981, además de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, que la ostenta desde 1996^[12]. Según el Preámbulo y el art. 3 del Estatuto, uno de los objetivos principales de la Conferencia es el de sostener los ajustes de la función desarrollada por los jueces constitucionales en el nuevo contexto paneuropeo, a saber, acompañar una transición¹³.

A juzgar por los comunicados oficiales, esta interacción entre tribunales parece ser fructífera. En 2007, en su función de representante de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, el Presidente del Tribunal Constitucional lituano, Egidijus Kuris, hizo referencia durante la v Conferencia de Tribunales Constitucionales asiáticos a una “*community of European constitutional courts*”¹⁴. Como sea que se la quiera interpretar conceptualmente, la densidad de la interacción entre tribunales europeos es ciertamente mucho más fuerte que la que se puede apreciar a nivel global.

Otra institución que pone en contacto recíproco a los tribunales constitucionales europeos, de manera indirecta, es la Comisión de Venecia, compuesta sobre todo por jueces o exjueces constitucionales¹⁵. La Comisión impulsa dos iniciativas de relieve *ius* comparativo que contribuyen notablemente a la fortaleza de la red. La primera es el *Bulletin on Constitutional Case-Law*, que desde 1993 publica sumarios de sentencias importantes de más de 60 tribunales constitucionales y supremos redactados por los asistentes de los jueces, con el fin de “favorecer el intercambio de información entre los tribunales y ayudar a los jueces a resolver cuestiones jurídicas delicadas que regularmente surgen en diversos países”¹⁶. La segunda, *CODICES*, la *InfoBase on Constitutional Case Law*¹⁷, es aún más amplia y comprende más de 7.000 sentencias en inglés y francés. Esta pretende facilitar el

12 Cfr. 40 *Jahre Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, edición de Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Viena, 2012, pp. 43 y ss.

13 El Preámbulo del Estatuto dice: “*The Presidents of European Constitutional Courts and other similar European institutions exercising constitutional jurisdiction declare their intention to organize [...] regular specialised conferences with a view to sharing experience as regards constitutional practice and jurisprudence in a general European context and to maintaining regular contacts between these courts and institutions [...]*”.

14 El discurso está disponible en la página web del Tribunal Constitucional coreano: www.court.go.kr/home/english/introduction/pdf/09.pdf.

15 En general, sobre la Comisión de Venecia, v. H. STEINBERGER, *Venice Commission*, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Volume X*, edición de R. WOLFRUM, 2012, p. 640; W. HOFFMANN-RIEM, *The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact*, en *EJIL*, 2014, p. 579.

16 Véase la página web: www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins.

17 Véase la página web: www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm.

trabajo comparado de los juristas¹⁸. Conseguir aprovechar mejor su potencial está en la agenda de los años venideros.

Junto a estas formas de coordinación abierta con un elevado número de tribunales existen numerosos ejemplos de reuniones limitadas a un pequeño número de países. En el llamado “*Sechser-Treffen*” se da vida a un foro restringido para los tribunales constitucionales de idioma alemán, el cual comprende, además de los tribunales constitucionales alemán y austriaco, el Tribunal de Estado del Principado de Liechtenstein, el Tribunal Federal Suizo, así como el Tribunal de Justicia de la UE y el TEDH¹⁹. Un foro parecido es el de los encuentros trilaterales organizados con regularidad por los tribunales constitucionales italiano, español y portugués²⁰. A ello se suman las numerosas reuniones bilaterales entre los propios tribunales

Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales refuerzan la red europea mediante la difusión de sus propias sentencias en otros países y en otros idiomas. Son justamente tales sentencias, de hecho, las que forman el objeto principal de la comunicación que los une. Las decisiones de los jueces constitucionales nacionales son de creciente interés en todo el espacio judicial europeo, no solo en el territorio nacional. Ahora, parece del todo normal que las sentencias dictadas en un Estado miembro influyan en la actividad judicial de otro Estado miembro, incluso cuando tales sentencias no son expresamente citadas²¹. Parece emerger y consolidarse el impulso a “ser escuchados fuera de la propia comunidad nacional de referencia”²²: por ello muchos tribunales nacionales traducen sus sentencias más importantes al inglés y las publican en dicho idioma en sus páginas web.

Nos encontramos, por tanto, frente a un fenómeno importante de la construcción europea que se caracteriza por la aparición y propagación de foros dirigidos a la construcción de una red institucionalizada de justicia constitucional. Empleando el concepto de red no intentamos negar la existencia de asimetrías. Por el contrario, los informes relativos a los diferentes países presentados durante el XVI Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos muestran que los estudios comparados raramente comprenden las posturas de todos los tribunales constitucionales que participan en la red, y que la mayoría de las veces la comparación se hace de forma selectiva. Un papel especial corresponde normalmente solo a pocos

18 Véase la página web: www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Constitutional_Justice.

19 A veces se publican los informes de estas reuniones: H.-J. PAPIER, *Erstes Arbeitstreffen deutschsprachiger Verfassungsgerichte und europäischer Gerichte*, en *EuGRZ*, 2006, pp. 481 y ss.

20 Véase la página web: www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do.

21 Para confirmar lo afirmado en el texto, véanse los informes por países presentados en el curso del XVI encuentro de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, en los cuales se reenvía a *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, Ob. cit.

22 M. WENDEL, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, en *Der Staat*, 2013, pp. 339 y ss., 364.

tribunales, en particular al Tribunal Constitucional Federal alemán²³, que es citado con mucha frecuencia²⁴.

Las razones de la existencia de la disparidad entre los tribunales pueden ser múltiples. El Presidente del Tribunal Constitucional checo afirma que su tribunal se ha “identificado” con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, y se reconoce en ella²⁵. Esto depende no solo del hecho de que el *Bundesverfassungsgericht* se encuentra en una posición particularmente fuerte, a la cual a lo mejor otros tribunales aspiran²⁶, sino también del hecho de que la traducción y el análisis de la jurisprudencia de todos los tribunales que participan en la red pueden resultar extremadamente costosos en términos económicos y de tiempo. Surge, entonces, la necesidad de hacer una selección, teniendo en cuenta el idioma y la autoridad de los diferentes tribunales. En este sentido, la relevancia del Tribunal Constitucional Federal alemán depende también del peso económico de Alemania y de las iniciativas políticas de apoyo a la investigación implementadas en la República Federal: no pocos jueces constitucionales de otros países europeos han realizado periodos de investigación, más o menos largos, en Alemania²⁷. En cambio, los ordenamientos jurídicos en los cuales existen condiciones menos favorables son escasamente tomados en consideración para realizar periodos de investigación y estudio²⁸.

A la luz del principio de igualdad de las diversas estructuras constitucionales, la evolución de la interacción horizontal entre tribunales exige que se afronten tales asimetrías. De ahí la importancia de la participación de todos los tribunales constitucionales en la base de datos *CODICES* y de la disponibilidad de los mismos para traducir sus propias sentencias al inglés y publicarlas en línea²⁹.

23 Al respecto, véanse los informes sobre relativas a Croacia, Hungría, Polonia y Eslovenia en *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, Ob. cit., pp. 364 y ss., 549 ss., 747 y ss., 923 y ss.

24 Cfr. C. GRABENWARTER, *Generalbericht*, en *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, Ob. cit., pp. 63 y ss., 86.

25 P. RYCHETSKÝ, *Quelques remarques touchant à la coopération des Cours constitutionnelles en Europe et à leurs perspectives*, en *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, cit., 105 ss. Sin embargo, la segunda sentencia del Tribunal Constitucional checo sobre el Tratado de Lisboa (Pl. ÚS 29/09, decisión del 3.11.2009) toma evidente distancia del *Bundesverfassungsgericht* en su *Lissabon-Urteil* (BVerfGE 123, 267): cfr. the Editors and J. Komarek, *The Czech Constitutional Court's Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009*, en EUConst, 2009, p. 345.

26 C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, en M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS y C. SCHÖNBERGER, *Das engtente Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 2011, pp. 11 y ss.

27 A. JAKAB, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Ungarn*, en *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band 11, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, edición de A. von BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN e P. M. HUBER, Heidelberg, 2007, pp. 777 ss., párr. 66.

28 M. BOBEK, LANDTOVÁ, HOLUBEC, *and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, en EUConst, 2014, pp. 54 y ss.

29 En este sentido, es positivo que algunos tribunales constitucionales de los ordenamientos más modestos y con idiomas difícilmente accesibles traduzcan un buen número de sus sentencias y que estén disponibles en

Si bien la consolidación de una red entre los tribunales constitucionales de los países europeos es hoy una realidad innegable, las razones de este impulso a la coordinación entre los tribunales nacionales no se han estudiado aún en profundidad. Parece que esta estrecha interacción entre los tribunales persigue el objetivo de reforzar el papel de los tribunales constitucionales principalmente en cuatro ámbitos:

a. en la *conexión* entre los tribunales nacionales y los tribunales europeos. Reconociendo las sentencias de los tribunales europeos y citándolas coherentemente, los tribunales constitucionales desempeñan un papel esencial para garantizar la difusión, dentro de su propio ordenamiento, de la jurisprudencia europea entre los jueces ordinarios. La Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos es un lugar privilegiado en el que debatir y definir mejor el papel que debe darse a los pronunciamientos europeos³⁰;

b. en la *uropeización* de la cultura jurídica en los ordenamientos nacionales. Independientemente del significado preciso que se quiera dar a la idea de cultura jurídica³¹, esta sin duda tiene que ver, como cualquier otra forma de cultura, con orientaciones, identidad y prácticas sociales³². Una cultura jurídica europea no puede, pues, desarrollarse solamente sobre la base del Derecho de la UE o de la jurisprudencia del TEDH. Esta postula, en cambio, una interacción fuerte entre las autoridades judiciales nacionales. De ahí la importancia de superar las barreras lingüísticas, del intercambio constante de sentencias, de un diálogo regular, así como del desarrollo de instituciones jurídicas y de modalidades argumentativas difundidas a nivel europeo³³. La red institucionalizada de tribunales constitucionales contribuye, por tanto, de manera decisiva al desarrollo del Derecho público europeo, ayudando a los tribunales de los Estados miembros a perfeccionar orientaciones y métodos de trabajo, así como promoviendo una terminología común, y por tanto, una cultura jurídica común;

línea, lo que refleja claramente su voluntad de participar plenamente en la red de la justicia constitucional. Cfr., en particular, las publicaciones en inglés del tribunal lituano (www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170), letón (www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=2&mid=19) o eslovaco (www.us-rs.si/en/case-law/search-3441/).

30 Sobre el caso español en perspectiva amplia, véase el texto presentado a la XVI Reunión trilateral de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España (Santiago de Compostela, 2014), dedicado a La tutela multinivel de los derechos fundamentales, por el magistrado S. Martínez-Vares García y el letrado T. de la Quadra-Salcedo Janini, publicado en la página web del TC, www.tribunalconstitucional.es, pp. 31 y ss. Para un análisis más amplio del efecto transformador de la pertenencia a la UE, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, “Treinta años de España en la unión europea: la apasionante historia de una profunda transformación jurídica”, en E. NASARRE GOICOECHEA, F. Aldecoa Luzárraga (coords.), *Treinta años de España en la Unión Europea: el camino de un proyecto histórico*, Madrid, 2015, pp. 165 y ss.

31 Compárese la concepción amplia sugerida por P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, 2000, pp. 104-111.

32 T. EAGLETON, *Was ist Kultur?: Eine Einführung*, München, 2001.

33 Véase, al respecto, C. GRABENWARTE, *Generalbericht*, in *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa*, Ob. cit., p. 63.

c. en la *legitimación* de posturas jurisprudenciales específicas: cuanto mayor sea el número de tribunales constitucionales que se adhieren a una determinada interpretación jurídica, más fácil será para otros tribunales justificar la misma interpretación en sus propias sentencias. No es sorprendente que las decisiones de los jueces nacionales faciliten la evaluación del llamado consenso europeo, una importante herramienta argumentativa –aunque no exenta de crítica– utilizada por el TEDH que a menudo se usa para justificar la adaptación y actualización del Derecho consagrado en el Convenio;

d. en el *control sobre el ejercicio del poder público ejercido a nivel supranacional*, incluso el de los tribunales europeos, que los tribunales constitucionales ejercen a través del denominado respeto a la identidad nacional, es decir, a través de la tutela de los principios fundamentales previstos en las diversas constituciones nacionales, y a través del llamado control *ultra vires*, el cual protege a los ordenamientos nacionales de graves y manifiestas invasiones de competencias por parte de los órganos europeos.

Los tribunales nacionales desarrollan aquí funciones al servicio del Derecho público europeo, no solo de un ordenamiento nacional. Ciertamente, un solo tribunal puede realizar todas estas funciones, pero una acción que se refleja en la labor de varios tribunales será más eficaz y parece más legítima. Lo demuestra el último ejemplo citado, el del desarrollo de las doctrinas de los contra-límites y del respeto de la identidad nacional. De hecho, si el desarrollo de doctrinas similares es una obra concertada de numerosos tribunales constitucionales, difícilmente se podrá sostener que estos estén intentando embarcarse en un “*Sonderweg*”, alejándose así del camino común europeo.

3. ¿UN “MODELO EUROPEO” DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL? FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE UNA FIGURA CONCEPTUAL

La cuestión relativa a la existencia de un modelo europeo de justicia constitucional y sus características ha ocupado durante mucho tiempo a la doctrina constitucionalista europea. Generalmente se cree que las raíces de este modelo se encuentran en la capacidad innovadora de Kelsen, en los padres fundadores de las constituciones austriaca, checoslovaca y española en el periodo de entreguerras, así como en el éxito operativo del *Bundesverfassungsgericht* y del Tribunal Constitucional italiano a partir de los años cincuenta³⁴, al igual que las experiencias española y portuguesa

34 Véase P. CRUZVILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Ob. cit., pp. 31 y ss., 277 y ss., también con referencia a las razones de su fracaso, pp. 417 y ss.; T. GROPPi, *Introduzione: Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, en *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., pp.

más tarde. Numerosos Estados, que durante el siglo pasado superaron formas de Estado autoritarias e instauraron Estados democráticos de Derecho, adoptaron este modelo³⁵. Un estudio del Consejo de Europa ha confirmado la idoneidad particular del modelo kelseniano para garantizar la protección jurídica requerida a nivel europeo³⁶. Como es sabido, el elemento constitutivo de este modelo es la presencia de una competencia concentrada y de carácter general, que se traduce en la previsión de un juez específicamente dedicado al control de constitucionalidad, es decir, llamado a analizar las leyes internas del Estado tomando como parámetro de referencia la Constitución y a declarar su invalidez en caso de conflicto con esta.

A partir del estudio que hemos coordinado sobre el control de constitucionalidad en los países europeos³⁷, llegamos a la conclusión de que hoy en día, para los desafíos que se vislumbran en la integración europea, hay que abandonar la idea de *un* modelo europeo de justicia constitucional. De hecho, la idea de un modelo europeo, aunque sea valiosa como esfuerzo doctrinal, no refleja muchos de los matices que caracterizan la justicia constitucional en Europa y que son esenciales para la comprensión del fenómeno en el espacio jurídico europeo. Más bien, no hay forma de protección de la constitucionalidad liberal-democrática que *no* encuentra en Europa una expresión concreta³⁸. Así, no parece darse ni un modelo analítico, capaz de reflejar los diversos mecanismos nacionales de justicia constitucional, ni tampoco un modelo normativo, que indique una determinada configuración en detrimento de otras. Esto, por otra parte, corresponde a una intención precisa de los redactores de los Tratados EU: partiendo del presupuesto de que, como prescribe el art. 4.2 del TUE, “[l]a Unión respeta la igualdad de los Estados miembros [...] y su identidad nacional”, los mecanismos de garantía constitucional que caracterizan a cualesquiera de los ordenamientos tienen igual valor. Ello comporta, inevitablemente, la aceptación de la variedad.

En Europa, en primer lugar, nos encontramos con la excepción más significativa a lo que es normalmente observable en las democracias liberales contemporáneas: el ordenamiento británico, cuya peculiar Constitución adolece desde siempre de

1 y ss; V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Ob. cit., pp. 5 y ss. En términos críticos hacia la distinción entre el modelo americano y el europeo, cfr. *ex multis*, G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bolonia 2009; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata: Dai modelli ai sistemi*, Turín, 2015.

35 Cfr. W. SADURSKI, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2014. También J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, en *Tex. L. Rev.* 2004, pp. 1.671 y ss., “European constitutional adjudication is essentially a postauthoritarian phenomenon” (1674).

36 Véase el informe para la Comisión de Venecia de H. STEINBERGER, *Models of Constitutional Jurisdiction*, CDL-STD(1993)002, Estrasburgo, 1993.

37 Cfr. *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band VI*, Ob. cit.

38 Una visión interesante del conjunto de los diferentes modelos la ofrece L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, en *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, edición de ID., Padua, 2009, pp. 1 y ss.

la rigidez³⁹ que, como enseña Kelsen, es el presupuesto lógico del control jurídico de la constitucionalidad de las leyes⁴⁰. Esto explica por qué los tribunales británicos han desarrollado, por lo menos hasta tiempos muy recientes, una función de garantía constitucional muy reducida⁴¹. En este sentido, pues, Europa no solo carece de un modelo unitario de justicia constitucional, sino que tiene, entre los ordenamientos que la componen, la más significativa excepción al principio de rigidez constitucional.

En la Unión Europea hay Estados que no disponen de un tribunal constitucional propiamente dicho: esto vale para Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Países Bajos, Suecia, Gran Bretaña y Chipre. Entre estos países, por otra parte, en algunos casos no solo falta un tribunal especializado, instituido específicamente para llevar a cabo la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que ni siquiera existe juez alguno que pueda ejercer esa función⁴². La Constitución finlandesa, por ejemplo, asigna primariamente el control de las leyes a una comisión parlamentaria y no a un órgano perteneciente al poder judicial. Yendo más allá, la Constitución holandesa prohíbe expresamente a los jueces anular las leyes que resulten en conflicto con la Constitución. Una previsión análoga se encuentra también en la Constitución Federal suiza respecto de las leyes federales. Estas previsiones normativas no son reminiscencias infelices de un tiempo pasado. Al contrario, han sido el producto de amplios debates a nivel político-institucional en el curso de la última década del siglo XX, la época de oro del constitucionalismo⁴³.

Es más, incluso dentro del grupo de Estados que disponen de tribunales expresamente encargados del ejercicio del control de constitucionalidad, se pueden observar diferencias con frecuencia tan significativas como para hacer muy problemática la identificación de un modelo único que favorezca la comparación entre los ordenamientos. Así, por ejemplo, el enorme alcance de las competencias de las decisiones del Tribunal de Karlsruhe no parece ser compatible con el modelo originario de Kelsen, según el cual el tribunal constitucional se debería limitar a controlar la actividad del legislador. Tampoco puede admitirse que el Tribunal Constitucional

39 Cfr. J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, en *Studies in History and Jurisprudence*, edición de ID., Oxford 1901, pp. 124 y ss., 130: 130: "In England the laws called constitutional differ only in respect of their subject-matter from other laws, though we call them in their totality 'the British Constitution', is alterable by the ordinary legislative authority at any moment, just like other laws".

40 Cfr. H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín y Leipzig, 1929, xx.

41 Cfr. M. LOUGHLIN, *Großbritannien*, en *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band 1: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, edición de A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN y P.M. HUBER, Heidelberg 2007, pp. 217 y ss., párr. 63-68.

42 Para los ejemplos que siguen v. las contribuciones de K. TUORI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland*, párr. 30 y ss.; L. BESSELINK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden*, párr. 1 ss., 46 ss.; G. BIAGGINI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, párr. 32 ss., todos en *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band VI*, Ob. cit.

43 B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, en *Va. Law Rev.*, 1997, pp. 771 y ss.

Federal alemán constituya *el* modelo europeo⁴⁴. Tal afirmación sería incompatible con la multiplicidad y las diferencias de la justicia constitucional en Europa, y pasaría por alto el principio fundamental de la igualdad de los Estados y de sus respectivas identidades constitucionales. A pesar de que proyectos más recientes de reforma constitucional han tenido a menudo en cuenta al Tribunal de Karlsruhe y, en ocasiones, incluso han adoptado algunos elementos de este, hay varios casos en los que la no recepción del modelo alemán se ha producido intencionadamente. Consideremos, por ejemplo, Finlandia, donde fue precisamente la tendencia del *Bundesverfassungsgericht* de adoptar decisiones de amplio alcance lo que suministró un fuerte argumento contra el establecimiento de un tribunal constitucional⁴⁵.

Lo que queremos hacer aquí, no obstante, no es participar en el debate sobre la existencia o la naturaleza del modelo europeo-kelseniano de justicia constitucional. Al contrario, queremos subrayar que la interacción entre los tribunales en Europa hace menos relevante la distinción entre países con una justicia constitucional según el modelo kelseniano y países que no tienen un tribunal constitucional. A título ejemplificativo, la *UK Supreme Court* y la *Hoge Raad* holandesa participan plenamente de la misión común a los tribunales constitucionales de construir un espacio jurídico europeo de libertad, seguridad y justicia, aunque ciertamente no sean tribunales constitucionales según el modelo europeo-kelseniano.

Consideremos, por ejemplo, el hecho de que la página web del Tribunal Constitucional italiano publique mensualmente un boletín sobre la jurisprudencia constitucional extranjera, en el que se da cuenta de las principales sentencias de la *Supreme Court* inglesa: no creemos que una decisión de este tribunal en materia de derechos fundamentales tenga menos influencia sobre el tribunal italiano solo porque provenga de un órgano judicial que no puede considerarse tribunal constitucional según el modelo europeo-kelseniano. Lo que realmente parece decisivo es la existencia de un tribunal con el propósito de expresar, de manera autoritativa, los valores jurídicos propios de un cierto sistema y de servir como voz del espacio jurídico europeo, independientemente del hecho de que pueda calificarse como tribunal constitucional o no. En efecto, el art. 6.2 del Estatuto de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos prevé que “*only one institution from each country may be granted the status of full or associate member*”.

Desde este punto de vista, es interesante que los dos contextos donde se manifiesta más claramente el desarrollo de una red institucionalizada de la justicia constitucional en el espacio jurídico europeo acogen unas definiciones de justicia constitucional extremadamente amplias. En virtud del art. 6 del propio Estatuto, la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos acoge como miembros a

44 S. ISSACHAROFF, Ob. cit., pp. 138 y ss.

45 Cfr. K. TUORI, Ob. cit., 82 ss., p. 117.

los “*European Constitutional Courts and similar European institutions which exercise constitutional jurisdiction, in particular reviewing the conformity of legislation and which conduct their judicial activities in accordance with the principle of judicial independence, being bound by the fundamental principles of democracy and the rule of law and the duty to respect human rights*”. El control de la constitucionalidad de las leyes no parece ser ya un factor decisivo, por cuanto la atención se centra sobre todo en el papel protector de la naturaleza liberal-democrática de los ordenamientos. Aún más amplia es la noción proporcionada por la Comisión de Venecia en sus estudios sobre los tribunales constitucionales: “*The term ‘constitutional courts’ refers not only to judicial bodies with the name ‘Constitutional Court’ but also to equivalent bodies of last instance which review constitutionality*”⁴⁶. Parece, por tanto, que la interacción a nivel europeo está cambiando el concepto mismo de justicia constitucional, alejándolo de la perspectiva de una reconstrucción rígida de un modelo europeo de justicia constitucional.

4. UN FUNDAMENTO MÁS SÓLIDO PARA LA COMPARACIÓN JURÍDICA

Como se ha mencionado con anterioridad, el aumento de las citas recíprocas por parte de los tribunales constitucionales de los países europeos es una de las manifestaciones más claras de la progresiva consolidación de una red europea de justicia constitucional. Pero debemos señalar que no existe consenso en torno al valor que deba atribuirse a los actos jurídicos y figuras dogmáticas de otros ordenamientos⁴⁷. En este campo es conocida la crítica más radical expresada en la *dissenting opinion* de Antonin Scalia en el caso en el que la Supreme Court norteamericana ha afrontado el problema de la constitucionalidad de la pena capital para los menores de edad: “*The basic premise of the Court’s argument – that American law should conform to the*

46 Cfr. el informe adoptado por la Comisión de Venecia durante la 46.ª sesión plenaria de título *Decisions of constitutional courts and equivalent bodies and their execution*, CDL-INF(2001)9, Estrasburgo, 2001, p. 9. Sobre la base de la definición indicada, también a los tribunales del Reino Unido se les puede atribuir la función de jueces constitucionales, particularmente con referencia a la *Human Rights Act*. Sobre esta cuestión, véase el informe adoptado por la Comisión de Venecia durante su 85.ª sesión plenaria de título *Study on individual access to constitutional justice*, CDL-AD(2010)039rev., Estrasburgo, 2011, p. 8.

47 U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Múnich, 2015, pp. 47 y ss., 92 ss. Como señala P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Turín, 2010, p. 294, el uso de la comparación por parte de los tribunales constitucionales supera la idea de un juez de las leyes “totalmente incluido en las mallas del Estado-nación introvertido”.

*laws of the rest of the world – ought to be rejected out of hand*⁴⁸. El discurso europeo no está exento de esta forma de nacionalismo.

Por ello, parece muy importante que en el espacio jurídico europeo la comparación goza de un fuerte elemento de legitimación, que la diferencia significativamente de la comparación jurídica a nivel global. Dicho elemento consiste en el hecho de que, en el ámbito europeo, la comparación se refiere a sistemas jurídicos integrados en un Derecho público europeo. A pesar de que los ordenamientos nacionales y el de la Unión se entienden con razón como realidades separadas, el todo, el Derecho público europeo, da vida a *un único* espacio jurídico. No hay duda de que todos los actos jurídicos de cualquier poder público en el interior de la Unión Europea deben respetar los principios fundamentales del art. 2 TUE. El art. 2 TUE prevé una serie de estándares constitucionales que encuentran aplicación cada vez que es ejercido un poder público en el espacio jurídico europeo, sea por la UE, sea por los Estados miembros⁴⁹. Esa disposición no prevé ninguna limitación comparable a la del art. 51.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales⁵⁰. El art. 7 TUE confirma que los Estados miembros deben respetar los principios del art. 2 TUE en todas sus actividades institucionales. El mismo art. 7 TUE establece una presunción legal de respeto de los principios del art. 2 TUE por parte de los Estados miembros de la Unión. A ello se suma que todos los poderes públicos en la Unión deben apoyarse para garantizar el respeto de estos estándares constitucionales (art. 4.3 TUE). En otras palabras, subsiste una responsabilidad común, cuyo cumplimiento presupone, en una estructura plural, la existencia de un diálogo. A continuación se exponen las bases normativas del Derecho público europeo del que la comparación constitucional es un elemento central.

La red institucionalizada de justicia constitucional puede ser entendida como una herramienta para responder a esta asunción de responsabilidad común por parte de la competencia de los jueces constitucionales. De ello se deriva el valor capital de la comparación jurídica en el desarrollo de una estructura normativa común, en particular en el ámbito del Derecho constitucional y de la justicia constitucional. Parece claro, por tanto, que la comparación jurídica en el espacio jurídico europeo encuentra su fundamento y legitimidad en los propios Tratados. Este elemento modifica el problema de la legitimidad del uso del argumento comparado por

48 Cfr. el voto particular del juez Scalia en *Supreme Court of the United States*, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 622-628 (2005). Respecto al debate en los Estados Unidos, N. DORSÉN, *The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, en *Int'l. J. Constit. L.*, 2005, pp. 519 y ss., 521.

49 A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer*, en *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, pp. 19 y ss.; A.M. RUSSO, *La cittadinanza 'sostanziale' dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: Verso una 'Reverse Solange'?*, en *Federalismi.it*, 2014.

50 Sobre los problemas que surgen de una interpretación amplia de esta disposición, v. P.M. HUBER, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, en *NJW*, 2011, pp. 2.385 y ss.

parte de los jueces constitucionales de los países europeos, llevándolo a un nivel cualitativamente diferente respecto a las referencias a decisiones de otros tribunales.

La peculiar estructura normativa que fundamenta el espacio jurídico europeo no propone el objetivo de una cultura jurídica homogénea. Parece necesario, sin embargo, que los actores que operan en este espacio puedan confiar en conocimientos, instrumentos y valores comunes. Más precisamente, las teorías y doctrinas nacionales individuales, cada una con sus propios instrumentos dogmáticos, deben medirse, no necesariamente en armonía, con la perspectiva del Derecho público europeo⁵¹. Este ejercicio requiere no solo un cierto conocimiento del Derecho sustantivo de otros Estados miembros, sino también el conocimiento de cómo funcionan e interactúan las instituciones de tales Estados. Mientras la comparación global se puede concebir como una disciplina autónoma respecto de las materias práctico-jurídicas⁵², la comparación a nivel europeo, como consecuencia de los desafíos a los que se enfrenta, debe ser integrada en las operaciones ordinarias del método jurídico.

La legitimidad peculiar de la que goza la comparación jurídica en el Derecho público europeo no significa que podamos recurrir al argumento comparativo de forma arbitraria⁵³: si se decide usar la comparación para confirmar una tesis, deberá aclararse si —y eventualmente en qué términos— un argumento basado en la comparación puede ser utilizado y cuál es su valor persuasivo.

En primer lugar, existe el problema de la comparabilidad⁵⁴. Sobre este punto, parece interesante que el Tribunal Constitucional italiano, cuando cita sentencias extranjeras, a menudo subraya que tales decisiones provienen de “ordenamientos constitucionales homogéneos al italiano”⁵⁵, lo que confirma el hecho de que el juez constitucional tiene bien presente el problema de la comparabilidad de los

51 Sobre esta cuestión, A. VON BOGDANDY, “Notas sobre la ciencia del Derecho Europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2000, pp. 203 y ss. (y, en versión más amplia, ID., *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, en *Dir. Unione eur.*, 2012, pp. 225 y ss. y la réplica de E. SCODITTI, R. CAPONI, M. GRANIERI y R. PARDOLESI, G. GRASSO, A. PALMIERI, en *Foro it.*, 2012, 241 ss., y M. BRUTTI, *Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso)*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 905 y ss.

52 En relación con este debate, U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, Múnich, 2015, pp. 27 y ss.

53 Sobre este punto sigue siendo válido otro aspecto de la crítica de Scalia en la citada *dissenting opinion*, el del *cherry-picking* arbitrario: “*To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry*”. Sobre la discrecionalidad en la elección de los precedentes extranjeros, v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, pp. 151 y ss. Para una crítica de este tipo referida a un tribunal específico, v. Z. SZENTE, *Hungary: Unsystematic and Incoherent Borrowing of Law: The Use of Foreign Judicial Precedents in the Jurisprudence of the Constitutional Court: 1999–2010*, en *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Ob. cit., pp. 253 y ss., 265.

54 Sobre esta cuestión, v. N. HSIEH, *Incommensurable Values* y E. Oberheim, P. Hoyningen-Huene, *The Incommensurability of Scientific Theories*, ambos en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edición de E.N. Zalta, Stanford University, 2007 (plato.stanford.edu/).

55 Cfr. sentencia n.º 1/2014, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

ordenamientos. Por lo tanto, afirmar la oportunidad, si no la necesidad, de la comparación jurídica a nivel europeo no significa afirmar que “*anything goes*”. Todo razonamiento comparativo debe justificarse en el contexto concreto de la cuestión o del problema a analizar y debe siempre considerar los peligros que ello implica, en particular el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional. Obras como *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, *Towards juristocracy* o *Das entgrenzte Gericht*⁵⁶ siempre han acompañado —y siempre acompañarán— al debate sobre la justicia constitucional, recordándonos que la cuestión democrática está íntimamente conectada al mismo.

Sobre este punto nos parece que la reciente jurisprudencia constitucional italiana ofrece un ejemplo muy interesante en la muy discutida sentencia n.º 10/2015, con la que el Tribunal Constitucional consideró que la modulación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad debe considerarse permitida también en el sistema italiano de justicia constitucional. En apoyo de su decisión, el Tribunal recuerda, entre otras cosas, que “la comparación con otros tribunales constitucionales europeos —como el austriaco, el alemán, el español y el portugués— muestra que la modulación de los efectos retroactivos de las decisiones de inconstitucionalidad representa una práctica muy extendida, incluso en resoluciones en vía incidental, independientemente del hecho de que la Constitución o el legislador hayan conferido explícitamente tales poderes al juez constitucional”⁵⁷. La comparación jurídica, al mostrar que muchos otros tribunales constitucionales disponen de este poder, o que al menos han sentido la necesidad de reivindicarlo y usarlo, ayuda a justificar que también el Tribunal Constitucional italiano emplee ese poder que ni la Constitución ni el legislador le han conferido expresamente⁵⁸.

56 V. respectivamente: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, 1921; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass, 2007; M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 2011. Sobre el debate español, véanse al menos los textos recopilados en el número de la revista *Poder Judicial* dedicado a El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad, 1990.

57 Sentencia n.º 10/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

58 Como es sabido, en la subsiguiente sentencia n.º 70/2015, el Tribunal no ha seguido la misma orientación, provocando que la doctrina se pregunte si no sería oportuno el reconocimiento por ley de tales poderes. Cfr. A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, en *Rivista AIC*, 2015, p. 4.

5. CONCLUSIONES: LA CIENCIA CONSTITUCIONALISTA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PÚBLICO EUROPEO

En este trabajo hemos intentado situar el estudio de un tema clásico del Derecho constitucional, la justicia constitucional, en el marco del Derecho público europeo. Al hacerlo, se pone de relieve que, en este ámbito más que en otros, la europeización del Derecho constitucional no se limita a las relaciones “verticales”, es decir, a las relaciones entre los jueces nacionales y los europeos, sino que se caracteriza por un importante elemento de coordinación e integración en una red horizontal de tribunales constitucionales. La perspectiva del Derecho público europeo es hoy en día esencial para el estudio de la justicia constitucional, así como de muchas otras cuestiones del Derecho constitucional. Los tribunales constitucionales, en la actualidad, no son ya responsables únicamente de salvaguardar el ordenamiento jurídico que los ha establecido como garantes de la Constitución, sino que también participan colectivamente en la construcción de un Derecho público europeo para un espacio jurídico europeo de libertad, seguridad y justicia⁵⁹.

Esta nueva responsabilidad hacia el conjunto no anula la responsabilidad hacia el ordenamiento al que instituye cada juez, pero sí se le añade, colocando a los tribunales en una posición de “doble lealtad”, hacia su propio ordenamiento y hacia el Derecho público europeo. La lealtad final, no obstante, se dirige al ordenamiento de pertenencia, es decir, hacia el ordenamiento nacional que los establece y legitima. El Tribunal Constitucional italiano, por ejemplo, adopta sus sentencias “en nombre del pueblo” italiano⁶⁰, recordando así desde las primeras palabras lo que sigue siendo la fuente primaria de su autoridad; una fuente, por otra parte, reconocida y apreciada en el art. 2 TUE.

Sin embargo, la nueva responsabilidad hacia el espacio jurídico europeo tiene un profundo efecto transformador sobre el papel y el funcionamiento de los tribunales constitucionales, y requiere ajustar el estudio del Derecho constitucional. La perspectiva del Derecho público europeo nos obliga a considerar nuevas funciones de los jueces constitucionales, a revisar conceptos tradicionales como el modelo europeo de justicia constitucional, a repensar la forma de decidir y de argumentar de los tribunales, así como su legitimidad. Ni siquiera el constitucionalista nacional

59 M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 34. Véanse sobre España por ejemplo, V. FERRERES COMELLA, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos: algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en VV.AA., *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2006, pp. 55 y ss. y A. SÁIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en VV.AA., *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2013, pp. 131 y ss.

60 Así lo dispone el art. 18.3 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n.º 57.

puede prescindir ya de situarse en el contexto del Derecho público europeo: en caso contrario, la comprensión de la dinámica constitucional e incluso nacional sería parcial y limitada. El constitucionalista nacional debe ser hoy también constitucionalista europeo: ello nos parece un gran reto para la ciencia constitucionalista.

BIBLIOGRAFÍA

40 *Jahre Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, edición de Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Viena, 2012.

ACKERMAN, B. *The Rise of World Constitutionalism*, en *Va. Law Rev.*, 1997.

BOBEK, M. HOLUBEC, LANDTOVÁ. *And the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, en *EuConst*, 2014.

BRYCE, J. *Flexible and Rigid Constitutions*, en *Studies in History and Jurisprudence*, edición de Id., Oxford, 1901.

CARTABIA, M. *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

CASSESE, S. *Dentro la Corte: Diario di un giudice costituzionale*, Bolonia, 2015.

CASSESE, S. *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, en *Accademia delle Scienze di Torino: "Inaugurazione del 232° Anno Accademico dell'Accademia delle Scienze di Torino"*, 2015.

CLAES, M. y DE VISSER, M. *Courts United? On European Judicial Network*, en *Lawyering Europe*, edición de A. VAUCHEZ y B. DE WITTE, Oxford, 2013.

DELLA CANANEA, G. *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.

EAGLETON, T. *Was ist Kultur?: Eine Einführung*, Múnich, 2001.

FERRARESE, M. R. *Dal "verbo" legislativo a chi dice l'"ultima parola": le Corti costituzionali e la rete giudiziaria*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2011, 63.

GRABENWARTER, C. *Generalbericht*, en *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa: Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, edición de Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Wien, 2015.

GRABENWARTER, C. *Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, en *Die Kooperation der*

- Verfassungsgerichte in Europa: Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, edición de Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich, Wien, 2015.
- JAKAB, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Ungarn*, en *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band II, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, edición de A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN e P.M. HUBER, Heidelberg, 2007.
- JUREIT, U. y TIETZE, N. *Postsouveräne Territorialität*, en *Postsouveräne Territorialität: Die Europäische Union und ihr Raum*, edición de Id., Hamburg, 2015, 7 y 70 y ss
- KELSEN, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín y Leipzig, 1929.
- KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, Múnich, 2015.
- LOUGHLIN, M. *Großbritannien*, en *Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, edición de A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN y P.M. HUBER, Heidelberg, 2007.
- REIMANN, M. *The American Advantage in Global Lawyering*, en *RabelsZ*, 2014.
- SADURSKI, W. *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, 2014.
- SCHÖNBERGER, C. *Anmerkungen zu Karlsruhe*, en M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS y C. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 2011.
- SÓLYOM, L. *Das ungarische Verfassungsgericht*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VI.
- VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst*, 2010, 190 e 191.
- WENDEL, M. *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, en *Der Staat*, 2013.
- WIENER, A. y LISTE, P. *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Community of Courts*, en *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2014.

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE*

*Las relaciones entre el Derecho constitucional
y el Derecho internacional en el contexto latinoamericano*

SUMARIO

I. Introducción. II. Las relaciones recíprocas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. III. La aplicación de la jurisprudencia de la CIDH en América Latina. IV. La transformación del concepto tradicional de soberanía en los ordenamientos contemporáneos. V. La crisis de la pirámide kelseniana. VI. La superación de la pirámide kelseniana de jerarquía de las fuentes normativas. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las complejas relaciones recíprocas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional que experimentan los ordenamientos jurídicos latinoamericanos contemporáneos hacen necesario replantearse algunos conceptos que tradicionalmente se consideraban pacíficos. Verbigracia, la soberanía de los Estados, la pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas, entre otros conceptos fundamentales de nuestra disciplina, requieren de un nuevo enfoque para ponerlos a la altura de los tiempos y enfrentar los retos que plantea la realidad política y económica en el nuevo contexto internacional.

Ahora bien, el estudio de las nuevas relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no solo se refiere a la búsqueda de un marco teórico que los explique, sino que también es menester analizar las consecuencias de este nuevo vínculo, tanto para la teoría y la práctica del Derecho Constitucional como para el propio ordenamiento internacional.

Por tanto, se hace necesario analizar en este Congreso algunos de esos problemas y cómo se han abordado en el contexto latinoamericano.

II. LAS RELACIONES RECÍPROCAS ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Como es sabido, el nacimiento del Derecho Constitucional estuvo condicionado y motivado por la idea de que solo un gobierno sujeto a un Derecho objetivado, en el que existiera una división de poderes y fundado en el respeto a la soberanía popular, podía garantizar la libertad y los derechos inherentes al ser humano.

Por eso, las grandes luchas y avances de la humanidad han estado jalonadas por el reconocimiento de derechos a favor de los ciudadanos. Desde la Carta Magna en 1215, las diversas Cartas inglesas como la *Petition of Rights* (1628), el *Bill of Rights*

* Profesor Derecho Constitucional en la Universidad de Costa Rica. Corredactor, por encargo de las Naciones Unidas, de la Constitución Política de Guinea Ecuatorial. Autor de los libros *El control de la constitucionalidad de las leyes*, *La Tutela de los Derechos fundamentales*, *El Derecho de la Constitución*, *Derecho Procesal Constitucional*, *Constitución Política comentada*, *Escritos sobre Justicia Constitucional*, *Los Principios Constitucionales* y *Las Constituciones de Costa Rica. Evolución histórica*, entre otros.

(1689), la Declaración Francesa de los Derechos y Deberes del Hombre (1789), el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana (1789), las Constituciones europeas y latinoamericanas promulgadas a lo largo del siglo XIX, la Constitución mexicana (1917), la Constitución de Weimar (1919), hasta las nuevas Constituciones surgidas en la posguerra en Europa y la eclosión de los nuevos textos constitucionales en América Latina, África y Asia, ha existido una constante constitucionalización de los derechos fundamentales, que ha desembocado hoy día en el moderno Estado social y democrático de Derecho, el cual se fundamenta sobre la existencia de derechos fundamentales que garantizan la libertad de los ciudadanos en el ámbito privado, político, social, económico y cultural.

Paralelamente a la consolidación de este estatuto de los derechos fundamentales dentro del Estado moderno, se fueron creando mecanismos de protección judicial de esos derechos, comenzando por el *Habeas Corpus Act* de 1676, el control de constitucionalidad creado jurisprudencialmente en el célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1801, pasando por la aparición del recurso de amparo en México a mediados del siglo XIX y la creación de la primera Corte Constitucional en Austria en 1920.

De esa forma, durante los albores del siglo XX, el Derecho Constitucional se fue convirtiendo, poco a poco, en una especie de derecho universal de las democracias, que compartía los valores esenciales de un constitucionalismo liberal de corte social. Sin embargo, la irrupción de los regímenes totalitarios en Alemania, Italia y Rusia en la primera mitad del siglo XX produjo una seria fractura a esta concepción, pues tales regímenes se basaban en un concepto absoluto y excluyente de la soberanía estatal.

Al finalizar la II Guerra Mundial, después de haber sido derrotadas las fuerzas totalitarias, se instauró un nuevo orden, el cual se reflejó jurídicamente en la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, la cual, en su artículo 1.3., establece expresamente que uno de sus principales fines es “el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Y en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se crearon los modernos sistemas de justicia constitucional existentes hoy día en todos los países latinoamericanos, siguiendo el modelo establecido por los Tribunales Constitucionales europeos (Italia, 1947; Alemania, 1949, y España, 1978).

Lo decisivo, sin embargo, es que a partir de la finalización de la II Guerra Mundial y la entrada en vigor de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, se dio un giro copernicano, pues ya los derechos fundamentales dejaron de tener fronteras para volverse universales. Es decir, esta internacionalización se produce tanto en los ámbitos regionales europeo, americano y africano, como en el universal de las Naciones Unidas.

Dentro de este orden de ideas, en 1948 se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en Bogotá, seguida a los pocos meses por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU. A partir de estos dos instrumentos fundamentales, se inició la aprobación de los tratados sobre derechos humanos.

En el ámbito europeo, por ejemplo, se aprobó en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Por su parte, las Naciones Unidas en 1966 aprobaron dos tratados de gran relevancia en la materia: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Tres años después, se aprobó el Pacto de San José, y en 1981 se adoptó la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Lo importante de tales tratados es que le otorgan al ser humano la titularidad de los derechos reconocidos en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la legitimación como verdadero sujeto del Derecho Internacional, para hacer valer sus derechos fundamentales frente al Estado.

La eclosión de los instrumentos y tratados sobre derechos humanos permitió su avance significativo en dos vertientes: en primer lugar, en la configuración de verdaderas obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, de respeto y garantía a los derechos de las personas. Se trata de una nueva concepción del Derecho Internacional, en donde las obligaciones que surgen no son para ser cumplidas frente a otros Estados, sino para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad.

En segundo término, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos va a permitir a las personas reclamar el incumplimiento de tales obligaciones internacionales de los Estados, ante jurisdicciones internacionales de carácter judicial y, en otros casos, de órganos cuasijudiciales.

Dentro de esta óptica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido lúcidamente que los derechos humanos son unos “instrumentos constitucionales de orden público” (*European Court of Human Rights, Loizidou vs. Turkey. Judgement of 23 March 1995*, párr. 75).

Los tratados sobre derechos humanos gozan de una doble naturaleza: por una parte, incluyen normas sobre los derechos de las personas con las correspondientes obligaciones jurídicas de los Estados de respetarlos y, en segundo lugar, regulaciones sobre los procedimientos y los órganos internacionales para su protección internacional.

En el ámbito interamericano, la evolución ha sido más lenta que en Europa. En efecto, luego de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, hubo de esperarse 11 años para que, en 1959, se creara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante una resolución de una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile.

Esta Comisión, integrada por siete miembros expertos independientes, fue encargada de llevar a cabo estudios y brindar recomendaciones a los Estados, para promover los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana. La Comisión emprendió su tarea haciendo visitas *in loco* y elaborando informes sobre la situación de los derechos humanos en los diversos países latinoamericanos, haciendo, en algunos casos, recomendaciones reparatorias.

Posteriormente, se reconocieron expresamente estas potestades de la Comisión en el Estatuto de 1965. Luego, en la reforma a la Carta de la OEA en 1967, se le otorgó el estatus de órgano principal de la organización.

Sin embargo, el paso más importante en la materia se dio en 1969, cuando en San José se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su modelo fue la Convención europea sobre derechos humanos, aunque contiene algunas diferencias importantes y hace también aportes novedosos. Esta Convención contiene un capítulo sobre los derechos humanos reconocidos y las obligaciones internacionales de los Estados, y otro capítulo relativo a dos órganos de protección internacional: La Comisión y la Corte.

La Convención entró en vigor en 1978, y al año siguiente inició sus labores en su sede en San José de Costa Rica.

La Comisión adquirió relevancia durante la década de los años setenta, cuando proliferaban las dictaduras en parte de Centroamérica y casi en la totalidad de los países de Suramérica. La Comisión realizó visitas *in situ* y rindió punzantes informes sobre la situación de los derechos humanos en los diferentes países. Con ello, se demostró que este mecanismo era muy efectivo para hacerle frente a las groseras y evidentes violaciones de derechos humanos que se producían cotidianamente en la mayoría de los países latinoamericanos.

En el ámbito mundial, bajo el alero de la ONU, a partir de 1966 se fue creando un sistema convencional de protección de las personas, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su correspondiente Protocolo Facultativo, el cual otorga a las personas el derecho a dirigir comunicaciones contra los Estados Partes ante el Comité de Derechos Humanos integrado por expertos independientes. También en ese mismo año de 1966 se había aprobado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en 2008 se aprobó el Protocolo Facultativo que autoriza también el accionar internacional de las personas.

Paralelamente, se han ido multiplicando los tratados sobre derechos humanos, tales como la Convención contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelas Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de los Niños. Aparte de los cinco Comités independientes que corresponden a los tratados antes citados, existen otros cuatro órganos con competencia para supervisar a los Estados en la implementación de los respectivos derechos. Tales

Comités son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, el cual se encuentra en proceso de creación e instalación.

Todos estos órganos tienen naturaleza cuasijudicial y coadyuvan junto a la Comisión y a la Corte en la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas en el ámbito latinoamericano.

La doble expansión de los derechos humanos a través de un sistema universal arbitrado por la ONU y de tres sistemas regionales, ha permitido un desarrollo a nivel mundial de los derechos humanos, los cuales se reflejan y fortalecen recíprocamente.

Dentro de esta tesitura, por ejemplo, la existencia de las convenciones citadas y el avance innegable del Derecho Internacional en los últimos años han permitido que la prohibición de la tortura y de toda forma de discriminación se consideren hoy día normas de orden público, de acatamiento obligatorio para todos los países del mundo.

Este fenómeno antes descrito de la universalización de los derechos humanos ha ido paralelo a la internacionalización de un nuevo Derecho Constitucional Universal, que ha venido a acompañar y reforzar la construcción del nuevo orden internacional. Este nuevo orden constitucional está basado en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Como es sabido, el nuevo Estado constitucional que surgió en la posguerra profundizó las premisas del original Estado de Derecho, tales como la soberanía popular, el principio de la separación de poderes, los poderes limitados por el derecho (principio de legalidad), la constitucionalización de los derechos de carácter social, económico, cultural y ambiental junto a los tradicionales derechos civiles y políticos, el control de constitucionalidad en sus diversas manifestaciones y la protección judicial de los derechos. De toda esta convergencia de viejas y nuevas instituciones surgió el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, que es un Estado constitucional, dado que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico interno, y la jurisdicción constitucional el celoso guardián de su vigencia.

El nuevo constitucionalismo democrático entra en íntima conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante la utilización de diversas técnicas normativas. En algunos casos, las convenciones sobre derechos humanos sirven como criterio interpretativo (Perú); en otros, inclusive, se constitucionalizan los tratados (Argentina, Colombia, Guatemala), etc.

En síntesis, el nuevo Derecho Constitucional, de naturaleza democrática y vocación universal, se ha ido configurando, poco a poco, como un Derecho Constitucional de los derechos, que converge y se refuerza en el orden interno con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hacia la consolidación de un Estado de derechos.

En esta nueva realidad constitucional, los derechos tienen una doble fuente normativa: la constitucional y la internacional. Pero, además, su interpretación y protección se realiza también por una doble fuente judicial: la constitucional y la internacional, por cuanto los derechos están recogidos tanto en el texto constitucional como en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Su particular estructura jurídica, de carácter principista y elástico, permite su desarrollo y evolución jurisprudencial tanto a nivel nacional como internacional.

Los tribunales constitucionales, hoy día, realizan interpretaciones de los derechos fundamentales con base en una fuente normativa dual: el Derecho Constitucional interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este derecho judicial, que surge de tales interpretaciones, se convierte en jurisprudencia vinculante dentro de cada ordenamiento. Los tribunales internacionales, al aplicar los derechos humanos contenidos en los tratados sobre la materia, establecen también interpretaciones que se convierten en fuente de Derecho, es decir, en Derecho interpretado.

En aplicación de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, las personas adquieren el derecho de que las interpretaciones anteriores de los derechos fundamentales, ya sean las realizadas por los tribunales constitucionales nacionales o por los órganos de la jurisdicción internacional, les sean también aplicadas, salvo que el tribunal correspondiente, de manera razonada, cambie de criterio.

Hoy día, es pacíficamente aceptado que los tribunales nacionales, especialmente los constitucionales, tienen la obligación de interpretar los derechos fundamentales conforme a la interpretación que de ellos haya realizado la jurisdicción internacional. En el caso interamericano, los tribunales nacionales, a la hora de interpretar la norma convencional o constitucional que consagra un derecho fundamental, tienen la obligación de hacerlo siguiendo las pautas jurisprudenciales de la CIDH.

En todo caso, la obligación de los Estados americanos de cumplir, obedecer y ejecutar las sentencias de la CIDH dimana de la propia Convención, la cual, en su artículo 62 establece en lo conducente que “1. Todo Estado puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, *declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención*”.

Por tal razón, los tribunales nacionales deben acoger la jurisprudencia de la CIDH y aplicarla en la solución de los procesos internos. Sin embargo, la aplicación de esa jurisprudencia internacional no puede ser necesariamente literal ni formularse de manera acrítica, sino que debe hacerse tomando en cuenta, cuando fuere del caso, las particularidades de cada legislación.

En efecto, el fin perseguido por la incorporación de estándares internacionales y supranacionales en el Derecho interno es mantener *una cierta coherencia sustancial de las jurisprudencias* entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, impidiendo de esa forma que se produzcan contradicciones insalvables y buscando, al mismo tiempo, *interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos*.

Según este último principio, la eficacia de los derechos humanos debe ser equivalente en todas las jurisdicciones y para conseguir ese objetivo deben ser aplicados de manera armónica, de manera tal que se respete su contenido sustancial.

Por ello, los tribunales nacionales deben guiarse por el principio de *armonización*, que no es lo mismo que uniformidad, según lo ha precisado el TEDH, dado que cada legislación interna tiene sus propios matices que exigen una adaptación de la doctrina general sentada por los tribunales internacionales.

Esta adaptación se produce por medio de la teoría del “margen de apreciación nacional” desarrollada por el TEDH y que todavía no ha sido recogida por la CIDH.

Según esta doctrina, en todo derecho fundamental se debe distinguir un núcleo “duro” o “fundamental”, no reducible ni negociable, y otro segmento, más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., conceptos jurídicos indeterminados que varían de un ordenamiento a otro. Si un tribunal regional de derechos humanos sienta en una causa una tesis recurriendo “al margen de la apreciación nacional” de un país puntual, tal doctrina, a la medida para ese Estado, no debería obligar a los demás. En otras palabras, la obligación de seguimiento a las interpretaciones formuladas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, obliga a distinguir entre “interpretaciones en lo fundamental” o “esenciales” o “definicionales”, e “interpretaciones contingentes” o *ad hoc*, de valor solamente en principio para el caso en donde fueron formuladas.

De acuerdo con el TEDH, los ordenamientos jurídicos internos deben regirse por el principio general de compatibilidad con el Derecho convencional, constituido en Europa por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y, en el caso de América Latina, por la CADH y la jurisprudencia de la CIDH. En otros términos, de conformidad con este principio, la legislación interna debe interpretarse conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la CIDH.

No obstante, es importante señalar que el diálogo no puede ser en un solo sentido, pues en tal caso no existiría diálogo del todo, por lo que los tribunales regionales sobre derechos humanos tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia decantada, a lo largo del tiempo, por los tribunales constitucionales de los países signatarios del respectivo tratado. De esa forma, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales deben ser tomados en cuenta, conforme al principio

de progresividad, por los tribunales regionales respectivos. Consecuencia de ello, se produce un enriquecimiento recíproco entre ambas jurisdicciones.

Por otra parte, debe distinguirse este diálogo jurisprudencial fecundo entre los tribunales internos y los tribunales regionales de derechos humanos, de la competencia y obligación que tienen los tribunales internos de ejecutar las sentencias de los tribunales regionales. En este caso, estamos en presencia de una obligación jurídica concreta, que se circunscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte y resultó condenado a adoptar medidas específicas como parte de la restitución de los derechos de la víctima. En algunos casos, tales sentencias imponen obligaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc, tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias de la CIDH.

Sin embargo, la interpretación dada por el tribunal regional en esa sentencia particular, tiene efectos *erga omnes* hacia el futuro, no solo para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterios interpretativos a ser tomados en cuenta por los tribunales internos.

Sin embargo, la tesis dominante hoy día es que las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan no solo una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos.

En efecto, los casos concretos sometidos a los tribunales regionales sobre derechos humanos evidencian problemas de carácter general de los instrumentos convencionales, que requieren clarificación, salvaguarda y desarrollo.

Esta segunda función fue puesta de relieve por el TEDH prácticamente desde sus inicios en el caso Irlanda vs. Reino Unido, cuando sostuvo que “Las sentencias del Tribunal, de hecho, sirven no solo para decidir los casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por la Convención, contribuyendo así a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes (art. 19)” (EDHR, Ireland vs. United Kingdom Judgment of 18 January 1978, párrafo 154).

III. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN AMÉRICA LATINA

En la realidad jurisdiccional latinoamericana, encontramos casos muy interesantes de interpretación de la legislación conforme no solo a lo establecido en los tratados sobre derechos humanos, sino también de acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH.

La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, desde 1995, adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad, dentro del cual incluye la jurisprudencia de la CIDH. A partir de 1999, estableció que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos eran vinculantes para el Estado colombiano.

La Corte Suprema argentina representa el ejemplo más claro de aplicación de la jurisprudencia de la CIDH.

Dentro de este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el Fallo Espósito, admitió el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinguida la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por la CIDH.

Sostuvo la Corte argentina que “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (68.I CADH), por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (Considerando 6).

Previo a ello, puntualizó que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención de lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el caso “Bulacio *c/* Argentina”, en el que se declaró la responsabilidad internacional del país.

En el Fallo “Arancibia Clavel”, la Corte Suprema de Argentina declaró procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, revocando la sentencia de este último tribunal, en cuanto había declarado extinguida la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de los opositores políticos.

Entre varios argumentos, el voto de mayoría estableció que el delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste carácter de crimen contra la humanidad y, por ende, es imprescriptible a pesar de lo que indique la legislación interna, pues esta resulta desplazada por el Derecho Internacional Consuetudinario y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Para aplicar este criterio se basó en la jurisprudencia sentada por la CIDH a partir del caso Velásquez Rodríguez, según la cual es deber de todo Estado signatario de

la Convención Americana organizar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de Derecho interno sobre prescripción constituye una violación al deber del Estado de perseguir y sancionar y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (Caso Barrios Altos, sentencia del 14 marzo 2001, considerando 41; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Reparaciones, sentencia del 27 de febrero del 2002, considerando 106, entre otras).

En el Fallo “Simón”, la Corte Suprema argentina afrontó el complejo tema de analizar la constitucionalidad de las denominadas leyes de “punto final” y de “obediencia debida”. La Corte terminó declarándolas inconstitucionales. Al mismo tiempo, privó de cualquier efecto jurídico, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos penales que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales correspondientes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio argentino.

En el Considerando 24 del Fallo, la Corte dijo que las conclusiones a que llegó la CIDH en el caso “Barrios Altos”, citado en el Fallo Arancibia Clavel, tenían necesariamente que trasladarse de manera imperativa en este caso, si es que las decisiones de la CIDH “han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

En el Considerando 26, dijo que la CIDH en el precitado caso “Barrios Altos” había establecido “severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”. Del mismo modo, toda regulación de Derecho interno que, invocando razones de “pacificación” disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de Derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida”.

En el Fallo “Mazzeo”, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales varios decretos ejecutivos emitidos por el presidente de la República argentina, mediante los cuales había emitido indultos que habían beneficiado a sujetos acusados de delitos de lesa humanidad.

La Corte fundamentó su sentencia en los argumentos vertidos por la CIDH en el caso “Almonacid Arellano” de 26 de septiembre de 2006. Argumentó la Corte argentina en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un

Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” (párrafo 124).

Dentro de este orden de ideas, la Corte Suprema mexicana ha establecido que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para ella cuando es emitida en casos en que el Estado mexicano ha sido parte. Cuando, en cambio, México no ha sido parte en el proceso internacional, la jurisprudencia de la CIDH tiene “un carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorable a la persona” (Corte Suprema de México, caso Engrose varios, sentencia del 14 de julio del 2011, párrafo 15).

En Chile, la Corte Suprema ha calificado obligatorio el Derecho internacional de los derechos humanos, a fin de declarar que “es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos” (Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes, sentencia del 13 de marzo del 2007).

En Paraguay se ha declarado obligatoria la jurisprudencia de la CIDH. En efecto, se ha afirmado que “el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la CIDH en nuestro medio jurídico es una condición necesaria de la aplicación de los artículos 26 (buena fe en el cumplimiento de los tratados) y 27 (imposibilidad de alegar disposiciones de Derecho interno) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, ratificado por Paraguay..., así como del propio texto constitucional (art. 143) que “acepta el Derecho internacional” y se ajusta al principio de “protección internacional de los derechos humanos” (Juzgado de Liquidación, caso Elizabeth Flores Negri vs. el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, sentencia del 31 de julio del 2007).

Sentencias similares a las citadas se han producido, luego de 2006, en Bolivia, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, entre otros países.

Desgraciadamente, en otras legislaciones latinoamericanas la jurisprudencia de los tribunales internacionales o inclusive de la misma CIDH, no tienen ni efectos vinculantes ni condicionan la aplicación de su normativa interna, como son los casos de Nicaragua y Venezuela por supuestamente oponerse tales resoluciones a los institutos de la cosa juzgada material y a la soberanía del Estado, respectivamente.

El caso venezolano vale citarlo con algún detalle, pues revela la tergiversación que se hace de los modernos conceptos de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia venezolana ha desconocido expresamente los fallos de la CIDH y ha declarado que no los vincula en ningún sentido.

En efecto, en la sentencia 1.942 del 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional venezolana desconoció el valor obligatorio de las recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela según lo determine el TSJ/SC.

Según la sentencia en cuestión, las decisiones de estos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado.

Dijo la citada sentencia al respecto: “A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”* siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones... La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara” (Sentencia 1942-2003).

Posteriormente, la Sala Constitucional venezolana declaró inejecutable la sentencia del 1 de septiembre del 2011 de la CIDH en el caso López Mendoza c/ Venezuela, con base en los siguientes argumentos: “En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial, podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social

de Derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara *inejecutable* el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través ‘de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)’, a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal” (Sentencia 17/10/2011).

IV. LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE SOBERANÍA EN LOS ORDENAMIENTOS CONTEMPORÁNEOS

Desde hace más de cien años existe un debate interminable entre el monismo y el dualismo jurídico, es decir, si el Derecho Internacional prevalece sobre el Constitucional o viceversa.

Esta polémica continúa sin resolverse, por lo que es necesario buscar nuevas herramientas para afrontarlo y superarlo, pues es un problema que se plantea cotidianamente en todos los ordenamientos jurídicos.

Para ello, pareciera que la única forma de enfrentar exitosamente el problema planteado es mediante la aplicación de dos conceptos fundamentales: el pluralismo ordinamental y el acoplamiento de ambos ordenamientos.

Indudablemente, no se puede partir del errado concepto de que el ordenamiento constitucional es independiente del ordenamiento internacional y viceversa. Por el contrario, debemos concebirlos como dos ordenamientos que coexisten en un mundo jurídico caracterizado por el pluralismo ordinamental. Inclusive, dentro del propio Estado, existe una pluralidad de ordenamientos que se complementan, yuxtaponen o se subordinan entre sí.

En el caso de la relación entre el ordenamiento constitucional y el internacional, aquella no puede ser de subordinación o prevalencia de uno sobre otro, pues cada uno tiene una sustantividad propia y, en principio, un campo de acción independiente del otro. Sin embargo, las necesidades de la vida moderna, con su dinámica cambiante, hacen necesario que cada día se interrelacionen más ambos ordenamientos sin perder su propia naturaleza. Es decir, ambos coexisten dentro de un pluralismo ordinamental sin perder su propia identidad.

Por tanto, es necesario que se produzca un acoplamiento entre ambos, por tratarse de dos ordenamientos interdependientes y complementarios, cuya articulación y acoplamiento resulta fundamental para el correcto funcionamiento del actual escenario jurídico global y, con él, del Estado constitucional.

Este acoplamiento entre ambos ordenamientos incide directamente sobre el tradicional concepto de soberanía, según el cual el Estado, como organización territorial soberana, es el creador supremo de normas y tiene el monopolio del poder de la coacción física, que es la última *ratio* de todo poder.

La incorporación del Derecho Internacional dentro de los ordenamientos internos —especialmente la rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos— ha modificado sustancialmente este concepto tradicional de soberanía. En efecto, hoy día no puede sostenerse, con absoluta seguridad como se hacía hasta hace relativamente pocos años, que el Estado detente el monopolio en la creación de las normas supremas del ordenamiento, dado que las normas constitucionales coexisten internamente con las creadas por el Derecho Internacional, especialmente aquellas recogidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

En otros términos, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos coexisten tanto normas supremas de origen estatal como de procedencia internacional.

Modernamente, ya la soberanía nacional no es absoluta sino que se encuentra limitada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente los tratados. De manera que en la actualidad estamos en presencia de una concepción democrática de la soberanía, que técnicamente se denomina soberanía de los derechos porque limita el poder de los Estados desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el fin de proteger universalmente a las personas.

Cada Estado, sin embargo, debe buscar los mecanismos para articular este reciente fenómeno normativo.

V. LA CRISIS DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA

Lo anterior nos conduce directamente al segundo problema planteado, es decir, al quebrantamiento de la tradicional pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas.

En algunos ordenamientos, el problema no se plantea pues los tratados tienen jerarquía inferior a la Constitución y, en caso de conflicto entre aquellos y esta, prevalecerá siempre la Carta Política. Sin embargo, estos ordenamientos cada día son menos y existe una marcada tendencia, si bien no a otorgarles la misma jerarquía normativa de la Constitución, por lo menos a que esta sea interpretada a la luz de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

El mejor ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo V del Código Procesal Constitucional peruano, según el cual “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En otros términos, en este caso, los tratados sobre derechos humanos sirven como criterio de interpretación obligatorio para los órganos encargados de tutelar los derechos fundamentales de los habitantes.

Un caso excepcional es el de Guatemala, el cual le otorga a los tratados sobre derechos humanos rango superior a la Constitución (art 46 C.P.). Por tanto, son directamente aplicables para tutelar los derechos de los habitantes en ellos reconocidos, con preferencia sobre la legislación ordinaria e inclusive sobre los derechos fundamentales recogidos a nivel constitucional.

En Colombia, el artículo 93 de la Constitución de 1991 dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación durante los estados de excepción, tienen prevalencia sobre el Derecho interno. Además, los derechos y deberes consagrados en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados ratificados por el Estado colombiano.

La tendencia más generalizada es otorgarle a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango constitucional. Verbigracia, el artículo 75 inciso 22) de la Constitución argentina, luego de su reforma de 1975, dispone que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional.

Por su parte, el artículo 5 de la Constitución chilena vigente, establece la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los incluidos en los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Con ello, prácticamente se le confiere rango

constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en ese país.

El artículo 142 de la Constitución paraguaya implícitamente le otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, al establecer que solo pueden ser denunciados por los procedimientos que rigen la enmienda constitucional.

El artículo 5, párrafo LXXVII, inciso 2 de la Constitución brasileña de 1988, establece que “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o los tratados internacionales en que sea parte la República de Brasil”. Lo anterior significa que los derechos consagrados en estos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por esta ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, dispone que los tratados y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación directa por los mismos tribunales y demás órganos del Poder Público.

Finalmente, el artículo 48 de la Constitución costarricense establece que tanto los instrumentos como los tratados sobre derechos humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en los procesos de amparo. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que en caso de conflicto entre la norma de un tratado y una disposición constitucional, se aplica la norma más favorable al recurrente.

El aporte más importante de la norma precitada, es la incorporación de los instrumentos internacionales al parámetro de constitucionalidad en materia de amparo, por cuanto permite aplicar derechos consagrados en tratados suscritos por el Estado, pero todavía no aprobados o ratificados por el órgano legislativo. Entre estos se encuentran la mayoría de los Convenios suscritos con la OIT, pero que todavía no han recibido aprobación legislativa.

VI. LA SUPERACIÓN DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA DE JERARQUÍA DE LAS FUENTES NORMATIVAS

Con frecuencia se habla de la desconstrucción de la pirámide kelseniana por haber quedado superado el concepto sobre la jerarquización de las fuentes normativas, con el advenimiento e incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos internos latinoamericanos casi siempre con rango constitucional e inclusive superior, como es el caso de Guatemala.

La crisis de la pirámide kelseniana se ha profundizado luego de que el control de convencionalidad interno se haya vuelto obligatorio para los países signatarios del Pacto de San José que hayan reconocido la vinculatoriedad de la jurisdicción de la CIDH.

En efecto, como es sabido a partir del hito jurisprudencial de *Almonacid vs Chile*, el control interno de convencionalidad se ha convertido en obligatorio para los países citados. Recordemos que la Corte dijo en el párrafo 124 de esa sentencia lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

En el párrafo siguiente, es decir en el 125, la Corte agrega que “En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el Derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el Derecho interno”. Esta regla está codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, de 1969.

Esta doctrina fue repetida, sin ulteriores variantes, en los casos *La Cantuta vs. Perú* del 29 de noviembre de 2006, considerando 173, y en *Boyce vs. Barbados*, del 20 de noviembre de 2007, considerando 78. Sin embargo, en el caso de *Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, en el Considerando 126, la Corte precisó mejor su doctrina en la siguiente forma:

Cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el cuadro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Esta nueva realidad jurídica nos obliga a replantearnos el concepto de jerarquía interna de las fuentes y a buscar una armonización (acoplamiento) entre los con-

ceptos tradicionales del Derecho Constitucional en la materia y los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El ordenamiento procesal constitucional costarricense ofrece una solución muy plausible y que pareciera resolver el tema de manera satisfactoria.

La solución consiste en recepcionar de manera expresa, en el ordenamiento interno, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parte integrante del Derecho nacional y, en consecuencia, como parámetro de validez del ordenamiento interno.

Para precisar mejor este acoplamiento entre el Derecho Constitucional y el Internacional sería más conveniente utilizar, en lo sucesivo, el concepto más amplio y genérico de Derecho de la Constitución, el cual englobaría no solo al ordenamiento constitucional interno, sino también a las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de la CIDH, que es vinculante para los órganos jurisdiccionales internos de los países signatarios de la Convención.

Esta nueva concepción fue recogida en 1989 por la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense. En efecto, en sus artículos 1 y 2 de la citada ley, se habilita expresamente a la Sala Constitucional para ejercer simultáneamente el control de convencionalidad con el de constitucionalidad, al disponer, en lo conducente que “corresponde a la jurisdicción constitucional garantizar los principios y normas del Derecho Internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación (art. 1) y “le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: a)... b) ejercer el control de constitucionalidad..., así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o comunitarios, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad” (art. 2).

Asimismo, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución, la Sala Constitucional ejerce el control de convencionalidad por medio de los procesos de amparo, dado que los instrumentos y tratados en materia de Derechos Humanos, vigentes en la República, forman parte del parámetro de legitimidad en aquellos procesos.

De esa forma, se produce la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comunitario dentro de los ordenamientos internos, y sus normas y principios se aplican paralelamente con las disposiciones constitucionales, con lo cual se evitan los conflictos entre unas y otras. En otros términos, se ejerce paralelamente un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad sobre la legislación ordinaria interna, con lo cual se logra un acoplamiento perfecto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Cuando la norma convencional otorga mayor protección que la disposición constitucional, se aplica la primera no porque tenga mayor rango normativo que la segunda, sino en virtud del principio de preferencia de normas recogido en el

artículo 29 de la CADH, según el cual “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido: a)... b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este principio cobija también el denominado “principio de la norma más favorable a la víctima”, que ha tenido una aplicación extensa en la jurisprudencia de la CIDH. Sin embargo, como lo vimos *supra*, solo la Constitución venezolana lo recoge en su artículo 23 a nivel latinoamericano.

VII. CONCLUSIONES

El análisis realizado nos permite concluir que existe un diálogo fecundo y recíproco entre los tribunales internos y los que ejercen jurisdicción internacional sobre derechos humanos en la actualidad.

Esta convergencia entre ambos Derechos ha permitido construir, de manera paulatina, un nuevo concepto de Derecho Constitucional basado sobre la preeminencia de los derechos fundamentales, al que se denomina como Derecho Constitucional de los derechos.

Como consecuencia directa de este nuevo fenómeno jurídico, se hace necesario revisar el contenido de algunos de los institutos constitucionales tradicionales, tales como la soberanía del Estado y la aplicación de la pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas.

Las legislaciones latinoamericanas han evolucionado rápidamente hacia la recepción en sus ordenamientos internos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo cual se ha enriquecido notablemente la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales.

Finalmente, esta doble protección jurisdiccional –nacional e internacional– que gozamos los habitantes de la mayoría de los países latinoamericanos, ha consolidado la vigencia y protección de los derechos fundamentales en nuestros países mediante la introducción de nuevas técnicas procesales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. “The rise of World Constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, n.º 83, 1977, pp. 771 ss.
- AYALA CORAO, C. “Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad”, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

- AYALA CORAO, C. “El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica, 1994.
- BOBBIO, N. “El tiempo de los derechos”, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- CANCADO TRINDADE, A. A. “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- CARRILLO, J. A. “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos” en *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001.
- DE VERGOTINNI, G. “Más allá del diálogo entre Tribunales”, Madrid. Cuadernos Civitas, 2010.
- DÍEZ-PICASSO, L. M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.
- FIX ZAMUDIO, H. *El amparo mexicano*, México, Porrúa, 2010.
- FIX ZAMUDIO, H. “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de la Derechos Humanos”, en *La Justicia Constitucional y su internacionalización*, México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 583-673.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.
- LÓPEZ MEDINA, D. *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2000.
- PETERS, A. “The Globalization of State Constitutions”, *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, 2007.
- SERNA DE LA GARZA, J. M. “Globalización y Derecho Constitucional Comparado” en *La Justicia Constitucional y su internacionalización*, México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, 759-789.
- VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2012.
- VON BOGDANDY, A. “Configurar la relación entre Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público”, en *La Justicia Constitucional y su internacionalización*, México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, 559-582.
- WEILER, J. *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999.

CALOGERO PIZZOLO*

*Normas interconectadas y diálogo
en una comunidad de intérpretes finales*

SUMARIO

I. El proceso de transnacionalización del Derecho constitucional: de la fase ascendente a la fase descendente. II. De la unidad a la pluralidad interpretativa. III. Definición del núcleo problemático: la formación de normas interconectadas y la superación de la ordenación jerárquica. IV. El diálogo interjurisdiccional: ¿una salida al conflicto por la última palabra? V. La Corte Interamericana como “intérprete final” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el control de convencionalidad. VI. Consideraciones finales.

I. EL PROCESO DE TRANSNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: DE LA FASE ASCENDENTE A LA FASE DESCENDENTE

Los ordenamientos jurídicos nacionales fueron desarrollándose bajo el *paradigma del Derecho constitucional clásico* principalmente en los siglos XVIII y XIX. La idea de Constitución fue central entonces: ella refería con diversos matices –ya sea tratándose de normas escritas o no escritas– a *normas supremas* con capacidad de condicionar al resto de las normas que se integraban en una unidad jurídica. No fue casual que, con el tiempo, se apelara a la figura de una *pirámide* para explicar la ordenación jerárquica con base en la Constitución.

Las normas constitucionales demuestran ser las normas fundadoras de un orden jurídico determinado y, en consecuencia, son *normas básicas de referencia*. A partir de ellas se obtienen los parámetros de legalidad, los criterios de validez jurídica que permiten identificar a cualquier norma *no constitucional* con el sistema que las normas constitucionales inauguran. Con su existencia comienza a integrarse un ordenamiento jurídico, ya sea por vía de producción normativa o por vía de interpretación, en *clave constitucional*. Todas las normas del ordenamiento estatal conducen a la Constitución porque es de ella, en última instancia, de donde inferen su validez jurídica. Ninguna otra norma que se integra en la unidad normativa cumple esta *función fundacional* exclusiva de las normas constitucionales. Estas normas, consecuencia directa del ejercicio de un poder constituyente originario, depositario primario de la legitimidad de todo el ordenamiento estatal, vinculan a

* Estudios posdoctorales en la Universidad de Udine, Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, donde es profesor regular de las materias Derecho Constitucional, Elementos de Derechos Humanos y Garantías y Derecho de la Integración. Director del Curso de posgrado “Integración regional y protección de los Derechos Fundamentales. El Derecho Constitucional Transnacional”, en la Universidad de Buenos Aires. Codirector del Curso sobre “Protección Supranacional de los Derechos Humanos” en la Universidad de Perugia. Catedrático Jean Monnet de derecho constitucional europeo. Profesor visitante en universidades latinoamericanas y europeas. Autor de diversas obras jurídicas.

su creación el *hecho fundacional*. La *primera palabra*, en la integración de un orden jurídico, la tiene entonces la Constitución.

Ahora bien, la época actual parece señalar una diferencia sustancial respecto a la precedente: *la unidad interpretativa representada por la Constitución se ha perdido*. En su lugar, se impone un *espacio jurídico fragmentado, dividido en una pluralidad de órdenes jurídicos*.

La globalización, fenómeno transversal propio de nuestro tiempo, lleva la mayor responsabilidad de este cambio de época. La *transnacionalización del Derecho constitucional en tanto proceso preexistente*, con la globalización, experimenta un cambio de fase trascendental¹. Este cambio tiene por lo menos dos características que debemos observar.

En primer lugar, la *idea de constitución* acuñada bajo el paradigma del Derecho constitucional clásico ha sobrevivido al cambio de época y se reproduce –con diversos matices– más allá de las fronteras del Estado–Nación. No deja de ser paradójico, por tanto, que la idea que sirve de fundamento a la organización jurídica estatal sea *revivida* como fundamento de los ordenamientos jurídicos supranacionales². La “pretensión de globalidad” de la norma constitucional, afirma Bustos Gisbert, en tanto norma reguladora de los procedimientos y de los criterios sustantivos últimos para la resolución de los problemas planteados en la dinámica política, ha “desaparecido” como aspiración de todo texto constitucional, pero no la “idea de Constitución”³.

1 Véase PIZZOLO, CALOGERO, “La constitución frente a la integración supranacional y al derecho internacional de los derechos humanos”, participación en obra colectiva *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Ediciones EUDEBA, Buenos Aires, 2012, pp. 365-382; y “La fase descendente del derecho constitucional transnacional: explicación y alcance”, *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi*, Bologna, 6 marzo 2012, Filo-diritto, Bolonia, 2012, Capítulo XIII.

2 La “idea de constitución” aparece directamente en la jurisprudencia de los tribunales supranacionales al momento de explicar la *función constitucional* de los Tratados fundacionales. Esto es, de su transformación en normas básicas de referencia. Así, el hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se refiere a los Tratados fundacionales como “Constitución interna” o “Constitución de la Comunidad” (cfr., Dictamen Nr. 1/76 de 26 de abril de 1976 sobre el Proyecto de Acuerdo para establecer una Fundación con el fin de favorecer el abandono voluntario de los canales fluviales internacionales por parte de los cargadores); o bien como una “*carta constitucional fundamental*” denominación que mantiene hasta la actualidad (Cfr. sentencia de 23 de abril de 1986, asunto 294/83 [*Los verdes*], apartado 23; Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación de un Espacio Económico Europeo; Dictamen 1/00 de 10 de abril de 2002 sobre la creación del Espacio Europeo Aéreo Común entre la Comunidad Europea y países terceros; Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes; y más recientemente Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 sobre el Acuerdo de Adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este último instrumento internacional, por su parte, es denominado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como “*instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos*” (cfr. sentencia de 4 de marzo de 1992 [*Christomos c. Turquía*], párrafo 22; sentencia de 23 de marzo de 1995 [*Loizidou c. Turquía*], párrafo 75; sentencia de 6 de diciembre de 2012 [*Michaud c. Francia*], párrafo 103, entre muchas otras).

3 BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Editorial Porrúa, México D.F., 2011, p. 17.

La reproducción de normas constitucionales creadoras de un orden jurídico autónomo a nivel supranacional, sin la participación de un poder constituyente originario que las legitime —problema central que el mismo ordenamiento debe superar—, se exhibe como una de las características centrales del Derecho en el siglo XXI. La *articulación normativa* de órdenes jurídicos desarrollados a partir de normas básicas de referencia que actúan como parámetros de una nueva legalidad supranacional, es un hecho del presente.

En segundo lugar, la transnacionalización del Derecho constitucional conlleva a la creación de categorías, ya sea en la fase *ascendente* o *descendente* —esto es, del espacio nacional al supranacional y viceversa—, que traspasan abiertamente las fronteras del lugar de su creación *migrando hacia infinidad de sistemas jurídicos que las adoptan como propias*. Se trata de un fenómeno al que De Vergottini señala como “migración de ideas constitucionales” y el cual pretende indicar el “flujo dinámico de estímulos constituidos por la difusión y el conocimiento, unas veces superficial y otras profundo, de ideas en las que se basan los ordenamientos constitucionales”⁴.

Dentro de las categorías desarrolladas y difundidas por las *corrientes jurídicas transnacionales* en el presente, merecen particular atención aquí las *fórmulas constitucionales habilitantes* y las *fórmulas constitucionales puente*. Ambas fórmulas —que en sí mismas reflejan el ejercicio de la primera palabra por parte de los redactores de la Constitución—, se caracterizan por un *mandato de apertura* desde el Derecho interno hacia los órdenes jurídicos supranacionales. En el primero de los casos, mediante la posibilidad de *atribuir competencias* —otrota bajo la órbita estatal— a instituciones supranacionales (por ejemplo, la Unión Europea, en adelante UE)⁵. En el segundo, permitiendo el *ingreso*, desde el espacio supranacional, de normas que se integrarán al Derecho interno como parámetro de validez jurídica o sea como normas básicas de referencia. Estas últimas normas ya no son la expresión solo de las normas constitucionales —únicos parámetros de legalidad primaria en la época clásica de la fase ascendente—; en la fase descendente actual, se han transformado en *normas compuestas* que se integran a partir de componentes normativos nacionales y foráneos. Es decir, constituyen *normas interconectadas* sobre todo a una materia común como los derechos humanos⁶.

4 DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cuadernos Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 46.

5 En nuestro país la fórmula de atribución de competencias se encuentra en el inciso 24 del artículo 75 CN. Ejemplo de estas fórmulas en la región las encontramos, entre otras, en las siguientes constituciones: Venezuela art. 153; Ecuador art. 419; Bolivia art. 257; Colombia arts. 150.16 y 227; y Paraguay art. 145. Para un estudio en particular de estas fórmulas en la región y Europa véase PIZZOLO, CALOGERO, *Derecho e Integración Regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010.

6 Es el caso del inciso 22 del artículo 75 CN. La influencia de esta corriente jurídica transnacional puede observarse en la mayoría de los países latinoamericanos. Véanse por caso, entre otras, las siguientes constituciones: Colombia art. 93; Perú Cuarta disposición final; Bolivia arts. 256 y 410.II donde encontramos expresamente

El “principio de apertura constitucional” –sostiene Gomes Canotilho⁷– significa, en primer lugar, la inclusión del Estado en la comunidad internacional, aceptando las dimensiones fácticas y jurídicas de interdependencia internacional. La apertura internacional presupondrá, indisolublemente, la “apertura de la constitución” que deja de tener la pretensión de proporcionar un esquema de regulación exclusivo y totalizador sobre la base de un poder soberano para aceptar los marcos reguladores de la comunidad internacional⁸.

Como se ha advertido, la transnacionalización del Derecho constitucional no es un proceso iniciado en la era de la globalización. Las ideas constitucionales nacieron *fronteras adentro* del Estado-Nación, sirvieron –sobre todo– para la transformación de este en un Estado constitucional de Derecho. En la transnacionalización que estudiamos, las ideas constitucionales se gestaron primero en el *espacio nacional* para difundirse luego *más allá* de las fronteras nacionales. En efecto, categorías clásicas como *soberanía*, *poder constituyente* o bien *supremacía constitucional* son el producto de realidades particulares vinculadas al propio Estado-Nación: el fortalecimiento de la autoridad del absolutismo monárquico del que da cuentas Bodino en el siglo XVI⁹, el aporte de Sieyès a la Revolución francesa¹⁰, o la necesidad de consolidar la supremacía de la constitución federal en los años que siguen a la independencia de los EE. UU. a través del desarrollo del control de constitucionalidad¹¹. El proceso, de este modo, nace

mencionada la expresión “bloque de constitucionalidad”; Ecuador arts. 417-424; Venezuela art. 23; México art. 1; Guatemala art. 46; y República Dominicana, artículo 74.3.

7 Al comentar el artículo 7 de la constitución portuguesa referentes a las relaciones internacionales.

8 GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Edições Almedina, Coimbra, séptima edición (undécima reimpresión), 2003, p. 369.

9 Véase BODINO J., *Los seis libros de la república*, Aguilar, Madrid, 1973. También puede consultarse GARCÍA GESTOSO, NOEMÍ, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n.º 120, abril-junio 2003, pp. 301-328; y *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2004, p. 381. HELLER atribuye el concepto de soberanía que construye Bodino a la lucha que condujo a Francia, bajo la dirección de su rey y de la Universidad de París, en contra de su subordinación a la Iglesia católica y al imperio, sin olvidar la disgregación del poder estatal en manos de los señores feudales (HELLER, HERMANN, *La soberanía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 80).

10 Las leyes fundamentales del *ancien régime* sirvieron de muy poco a los revolucionarios franceses en 1789 cuando se vieron en la necesidad de fundamentar la nueva constitución que decidieron imponer. Al desconocer la autoridad real desconocían también la *fuerza de legitimación* de esta, el vacío así creado no tardó en ser llenado por la teoría del poder constituyente (*pouvoir constituant*) que oportunamente promovió el abate SIEYÈS (véase especialmente el capítulo V de su ensayo *¿Qué es el tercer estado?*). La teoría que recurre a un poder constituyente como *hacedor* de una constitución –y por ende fuente de su legitimación–, desde entonces se exportó desde Francia al mundo, convirtiéndose en una categoría central de la fase ascendente del derecho constitucional transnacional desde el cual, con diversas tonalidades, pasa a los distintos derechos constitucionales nacionales tal como la conocemos hoy.

11 Véase BLANCO VALDÉS, ROBERTO L., *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 376.

de una *fase ascendente*: desde abajo hacia arriba, del espacio nacional a otros espacios nacionales por entonces en formación¹².

Nuestro tiempo, en cambio, a diferencia de lo expuesto, está determinado por la *fase descendente* a causa de la *inversión* de la fase –potenciado al finalizar la Segunda Guerra Mundial– que ha producido la globalización. La fase actual de la transnacionalización del Derecho constitucional *se inicia en un espacio distinto al Estado-Nación que conoció la fase ascendente precedente*.

La diferencia entre ambas fases radica, entonces, en el *origen* de las categorías constitucionales que, primero, se *desarrollan* y, luego, se *expanden* actuando sobre los distintos órdenes jurídicos. En la fase descendente actual, el espacio nacional *cede* ante el impulso de la globalización que, a su vez, se corporiza tanto en el fortalecimiento de un espacio global o universal como de un espacio regional¹³. El Derecho asume para sí un carácter transnacional, reflejándose en una cadena de espejos, expresándose en diversas lenguas, pero promoviendo una cierta uniformidad en su contenido. El hecho de que la fase se haya invertido ha generado en la actualidad una traslación de las categorías constitucionales *desde arriba hacia abajo*, desde el espacio supranacional al nacional. La existencia de un consenso sobre el reconocimiento universal de derechos humanos y, por tanto, su reproducción en la mayoría de las constituciones del mundo, es lo que mejor expresa esta idea¹⁴.

12 Las ideas que inspiraron a los revolucionarios franceses tuvieron especial acogida en una América donde se estaba gestando el proceso de independencia de las metrópolis europeas. La ola expansiva que significó la fase ascendente del proceso de transnacionalización del derecho constitucional se manifestó en un constante *flujo de ideas* –sirva de ejemplo la traducción que el propio Mariano Moreno hizo en 1810 de la obra *El contrato social* (1792) de Rousseau– que tendrá su materialización normativa en proclamas, declaraciones de independencia o incipientes textos constitucionales. Ello impacta directamente en los orígenes del constitucionalismo en la región. Es elocuente al respecto también el pensamiento de José Benjamín Gorostiaga en la Asamblea Constituyente, donde daría a luz la constitución argentina. En la sesión del 20 de abril de 1853, al presentar el Informe oral sobre el Proyecto de Constitución de la Comisión *ad hoc*, expresa que: “El Proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”.

13 La globalización no podría resultar ajena al Derecho –en especial al derecho constitucional–, y este no podría ignorar la globalización. La consecuencia de lo dicho es algo tan simple como complejo: un *derecho globalizado*. CASSESE, en un capítulo que lleva por título *De la economía globalizada a la globalización del derecho*, razona: a la globalización económica la acompaña una globalización jurídica, ¿o la primera se desarrolla fuera del Derecho? Y refiriéndose al derecho globalizado se pregunta cuál es la “base constitucional” sobre la cual se funda este “complejo de poderes, legitimándolo”. El “orden jurídico global” está formado de diversos sistemas regulatorios, unos superpuestos a otros, con muchos lazos internos. Por principios y reglas comunes que tratan de afirmarse. El jurista italiano señala el que probablemente sea el mayor desafío de un derecho globalizado: enfrentar las *razones de su legitimidad* o lo que es lo mismo, defender sus fundamentos constitucionales. No resulta extraño entonces que CASSESE finalice su obra preguntándose “si el constitucionalismo no está asumiendo nuevas formas, que se nos escapan solo porque nuestros ojos no están acostumbrados a verlas” (CASSESE, SABINO, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, primera edición 2006).

14 Ver FERRAJOLI, LUIGI, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *ISONOMÍA*, n.º 9 / octubre 1998, pp. 173-184.

Jacqué explica este proceso y sus consecuencias. El período posterior a la Segunda Guerra Mundial estuvo marcado, afirma, “por la multiplicación de sistemas, incluso, de órdenes jurídicos nuevos y yuxtapuestos”. Lo dicho ha traído como consecuencia, que la potencialidad del conflicto entre sistemas “se ha multiplicado”; ha creado una “complejidad formidable” en la articulación de la relación entre órdenes jurídicos a punto tal que la pluralidad de interpretaciones en materia de derechos “perjudica la seguridad jurídica”¹⁵. La “galaxia jurídica contemporánea”, concluye Jacqué, “está constituida de planetas que evolucionan los unos en relación con los otros, y cuyos recorridos se cruzan en múltiples ocasiones”¹⁶.

II. DE LA UNIDAD A LA PLURALIDAD INTERPRETATIVA

La principal consecuencia de esta *apertura* del Derecho interno hacia el espacio jurídico supranacional, originada en la expresión de la primera palabra por parte de las normas constitucionales, ha sido el *pluralismo jurídico* –o bien la presentación del Derecho como un espacio pluridimensional–; la segunda –claro efecto de la primera–, la *pérdida de la unidad jurídica fundada en las constituciones decimonónicas*. Todo lo cual ha traído como consecuencia directa la *erosión* del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad a cargo de un juez nacional que ostentaba, como una de sus principales competencias, el *derecho a la última palabra en la interpretación del orden jurídico*. La unidad jurídica se manifestaba, por lo tanto, en una *unidad interpretativa*. A los jueces se les reconocía la última palabra en la medida que ellos ocupaban la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente.

La consolidación de ordenamientos jurídicos autónomos *más allá* del Estado, en el *espacio supranacional*, ha traído a su tiempo la aparición de jueces supranacionales que promueven un control de legalidad, ya no inspirado en la Constitución como norma suprema, sino en tratados internacionales reconvertidos en *Tratados fundacionales* a los que se les asigna una clara *función constitucional*: constituirse en nuevos parámetros de validez más allá de las normas constitucionales nacionales. En este sentido, *el pluralismo jurídico se exhibe así mismo como un pluralismo constitucional*¹⁷.

15 Las referencias son a las Naciones Unidas y las “instituciones especializadas” y, más recientemente, a la OMC, a los sistemas regionales de protección de derechos humanos y la UE (Cfr. JACQUÉ, JEAN-PAUL, “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n.º 69, pp. 3-4.

16 Ídem, p. 6.

17 Existe una abundante bibliografía sobre esta materia, entre otros textos podemos citar: MAC CORMICK, NEIL, “Beyond the Sovereign State”, en *Modern Law Review* 56, pp. 1-18; *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 1999; WALKER, NEIL, “The Idea of Constitutional Pluralism”, en *EUI Working Paper LAW* Nr. 2002/1; “Taking Constitutionalism Beyond the State”, en *Political Studies* (2008), vol. 56, pp. 519-543; “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate”, en *LEQS Paper* n.º 08/2009;

Dicha autonomía exige a estos ordenamientos supranacionales, ante un conflicto con el Derecho interno, la defensa de la primacía de su *Derecho originario* como en los siglos precedentes, a nivel nacional, se impuso la defensa de la supremacía constitucional. Consiguientemente, los jueces supranacionales reclaman para sí también el derecho a la última palabra y el monopolio exclusivo que el mismo implica en la interpretación de los Tratados fundacionales y, en su caso, del derecho derivado¹⁸.

La *tensión interordinamental* a partir del pluralismo jurídico entre los ordenamientos involucrados, es propia de nuestro tiempo. Escribe al respecto Cruz Villalón que las constituciones nacionales “no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras”. Las constituciones nacieron con no pocos problemas y no pocas tareas, pero entre ellas no se encontraba la de generar pautas de convivencia interna. Por el contrario, las constituciones nacionales, como las entendemos hoy día, “se imaginaron como normas supremas de unidades políticas idealmente aisladas: normas organizativas y limitativas de los poderes del Estado”. Otra cosa no tenían que decir, pero ello era suficiente para afirmar su “posición única y su posición de supremacía”¹⁹. Al describir el espacio constitucional europeo actual, el citado autor señala que se trata de un ámbito en el cuál cada una de sus comunidades nacionales integrantes “no se rige exclusivamente por la respectiva Constitución nacional, sino en el que, junto a estas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad”²⁰. En otras palabras, las constituciones nacionales devienen en “constituciones integradas”. Van a dejar de ser “Constituciones enteramente autodeterminadas”²¹.

El concepto de pluralismo jurídico, señala Von Bogdandy, no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que “existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Este

“Constitutionalism and Pluralism in Global Context”, en *RECON* (2010), n.º 3; KOMÁREK, JAN, “Institutional Dimension of Constitutional Pluralism”, en *Eric Stein Working Paper* n.º 3/2010; KRISCH, NICO, “The Case for Pluralism in Postnational Law”, en *Society and Economy Working Papers* 12/2009, LSE Law (London School of Economics and Political Science); SWEET, ALEC STONE, “The Structure of Constitutional Pluralism”, en *I.CON* (2013), Yale Law School, vol. 11 n.º 2, pp. 491–500; NÚÑEZ, MANUEL A., “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, en *Revista chilena de derecho*, 2004, vol. 31 n.º 1, pp. 115–136; AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “La internacionalización del Derecho Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, 2007, año 5, n.º 1, pp. 223–281; y VON BOGDANDY, ARMIN, *Hacia un nuevo derecho público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, México, 2011.

18 Los tribunales constitucionales por caso –escribe FERRERES COMELLA– han perdido el monopolio que se les confirió en el pasado, pues “ya no son los únicos tribunales que pueden descalificar una ley parlamentaria por contradecir normas supremas” (cfr. FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 22).

19 Ver CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 134.

20 Ídem, p. 14.

21 Ídem, p. 61

concepto conlleva además, afirma el mismo autor, importantes consecuencias para la concepción del Derecho constitucional: “Ninguna constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un «pluriuniverso» normativo”²². En este contexto, se propone el concepto de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” para explicar las relaciones normativas.

Häberle, refiriéndose a los Estados que integran la UE, afirma que viven en una “comunidad constitucional”; estos tienen con Europa una “Constitución común”. Para la “viva comunidad constitucional de Europa”, sostiene este autor, se puede elegir la metáfora de “un edificio con muchas casas”, las cuales pertenecen a cada uno de los Estados miembros, pero también a Europa. Es la interacción entre ambos órdenes (UE y Derecho nacional), lo que determina la Constitución real de cada Estado miembro que es ya en parte europea y en parte interna²³. En suma, Häberle ve a Europa como un “conjunto de constituciones parciales”²⁴.

De Vergottini, comentando las afirmaciones de Häberle, sostiene que tiende a afirmarse lo que se ha llamado Derecho constitucional “cosmopolita” o “abierto”, expresión de una especie de interdependencia de los diversos ordenamientos porque se refiere a los principios de fondo que los caracterizan, principios que se consideran que forman una especie de “Derecho constitucional común”. En este clima, afirma el citado autor, se ha mantenido que la temática del diálogo entre jueces –que el mismo autor estudia– produciría la “ruptura” de la idea misma de sistema jurídico como sistema cerrado, permitiendo al juzgador resolver una cuestión de constitucionalidad partiendo de infinitos “parámetros extrasistémicos” provenientes de un número no precisado y no definido de ordenamientos jurídicos distintos del nacional. Todas estas teorías, establece De Vergottini, tienen en común el hecho de que comparten el reconocimiento de la crisis o incluso la “superación del principio tradicional de soberanía estatal y de la conexas preeminencia del Derecho positivo estatal”²⁵. El debilitamiento del principio de soberanía, concluye De Vergottini, “ha provocado una acentuación del pluralismo de los ordenamientos a diversos niveles –global, supranacional, estatal–, sin permitir, sin embargo, la constitución de un orden nuevo con sus jerarquías y reglas claras de operatividad”²⁶.

22 VON BOGDANDY, ARMIN, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitución-nalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 26.

23 HÄBERLE, PETER, “¿Tiene España y Europa una Constitución?”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública - Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, n.º 12, julio-diciembre 2009 pp. 389-391.

24 HÄBERLE, PETER, “Aspectos de una teoría constitucional para Europa”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, Núm. 64, 2005, pp. 16-17.

25 VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, *Más allá del diálogo entre tribunales (...)*, ob. cit., p. 66-67.

26 Ídem, pp. 74-75.

III. DEFINICIÓN DEL NÚCLEO PROBLEMÁTICO: LA FORMACIÓN DE NORMAS INTERCONECTADAS Y LA SUPERACIÓN DE LA ORDENACIÓN JERÁRQUICA

Detrás del pluralismo constitucional, aparece el *problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales*. Esto último en el sentido de que todos los intérpretes reclaman para sí el derecho a la última palabra. Los miembros de esta comunidad *debieran*, pues, mediante el diálogo interjurisdiccional, establecer coincidencias que tornen pacífica la *cohabitación normativa* en un espacio común (ver punto IV). Al final, expresa De Vergottini, corresponde a los jueces de los distintos niveles intervenir para poner orden. Son los tribunales los que se convierten en protagonistas de un nuevo orden de relaciones²⁷.

El problema que abordamos queda expuesto al indagarse sobre el *ámbito territorial* de aplicación del derecho creado en el espacio supranacional y el *ámbito competencial* a partir del cual este ha ido evolucionando. En cuanto a lo primero, aquel Derecho carece de un territorio propio donde desplegar su vigencia. El problema surge, en efecto, porque se trata de un derecho que *se inserta* en el territorio nacional—proveniente del espacio supranacional— y, desde entonces, pasa a *cohabitar* con el Derecho interno propio de cada Estado.

El segundo aspecto tiene que ver con que los distintos ordenamientos que convergen desde el espacio supranacional hacia el territorio nacional *convergen también hacia una materia común en especial los derechos humanos*. Ruggeri profundiza en este segundo aspecto problemático, afirmando que los “derechos fundamentales hoy existen como ‘interconstitucionales’” o “clara y simplemente no existen”. Se establece, de este modo, una relación de “mutua alimentación” entre la Constitución y los derechos “en el sentido de que ninguno de los dos términos de la relación puede ser pensado sin el otro”. Los derechos, según Ruggeri, son “interconstitucionales” porque “son hijos de una Constitución ‘abierta’ que a manos llenas se alimenta de otras Cartas [instrumentos internacionales que reconocen derechos] que, incluso, son constitucionales teniendo carácter supranacional”²⁸.

La noción de *norma interconectada* nos permite visualizar este *núcleo problemático*. Este tipo de norma *presupone la existencia de una materia común y una regulación plural*: los derechos humanos—por caso— están regulados en la constitución nacional, en distintos instrumentos internacionales (tratados, pactos, declaraciones,

27 Idem, p. 75.

28 RUGGERI, ANTONIO, “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il «dialogo» tra Corti europee e Corti nazionali”, en *federalismi.it*, n.º 18/2014; y “«Dialogo» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, en *federalismi.it*, n.º 24/2013.

convenciones) e incluso en una Declaración de derechos propia de un proceso de integración regional como ocurre en la UE.

Ahora bien, la mayoría de las dimensiones jurídicas que convergen hacia el *espacio jurídico común* estatal contienen órganos que reclaman para sí la competencia de interpretar en última instancia y, por ende, *garantizar* —ante un conflicto con el Derecho interno— la aplicación prioritaria de los componentes normativos de origen supranacional que se integran en normas interconectadas.

La *tensión* se genera, entre los jueces nacionales y los órganos supranacionales, no tanto por la existencia de estos últimos, sino por las consecuencias de su intervención: en la práctica, el control de legalidad en sede supranacional implica el *desplazamiento o bloqueo* de toda norma nacional—incluidas las normas constitucionales— en situación de conflicto con los componentes normativos foráneos que integran las normas interconectadas. Ello porque estas últimas —y no ya siempre las normas constitucionales, reducidas ahora a un componente normativo de origen interno— son utilizadas como normas básicas de referencia, o sea, como *nuevos parámetros* de legalidad primaria²⁹.

Encontrar una salida a esta tensión ha significado, con distintos matices, el desplazamiento del *principio de jerarquía* como ordenador de normas jurídicas unitarias. Lo que plantea la “lectura constitucional” actual —escribe Cruz Villalón refiriéndose concretamente a la UE—, es algo distinto a lo que hemos visto hasta ahora: una “nueva pluralidad constitucional”. Es pluralidad porque se trata de una constitucionalidad que viene a sumarse a otra ya existente. Se abandona el terreno de las organizaciones internacionales para asumir el carácter de una organización singular³⁰.

Lo dicho hasta aquí, en opinión de García Roca, se proyecta en “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al «monopolio» para el control de las leyes del cual emana la misma idea de «valor de ley»”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales: “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red”³¹.

29 Ver MEZZETTI, LUCA, “Primazia del diritto sopranazionale e supremazia della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale degli ordenamenti dell’Europa occidentale (Italia, Germania, Francia, Spagna)”, en *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Filo-diritto, Bolonia, 2012, Capítulo IX.

30 CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La constitución inédita (...)*, ob. cit., p. 137.

31 GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, n.º 30, 2012, p. 215.

La adopción de la idea de pluralismo constitucional *supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre los distintos componentes normativos de las normas interconectadas*. Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no solo, en la jerarquía entre normas al punto tal de que Gomes Canotilho defiende que la pirámide normativa está anticuada. En general, se decía y enseñaba que la Constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas construido bajo la forma de una “pirámide jurídica”, la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo, sentencia el citado autor, no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del Derecho internacional y el actual Derecho de la UE: no existe solo una norma en la cúspide del ordenamiento, en el nivel superior se sitúan varios ordenamientos superiores –ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)– cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la supremacía normativa o, por lo menos, la aplicación preferente de sus normas y principios³².

García Roca apunta que el punto de partida del que arranca el discurso del diálogo “parece inevitable”. Refiriéndose a Europa, señala que vive tiempos de “pluralismo constitucional”. Ello implica que, en el espacio europeo, las relaciones entre los Tratados de la UE, las Constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión común a todas las relaciones fundadas en el diálogo”. La vieja pirámide de la teoría escalonada del Derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena –concluye García Roca–, “ya no nos vale como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema”³³.

Jacqué insiste en que la visión fundada en la ordenación jerárquica que propone la pirámide de Kelsen, no permite explicar la realidad actual: si el análisis clásico conserva cierta utilidad en el estudio de la relación entre normas hacia el interior

32 GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 695.

33 GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, pp. 226–227. Las necesidades inherentes a la integración europea y latinoamericana “nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un tratado puede no ser una constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como v. gr., ocurre en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación” (*Ídem*).

de un mismo orden jurídico, afirma, aquel cede al momento de intentar explicar las relaciones complejas entre ordenamientos jurídicos³⁴.

En este contexto de pluralismo constitucional, la pirámide como figura explicativa de la geometría jurídica deja su lugar a una especie de *trapezio*, al aplanarse su vértice superior donde ahora se detecta un pluralismo de ordenamientos superiores.

Las normas interconectadas son, por tanto, producto del ejercicio de competencias *horizontales* o *transversales*³⁵. Cada regulación constituye un elemento normativo interconectado por una materia común pero, además, por un ámbito territorial común de aplicación. En otras palabras, las normas interconectadas señalan la existencia de una *protección multinivel* o *por niveles*, en este caso –por cierto el más emblemático– de los derechos humanos. Se trata de diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el Derecho nacional. En ello esencialmente consiste el pluralismo jurídico.

Pero no se trata de una interconexión de normas que dé lugar a una ordenación jerárquica como puede ocurrir, en el Derecho nacional, con las normas del código penal que regulan las garantías judiciales del debido proceso jerárquicamente subordinadas a las normas constitucionales que regulan la materia. Los distintos ordenamientos jurídicos *se relacionan sin establecer entre ellos relaciones de jerarquía*.

Lo característico de las situaciones de pluralismo como las descritas, afirma Bustos Gisbert con relación al pluralismo constitucional, es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, “una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconocamos”. En tales casos, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica³⁶.

34 JACQUÉ, JEAN-PAUL, “«Droit constitutionnel national, Droit communautaire (...)»”, ob. cit., p. 5.

35 Nos encontramos con materias *competencialmente horizontales*, por lo que se produce una superposición (*overlapping*) entre ordenamientos jurídicos igualmente competentes.

36 BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012), p. 22. En estos casos, por tanto, el diálogo –continúa BUSTOS GISBERT– “se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional”. Lo esencial “es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta” (idem).

IV. EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL: ¿UNA SALIDA AL CONFLICTO POR LA ÚLTIMA PALABRA?

Las normas interconectadas nos permiten detectar la existencia de una *comunidad de intérpretes finales* y, por tanto —como vimos—, un núcleo problemático. Cada elemento normativo interconectado *remite* a un intérprete que reclama *para sí* el derecho a la última palabra. ¿Qué pasaría si cada intérprete estableciera niveles de protección *diversos* para los derechos humanos vigentes en un territorio nacional determinado? La conclusión no tarda en aparecer, dichos intérpretes *están condenados a entenderse mediante la práctica de un fluido diálogo judicial o interjurisdiccional para evitar que se quiebre el equilibrio o la cohesión interna dentro de la comunidad y se termine privando de eficacia a la norma interconectada*.

La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas, es *convertir el espacio común pluridimensional en un espacio de diálogo interjurisdiccional*. En una *unión* de jurisdicciones. El diálogo, por tanto, no siempre es *bilateral*, también lo es *multilateral*.

Conforme a lo expuesto el diálogo asume, dentro de la comunidad de intérpretes, la forma de un *proceso deliberativo colectivo*. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. Al final de cuentas, escribe Jacqué, todos los enfrentamientos —entre los diversos intérpretes— terminaron siendo teóricos y, a través de un diálogo sostenido sobre conceptos aparentemente contradictorios, descubrieron que podía llegarse a soluciones concretas: la supervivencia del sistema “debe mucho a la tolerancia y a la apertura recíproca de las jurisdicciones”³⁷.

Resulta indudable, sostiene Bustos Gisbert, que el éxito del significativo diálogo judicial se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Por ello, para el citado autor, no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales. Una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de una “comunicación transjudicial”³⁸.

37 JACQUÉ, JEAN-PAUL, “Droit constitutionnel national, Droit communautaire (...)”, ob. cit., p. 7.

38 BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, p. 18. Con estos términos, sostiene Bustos Gisbert, “se pretendía describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros”. Esta comunicación, se concluye, “ha sido aún más acusada cuando se ha enmarcado en procesos de integración política y económica o en procesos de homogeneización supraestatal en materia de derechos fundamentales” (idem).

Dicha comunicación no solo deriva de una búsqueda de soluciones a problemas parecidos en el marco de procesos de decisión idénticos. Responde, también, “a la *necesidad de garantizar la convivencia* entre los diversos ordenamientos jurídicos generados (el nacional, el de la integración económica y/o política y el de la integración a través de los derechos) tratando de evitar que las soluciones de las diversas instancias jurisdiccionales lleven a *situaciones de bloqueo por incompatibilidad absoluta* entre ellos. Situaciones que no solo se pueden dar en las relaciones entre ordenamientos internos e internacionales, sino también en el seno del propio orden internacional”³⁹.

Este proceso de comunicación transjudicial ha generado, en palabras de Jacobs, una *fertilización mutua (cross-fertilization)*⁴⁰ entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. Es decir, se ha creado una progresiva influencia mutua entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora. Sin embargo, no toda comunicación transjudicial constituye un diálogo en el sentido en que el término es utilizado aquí. Como afirma De Vergottini, “influencia es distinto de interacción. Aquella es unidireccional; esta implicaría una plausible reciprocidad”. De aquí una observación que nos parece obvia –mantiene el citado autor–: “solo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo”⁴¹.

El diálogo judicial al que nos referimos, como se ocupa de aclarar Bustos Gisbert, es la comunicación entre tribunales derivada de una *obligación* de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho. Esto es, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*”⁴².

El diálogo, defiende Burgorgue-Larsen, induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como la concordia o la aprobación: “el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales”⁴³.

39 Idem. Sin resaltar en el original.

40 Cfr. JACOBS, FRANCIS G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, núm. 38, pp. 547-556.

41 DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, “El diálogo entre tribunales”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, pp. 487-488.

42 BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, p. 21. Esto es “situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro” (ídem).

43 Ver BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*

El *origen* diverso de los distintos niveles de protección involucrados presenta el *conflicto* entre ordenamientos como una constante. Esta *lógica del conflicto* es propia de una comunidad de intérpretes finales y solo parece poder ser superada por los *consensos mínimos que nacen del diálogo*. En este sentido, el diálogo “es la búsqueda de un equilibrio constante; no establece, una vez por todas, una posición firme y estable respetada por todos los actores”⁴⁴.

Para desarrollar dicho diálogo, en consecuencia, los miembros de la comunidad de intérpretes finales –jueces nacionales y órganos supranacionales– deben fijar como punto de partida *interpretaciones inclusivas* y no *interpretaciones excluyentes*. Es decir, distanciarse de posturas de carácter absoluto –sin punto de equilibrio– para promover posturas integradas representadas en lo que denominamos *reglas de cohabitación de intérpretes*. Estas reglas, producto generalmente de la práctica jurisdiccional nacional y supranacional, permiten la *solución de conflictos por la última palabra en la interpretación de normas interconectadas*. A tal efecto, representan consensos básicos por la comunidad de intérpretes en su conjunto.

El gran desafío que sucede al consenso alcanzado sobre una regla de cohabitación constituye a la vez un límite a la cohabitación misma: *no debe verse afectada la mayor de protección reconocida a los derechos humanos por uno de los niveles* (principio *pro homine*).

V. LA CORTE INTERAMERICANA COMO “INTÉRPRETE FINAL” DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el *Tratado fundacional* de un ordenamiento jurídico autónomo que prevé, como órganos supranacionales –además de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos– una Corte Interamericana. Dicha Corte ejerciendo, dentro del ámbito de su competencia (cfr. art. 62.1, CADH) su *autoridad interpretativa*⁴⁵, se presenta como la *intérprete*

(*In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...*), Tirant lo Blanch, México D.F., 2013, p. 132. En efecto, para la citada autora, si el “desacuerdo” aparece “es porque el diálogo se enmarca en la existencia de sistemas que no pueden, de manera radical, negar que sus raíces, sus fundamentos y sus valores son diferentes”. Para agregar, “los jueces de cada sistema, como parte de su oficio, tienen que mantener vigente la idea de la existencia vital de su ordenamiento jurídico, es decir la importancia de su propio ordenamiento jurídico” (ídem, p. 136).

44 Ídem, p. 136.

45 La norma citada dice: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la *competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación* de esta Convención”. Sin resaltar en el original.

final de la CADH y, ejerciendo como tal, ha impulsado la doctrina del *control de convencionalidad*⁴⁶.

En resumen, este control que *debe* ser ejercido aun *ex officio*⁴⁷ actúa —al igual que en el ámbito nacional el control de constitucionalidad—, como *garantía de eficacia* de la propia CADH, en tanto norma básica de referencia para la Corte Interamericana. De esta manera, los Estados partes de la CADH *interconectan* —a través de fórmulas constitucionales puentes de distinta intensidad— su derecho interno, no solo al texto de la CADH, sino a la *interpretación* que del mismo haga su intérprete final, esto es, la Corte Interamericana.

En opinión de Sagüés, la Corte Interamericana asume así los roles de una “Corte de Casación supranacional en derechos humanos”, en aras de “uniformar la interpretación” de los derechos emergentes de la CADH. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de derechos⁴⁸. Hitters, en el sentido anterior, alerta sobre la importancia de la tarea que lleva a cabo la Corte

46 Dentro del sistema interamericano la expresión control de convencionalidad surge como expresión de manera directa y concluyente, por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 101) de las consideraciones del voto concurrente razonado del juez García Ramírez. Este, al referirse a la responsabilidad de un Estado parte de la CADH, advierte que no es posible desmembrarla, “dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (voto concurrente razonado del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, párrafo 27). El *pleno* de la Corte Interamericana asume como propio el control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana” (Cfr. Corte IDH, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n.º 154, párrafo 124). Sin resaltar en el original. Sobre esta última sentencia puede verse Noguera Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el «caso Almonacid Arellano»” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 11, Madrid, 2007, pp. 663–686.

47 En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, la mayoría de la Corte Interamericana vuelve a mencionar expresamente el control de convencionalidad. En este último caso se alude “directamente” al control de convencionalidad y al *deber* para los jueces nacionales de desarrollarlo *ex officio* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C n.º 158, párrafo 128). Al decir de Sagüés, ello hace que el instituto de referencia sea presentado, sin más, “como un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales” a la CADH. El juez nacional que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad. La jurisprudencia citada reclama, por cierto, concluye Sagüés, tal “doble control” (Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, tomo 2009-B, p. 761).

48 SAGÜÉS, NÉSTOR, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 8, n.º 1, 2010, pp. 125–126. Gialdino acompaña este razonamiento aludiendo a la doctrina de “cosa interpretada” de las sentencias de la Corte Interamericana y por tanto a su carácter vinculante (cfr. GIALDINO, ROLANDO E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *La Ley*, tomo 2008-C, p. 1295).

Interamericana a través de este “contralor heterónimo, que importa de alguna manera una especie de «casación regional» que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes”⁴⁹.

La Corte Interamericana defiende su argumentación *conjugando* el contenido de los artículos 1.1 y 2 (CADH) –siguiendo las normas de interpretación del art. 29, CADH– a la par que apela a la tesis del *efecto útil* como método de interpretación propio de los órganos supranacionales de protección. Si la CADH consagra para los Estados parte tanto la *obligación de respetar como de garantizar* los derechos y libertades reconocidos en el citado instrumento –lo cual implica que los mismos Estados se comprometen expresamente a *adoptar* “las medidas legislativas o de otro carácter” que fueren necesarias para hacerlos efectivos–, el objeto y fin de la CADH no es otro que la *tutela efectiva* o el efecto útil de tales derechos y libertades. La Corte Interamericana deviene, por tanto, en *guardián* de dicha tutela. En palabras de Nogueira Alcalá, la Corte Interamericana mantiene la “supervigilancia” del cumplimiento de las obligaciones asumidas⁵⁰. Ello implica que “los custodios jurisdiccionales nacionales están custodiados por custodios jurisdiccionales internacionales y supranacionales”⁵¹.

¿Cómo garantiza la Corte Interamericana este *efecto útil*? Aplicando el control de convencionalidad. Para que su actuación sea *eficaz* en este sentido, al igual que una Corte Suprema en un Estado federal respecto a la interpretación por ejemplo de la constitución vigente, ella deberá también defender su condición de *intérprete final* de la CADH para garantizar la *aplicación homogénea* –evitando la fragmentación y aplicación divergente– de los derechos y libertades reconocidas en aquel instrumento. Actuando de esta manera, la Corte Interamericana defiende la CADH *neutralizando* la aplicación de cualquier norma de derecho interno –o bien privándola de validez en relación a las obligaciones internacionales– que se oponga a la interpretación que la misma Corte haga de la propia CADH.

Pero no solo la Corte Interamericana es responsable del control de convencionalidad, ya que este Tribunal no ejerce una *competencia exclusiva* en la materia. Debemos recordar siempre que estamos en presencia de normas interconectadas, entre otras cosas, a una pluralidad de intérpretes. Los jueces nacionales son –en gran parte– los responsables de aplicar dicho control, pues, el ingreso a la nombrada

49 HITTERS, JUAN CARLOS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 7, n.º 2, 2009, pp. 109-118.

50 NOGUERA ALCALÁ, HUMBERTO, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013, p. 512

51 Ídem, p. 520.

Corte, está restringido por el carácter *subsidiario* de su intervención jurisdiccional. Al momento de interpretar la CADH, los jueces nacionales deben seguir los estándares de protección elaborado por la Corte Interamericana estando *obligados* a su aplicación al caso concreto. Más aún, la Corte Interamericana entiende que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”⁵².

El control de convencionalidad lo ejercen en consecuencia, como no podría ser de otra forma tratándose de normas interconectadas, tanto los jueces supranacionales como los jueces nacionales.

Resta saber si la doctrina del control de convencionalidad, tal cual es defendida por la Corte Interamericana, permite el abandono de una interpretación excluyente y beneficia una interpretación incluyente, y si se alcanza el *punto de equilibrio* necesario para construir un diálogo interjurisdiccional como salida al conflicto originado en una norma interconectada a una comunidad de intérpretes finales.

El uso de un *lenguaje en términos absolutos* demuestra ser una tentación para cualquier intérprete final, pero lejos de facilitar el diálogo solo permite monólogos cerrados que contradicen la pluralidad interpretativa y, en consecuencia, potencian el conflicto en la relación interordinamental.

Construir consensos en torno a una regla de cohabitación normativa se convierte, como vimos, en un imperativo. La Corte Interamericana pareció entenderlo al desarrollar como tal la doctrina de la *interpretación conforme*. Ello permitió acercar más a México a la CADH. En efecto, la interpretación conforme del Derecho interno con la CADH, como ejercicio del control de convencionalidad, fue finalmente recepcionada por la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco c. México* (2009). En esta sentencia, donde la mayoría de la Corte Interamericana retoma expresamente sus consideraciones sobre el control de convencionalidad después de pasar veintidós sentencias en silencio, se expresa directamente que la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana “debe ser coherente con los *principios convencionales y constitucionales* de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”⁵³. La Corte Interamericana, finalmente, “considera

52 Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman c. Uruguay*, Fondo y reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, Nr. 221, párrafo 239. En esta sentencia se afirma que: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana (...) por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas” (ídem).

53 Corte IDH, caso *Radilla Pacheco*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C n.º 209, párrafo 338.

que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁵⁴.

Esta *apertura* hacia el Derecho constitucional interno, flexibilizando la rigidez de los parámetros iniciales que contemplaban únicamente a la CADH y a la interpretación que de esta hace la Corte Interamericana –doctrina del caso *Almonacid Arellano* (2006)– facilitó la reforma constitucional mexicana en 2011 que incorporó expresamente el control de convencionalidad (art. 1). A la vez que despejó, luego de su aceptación por la Corte Suprema de Justicia de aquel país, el camino a todos los jueces mexicanos para que lleven adelante dicho control.

El control “difuso” de convencionalidad, escribe Ferrer MacGregor en relación con el control que llevan adelante los jueces nacionales, no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro” de convencionalidad, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional. Esto significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional. Por lo que, en realidad, se realiza un “control” de la interpretación que no cubra dicho parámetro⁵⁵. El mismo autor mexicano define la interpretación conforme a la “técnica hermenéutica”, por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección⁵⁶.

La interpretación conforme supone la aplicación de *técnicas interpretativas* que permitan la comprensión de las normas en conflicto de *modo compatible entre sí*. Ello con una importante particularidad, como es que se trata de una *interpretación mutua o doblemente conforme*, pues “implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme), sino simultáneamente a dos normas superiores”⁵⁷.

54 Ídem, párrafo 341. En igual sentido, Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C n.º 215, párrafo 238; y caso *Rosendo Cantú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C n.º 216, párrafo 221.

55 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011, p. 535.

56 Ídem, p. 549.

57 BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, ya citado, p. 48.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La formación de normas interconectadas constituye, según observamos, una consecuencia de la fragmentación del espacio jurídico. La fase descendente que muestra el Derecho constitucional transnacional ha promovido, mediante la construcción de una compleja ingeniería constitucional, el desarrollo de fórmulas *habilitantes* y fórmulas *puente* que conectan el orden jurídico nacional con todo un conjunto de órdenes jurídicos supranacionales. Estos tienen un carácter autónomo y poseen sus propios intérpretes que, en última instancia, definen el alcance de los derechos reconocidos en sus Tratados fundacionales.

Al escribirse en el texto constitucional las fórmulas que permiten la *apertura*, el constituyente ejerce un derecho que solo él –en tanto representante de la soberanía popular– puede ejercer: el derecho a la primera palabra. Se dota así de una *identidad constitucional* al orden jurídico creado. Luego, con la formación de las normas interconectadas, arriban nuevos intérpretes quienes discuten sobre quién tiene el derecho a la última palabra sobre la materia que los une en comunidad. En este contexto, el diálogo interjurisdiccional aparece como una salida al conflicto originado en la pluralidad constitucional. La búsqueda de consensos mínimos, expuestos en reglas de cohabitación normativa, se convierte así en un imperativo.

La tentación de interpretaciones excluyentes, propias de un lenguaje absoluto, debe ser dejada de lado. Con la pérdida de la unidad interpretativa, evitar que el conflicto se potencie, se convierte en el principal desafío tanto de los intérpretes nacionales como supranacionales. Lo anterior en la medida en que el fracaso del diálogo significa lisa y llanamente el fracaso de la vigencia de los derechos humanos que se reconocen en las normas interconectadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO. “La internacionalización del Derecho Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, 2007, año 5, n.º 1.
- BLANCO VALDÉS, ROBERTO L. *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- BODINO J. *Los seis libros de la república*, Aguilar, Madrid, 1973.
- BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE. “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpijo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013.

- BUSTOS GISBERT, RAFAEL. “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012).
- BUSTOS GISBERT, RAFAEL. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Editorial Porrúa, México D.F, 2011.
- Caso *Rosendo Cantú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C Nr. 216.
- CASSESE, SABINO. *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, primera edición 2006.
- CORTE IDH. Caso *Fernández Ortega y otros*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C n.º 215.
- CORTE IDH, *Caso Gelman c. Uruguay*, Fondo y reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, n.º 221.
- CORTE IDH. Caso *Radilla Pacheco*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C n.º 209.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE. “El diálogo entre tribunales”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cuadernos Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n.º 2, 2011.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA GESTOSO, NOEMÍ. “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 120, Abril-Junio 2003.

- GARCÍA ROCA, JAVIER. “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 30, 2012.
- GIALDINO, ROLANDO E. “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, en *La Ley*, tomo 2008-C.
- GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Edições Almedina, Coimbra, séptima edición (undécima reimpresión), 2003.
- HÄBERLE, PETER. “¿Tiene España y Europa una Constitución?”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Junta de Andalucía: Instituto Andaluz de Administración Pública - Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, Núm. 12, julio-diciembre 2009.
- HÄBERLE, PETER. “Aspectos de una teoría constitucional para Europa”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, Núm. 64, 2005.
- HELLER, HERMANN. *La soberanía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- HITTERS, JUAN CARLOS. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 7, Núm. 2, 2009.
- ISONOMÍA*, n.º 9 / Octubre 1998.
- JACOBS, FRANCIS G. “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, núm. 38.
- JACQUÉ, JEAN-PAUL. “«Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n.º 69.
- KOMÁREK, JAN. “Institutional dimension of constitutional pluralism”, en *Eric Stein Working Paper* n.º 3/2010.
- KRISCH, NICO. “The Case for Pluralism in Postnational Law”, en *Society and Economy Working Papers* 12/2009, LSE Law (London School of Economics and Political Science).

- MAC CORMICK, NEIL. “Beyond the Sovereign State”, en *Modern Law Review* 56.
- MEZZETTI, LUCA. “Primazia del diritto sopranazionale e supremazia della Costituzione nella giurisprudenza costituzionale degli ordinamenti dell’Europa occidentale (Italia, Germania, Francia, Spagna)”, en *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Filo-diritto, Bologna, 2012.
- NOGUERA ALCALÁ, HUMBERTO. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá, 2013.
- NOGUERA ALCALÁ, HUMBERTO. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el «caso Almonacid Arellano»” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 11, Madrid, 2007.
- NÚÑEZ, MANUEL A. “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, en *Revista chilena de derecho*, 2004, vol. 31 n.º 1.
- PIZZOLO, CALOGERO. “La fase descendente del derecho constitucional transnacional: explicación y alcance”, *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Filo-diritto, Bologna, 2012.
- PIZZOLO, CALOGERO. “La constitución frente a la integración supranacional y al derecho internacional de los derechos humanos”, participación en obra colectiva *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Ediciones EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- PIZZOLO, CALOGERO. *Derecho e Integración Regional*, EDIAR, Buenos Aires, 2010.
- Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- RUGGERI, ANTONIO. “Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il «dialogo» tra Corti europee e Corti nazionali”, en *federalismi.it*, n. 18/2014.
- RUGGERI, ANTONIO. «Dialogo» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, en *federalismi.it*, n.º 24/2013.
- SAGÜÉS, NÉSTOR. “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *La Ley*, tomo 2009-B.
- SAGÜÉS, NÉSTOR. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, 2010.

Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2004.

SWEET, ALEC STONE. “The Structure of Constitutional Pluralism”, en *I.CON* (2013), Yale Law School, vol. 11 n.º 2.

VON BOGDANDY, ARMIN. “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del Derecho constitucional, constitucio-nalización del Derecho* internacional, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

VON BOGDANDY, ARMIN. *Hacia un nuevo derecho público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.

WALKER, NEIL. “Constitutionalism and Pluralism in Global Context”, en *RECON* (2010), n.º 3.

WALKER, NEIL. “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate”, en *LEQS Paper* No. 08/2009.

WALKER, NEIL. “Constitutionalism and Pluralism in Global Context”, en *RECON* (2010), n.º 3.

WALKER, NEIL. “The idea of constitutional pluralism”, en *EUI Working Paper LAW* Nr. 2002/1; “Taking Constitutionalism Beyond the State”, en *Political Studies* (2008), vol. 56.

HERNÁN SALGADO PESANTES*

*El sistema judicial y nuevas relaciones
entre el Derecho internacional y el Derecho interno*

SUMARIO

I. Planteamiento del problema. II. Sistema judicial y Derecho internacional. III. Los derechos humanos: ámbito privilegiado del Derecho constitucional y del Derecho internacional. IV. La interpretación jurídica y su función creadora. V. A manera de conclusión. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Este XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, como lo han expresado sus promotores, se centra en la necesidad de reflexionar acerca de la estructura y organización del Estado en el nuevo contexto de las interrelaciones del Derecho interno con el Derecho internacional, con la finalidad de obtener un adecuado funcionamiento de los distintos órganos del aparato estatal que, entre otras importantes cuestiones, tiene el deber de velar por la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Destaco este punto porque constituirá el marco de mi ponencia relativa al *Sistema Judicial y las nuevas relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno*. En ella pondré énfasis en la materia de los derechos humanos al esbozar el nuevo papel que tienen los jueces nacionales e internacionales.

Esta temática, que junto con otras debe desarrollar nuestra mesa, tiene como eje examinar “las funciones públicas y la nueva relación entre el Derecho constitucional, el Derecho internacional y los escenarios jurídico-globales”.

Comenzaré recordando que la ciencia del Derecho –como todas las ciencias sociales– está sujeta a una evolución permanente al tener su punto de partida en lo fáctico (fuente material del Derecho). Los hechos y la realidad propician la producción de normas después de ser realizado el análisis axiológico pertinente. La evolución jurídica suele presentar escenarios diversos, como el de la globalización.

La globalización que el mundo experimentó con mayor aceleramiento en el siglo pasado modificó el Derecho internacional y sus repercusiones llegaron al Derecho interno de los Estados. Los ordenamientos jurídicos nacionales se verían influenciados –incluso presionados–, en mayor o menor grado, para incorporar la normativa emanada de fuentes internacionales en sus ramas de Derecho público y de Derecho privado.

* Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil (1967). Doctor en Ciencias Políticas, Panthéon Sorbonne de París (1973). Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978–2013). Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (períodos 1992–1997 y 1998–2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Nov.2005–Oct.2008) y ex vocal del Tribunal Constitucional (Mayo1999–Feb.2003). Presidente de la Sección Ecuador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Correo-e: hsalgadop1@gmail.com.

Y, si –como sabemos– el orden jurídico tiene como punto de partida la Constitución, norma superior que da validez a dicho ordenamiento, obviamente que el primer cambio se presentará en el Derecho constitucional, en el sentido de recibir y procesar los nuevos aportes del Derecho internacional. Ya al término de la Segunda Guerra Mundial muchas de las instituciones y principios del constitucionalismo social se internacionalizaron, muy particularmente los derechos fundamentales –parte esencial de la dogmática constitucional– que ingresaron como derecho internacional de los derechos humanos. Principios e instituciones que se insertaron en declaraciones y tratados y en los estatutos de los organismos internacionales¹.

Es oportuno reiterar que esta incidencia, este causar efecto en otro, no va en una sola dirección, pues la materia constitucional –vale decir el orden interno– también tiene mucho que ofrecer al ordenamiento internacional como resultado de las nuevas concepciones político-jurídicas, particularmente en América Latina. De lo expresado, se establece que existe una *interrelación estrecha* que nos permite hablar tanto de la constitucionalización del Derecho internacional como –a la inversa– de la internacionalización del Derecho constitucional.

Además, como la experiencia ha demostrado en las últimas décadas, no se trata de dos ordenamientos aislados o de la subordinación del uno al otro; asimismo, las debatidas tesis del monismo y dualismo para explicar el Derecho internacional parecen haber sido superadas. Una *concepción más realista* consiste en establecer que se trata de dos ordenamientos *interdependientes y complementarios*, cuya articulación y acoplamiento resulta fundamental para el correcto funcionamiento del actual escenario jurídico global y, con él, del Estado constitucional democrático.

Desde otra perspectiva, los funcionarios estatales adquieren un papel más dinámico como agentes del Derecho internacional y, muchas veces, de ellos depende la eficacia de dicho ordenamiento. En este contexto aparece un Derecho administrativo global. Entre esos operadores estatales se encuentra la institución del *sistema Judicial* y de sus jueces, con su papel relevante cuando se trata de aplicar la normativa de los tratados, las resoluciones de los organismos internacionales, de proteger los bienes jurídicos globales y, sobre todo, por garantizar una efectiva protección a los derechos humanos. Este papel tomará una nueva dimensión con el denominado control de convencionalidad y con el diálogo jurisprudencial (que será visto después).

El *control de convencionalidad* es producto de la evolución progresiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un tema que ha recibido diversos análisis, incluso objeciones. En síntesis, lo que la Corte pide es que los jueces nacionales al conocer y fallar sobre casos de violaciones a los

1 H. SALGADO PESANTES, *Lecciones de Derecho Constitucional*, cuarta edición, Quito, Ediciones Legales, 2012, 45.

derechos humanos verifiquen si las normas internas que van a aplicar no están en oposición a las normas de la Convención Americana ni a la jurisprudencia que la Corte, como intérprete máximo, ha desarrollado. La omisión de dicho control por el Sistema Judicial traerá la responsabilidad internacional del Estado.

Al respecto pienso, como lo hacen diversos autores, que la propia Corte Interamericana también realiza el control de convencionalidad cuando sus jueces examinan los casos sobre los que deben decidir; en esos momentos, los jueces analizarán cómo los hechos que conocen han violentado las normas convencionales y su jurisprudencia. Asimismo, no ha dejado de compararse el control de la Corte con el control de constitucionalidad que realizan los organismos nacionales encargados de cuidar la Ley Suprema².

En suma, este control de convencionalidad está presente –implícita o explícitamente– en las doctrinas constitucionales de cada Estado en lo que concierne a los tratados, convenciones y compromisos internacionales de los Estados, a su aplicación y cumplimiento en el orden jurídico interno.

Pasando a otra cuestión, no se debe olvidar que para alcanzar la plena eficacia de las normas internacionales en el Derecho interno también se requiere la contribución del aparato legislativo del Estado, en el sentido de expedir las leyes necesarias para regular diversas cuestiones, por ejemplo, para la ejecución de sentencias extranjeras, sobre aspectos indemnizatorios y, en general, de reparación a las víctimas por violación de derechos, etc., tema que volverá a examinarse.

II. SISTEMA JUDICIAL Y DERECHO INTERNACIONAL

Constituye una afirmación trascendente sostener que el Sistema Judicial puede y debe vincularse con el Derecho internacional y sus fuentes normativas. Uno y otro coinciden en buscar una eficiente aplicación del Derecho, una aplicación apropiada al momento histórico en el que se actúa. Este enunciado, que puede ser expresado con simplicidad, encierra inagotables cuestiones. Existe más de una motivación para que se dé una mayor vinculación del Sistema Judicial con el Derecho internacional, una vinculación articulada y coherente. Pensaría que, en el momento actual, esta interrelación se está profundizando y tomando una nueva dinámica de relaciones.

2 E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S.A. 2013, 674 y ss. A. GIL DOMÍNGUEZ, *Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 63 y ss., en S. ALBANESE, Coordinadora, y otros, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008. A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, Coordinadores, *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, II tomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Max-Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Un punto importante que fundamenta esta interrelación lo constituye el activo papel que juegan *los instrumentos internacionales*, sean tratados, convenios, protocolos, declaraciones u otros, especialmente los de carácter multilateral. Del mismo modo, fundamento de esa relación estrecha constituye *la jurisprudencia* que dictan los tribunales internacionales con base en la competencia que les ha sido conferida. Cabe señalar que lo manifestado toma una dimensión mayor cuando entramos en el ámbito de los derechos humanos.

I. LOS TRATADOS Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Para el año de 1970, el eminente profesor belga Charles DeVisscher destacaba “los modos actuales de elaboración del Derecho internacional” y daba especial atención al derecho de los tratados y a la Corte Internacional de Justicia³.

Esta última porque abría muchas posibilidades a la solución jurisdiccional de los problemas entre Estados, papel en el que continúa hasta la fecha con la novedad de que se han fortalecido otras jurisdicciones como aquellas de carácter regional, establecidas principalmente para la protección de los derechos humanos o bien para regular cuestiones de integración comunitaria; también se pueden mencionar otros organismos internacionales, como los que regulan el trabajo o emiten laudos arbitrales.

En cuanto al Derecho de los tratados (positivado en la Convención de Viena de 1969) su relevancia se mantiene al ser una de las fuentes principales del Derecho internacional. “El tratado es el regulador esencial de la vida internacional, en palabras del autor citado, el principal instrumento de estabilidad y de adaptación del Derecho” y no deja de observar que reflejan un equilibrio de intereses⁴. Es lógico pensar que los tratados presuponen un acuerdo entre los Estados y que obviamente contienen elementos internos de estos, con los cuales están conformes los países adherentes. Considero que en este punto se inicia la interrelación, para luego de ser formalizadas las normas convencionales incidir en los ordenamientos internos. Finalmente, se trata de una influencia en los dos sentidos.

Los tratados conforman actualmente un abanico muy diversificado en lo que respecta a las materias, objeto y fin de los mismos. Para fines del presente análisis, podríamos señalar –de modo general– que las normas internacionales generadas por los tratados acompañan a todas las ramas del Derecho interno (ramas públicas y ramas privadas). En este punto encontramos la *complementariedad* que caracteriza a

3 CH. DEVISSCHER, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4^{ème}. Édition, Paris, Éditions A. Pedone, 1970, 10.

4 Ídem, 276 / 182-183.

los dos ordenamientos jurídicos –internacional y nacional– y es una cuestión sobre la cual hay que insistir.

Como se sabe, los tratados –con su vasto contenido– han regulado cuestiones que van desde la alianza, la neutralidad y la paz, la demarcación de límites territoriales, la cooperación en distintos campos, pasando por los que se ocupan de los espacios aéreo, marítimo, de la energía atómica, del armamento nuclear y desarme, de las comunicaciones y telecomunicaciones, hasta los tratados relativos a la integración comunitaria llenos de cuestiones económico–fiscales y políticas, cuya regulación reviste complejidad y que encierran un interesante proceso de desarrollo; los que enfocan la migración, el asilo y el carácter de refugiados, cuestiones que entran en el ámbito de los derechos humanos que es el área de mayor contenido temático.

2. INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Las sentencias que dictan los tribunales internacionales van conformando una nutrida jurisprudencia, la cual será incorporada paulatinamente en el orden interno a través del Sistema Judicial nacional. Esta tarea permitirá llenar los vacíos normativos o bien precisar los contenidos y alcances de la legislación interna. No cabe duda de que, desde esta perspectiva, los jueces de cada país toman la posta de los legisladores de su nación pero, ¿en qué medida? Eso queda para el análisis local.

Sin embargo, pensaría que, en el contexto aquí señalado, resulta excesivo afirmar que los jueces se conviertan en legisladores. Asimismo, hay que tomar con prudencia el llamado activismo judicial por los riesgos de incurrir en decisiones discrecionales, cargadas de subjetivismo. Considero que el propio orden jurídico interno establece y delimita las posibilidades de interpretación normativa o para la integración del Derecho en caso de lagunas; la doctrina constitucional –en defecto de la propia Ley Suprema– determina la gradación jerárquica de las normas, los casos de derogación tácita y otros. Es decir, un juez tiene herramientas para hacer frente a las antinomias jurídicas y más complicaciones prácticas. Y los métodos interpretativos le serán muy útiles si aprendió a utilizarlos.

Por otro lado, para que el Sistema Judicial interno adopte e incorpore la jurisprudencia internacional, debe contar para esta finalidad con una estructura adecuada (en su organización y financiamiento), con tecnología actualizada y, sobre todo, tener jueces estables, con carrera judicial, competentes, familiarizados con el Derecho internacional y conocedores de la actividad de los órganos de jurisdicción supranacional. Este es el desafío que tiene el Sistema Judicial nacional.

A la inversa, los jueces internacionales tienen el deber ético de acercarse a los ordenamientos jurídicos nacionales para conocer los lineamientos constitucionales, el sistema de fuentes, los aspectos relevantes de las materias codificadas (según el caso) y aspectos institucionales, particularmente el relativo a la administración de

Justicia. En suma, los tribunales internacionales no deben permanecer impasibles, menos de espaldas, a las realidades jurídicas de los Estados que forman parte de su jurisdicción. Se trata de un esfuerzo necesario para la aplicación del Derecho en la constante búsqueda de *dar a cada uno lo que le corresponde* según el antiguo aforismo latino.

A lo expresado pueden agregarse más razones, pero en todo caso es oportuno destacar que en esta convergencia de jueces nacionales e internacionales se configura cabalmente el *diálogo de jueces* o *diálogo jurisprudencial*, tendencia que engloba a los sistemas judiciales y que ha sido bien recibida por los resultados útiles –en todo sentido– que pueden derivarse de tales diálogos.

Como ha afirmado Paul Martens, juez de la Corte Constitucional de Bélgica, “las jurisdicciones constitucionales están naturalmente predispuestas a leer la producción de las Cortes extranjeras”⁵. Lo que significa que esas sentencias dictadas por órganos similares, en este caso, son tomadas y aplicadas por tribunales nacionales. Hay que señalar que esto ocurre en Europa, donde también se dice que los derechos constitucionales se europeízan al mismo tiempo que el Derecho comunitario se constitucionaliza, al punto que sus respectivos controles terminan por encontrarse y confundirse en un “control de fundamentalidad”⁶.

En todo caso, observamos que determinados criterios e interpretaciones judiciales encuentran su legitimación en las fuentes internacionales. Sobre esta cuestión los autores analizan la técnica del diálogo con base en “referencias o citas cruzadas” en el ámbito de las jurisdicciones internacionales de los derechos humanos⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha adherido e impulsado el diálogo de jueces, que puede darse en diversos sentidos: de la Corte Interamericana con los tribunales nacionales, particularmente los de órganos constitucionales o encargados de dicho control; el diálogo con tribunales internacionales de Derechos Humanos (Corte Europea, el de África, vigente desde 1986) y eventualmente con otros⁸.

En los diálogos jurisprudenciales existe una *interacción permanente* entre los tribunales de distintas jurisdicciones y su finalidad es construir soluciones equiva-

5 P. MARTENS, *L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles*, en “Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles”. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 10-11.

6 P. MARTENS, ob. cit., p. 29. Este concepto de “control de fundamentalidad” (derivado del carácter fundamental de los derechos), que nos recuerda el control de convencionalidad, ha sido utilizado en el campo de los derechos fundamentales, donde la protección de los derechos a nivel europeo y a nivel nacional ha sido impulsada por el diálogo de jueces.

7 L. HENNEBEL, *Les références croisées entre les juridictions internationales des droit de l'homme*, en “Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles”. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 31-76.

8 C. AYALA CORAO, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 53.

lentes, en determinadas situaciones, que permitan sancionar de manera oportuna y ágil las violaciones de los derechos de las personas, lo que supone una aplicación coherente de los instrumentos internacionales e impedir la impunidad.

En este proceso de interacción para construir soluciones, el Sistema Judicial de cada Estado puede orientarse con más firmeza, superando dudas, para cumplir con su misión. Los diálogos de jueces son una forma de hacer realidad el *ius commune universalis* y contribuye a la consolidación del Estado constitucional actual.

Por último, es necesario que nos refiramos a determinadas *dificultades* que se presentan cuando se habla de los operadores del Sistema Judicial. Un caso es la *falta de leyes nacionales* que coadyuven al cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como bien señala el maestro Fix-Zamudio, en el ámbito latinoamericano (con pocas excepciones) no se han expedido leyes que regulen la *ejecución* de las resoluciones de los organismos internacionales. Las sentencias de la Corte Interamericana son “imperativas—dice este autor— pero no ejecutivas, ya que su cumplimiento corresponde a los países involucrados”⁹.

Lo expresado contribuye al incumplimiento de las sentencias, lo cual se agrava cuando no existe un organismo eficaz para la supervisión como ocurre en Europa con el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el Sistema Interamericano, sabemos que, en virtud del artículo 65 de la Convención, la Corte únicamente informa a los países de la OEA (por intermedio del Secretario) sobre los Estados que no han cumplido con la sentencia, lo cual no surte efectos prácticos; además, desvía la atención de la Corte y le resta tiempo para dedicarlo a una tarea que no es propiamente la suya.

Otra dificultad para los operadores del Sistema Judicial es la relacionada con la *organización federal* de algunos Estados, la cual apareja algunos problemas, especialmente de coordinación. La experiencia latinoamericana registra que en países como México, Argentina y Brasil, debido a su estructura federal, el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tropieza con determinadas dificultades por la ausencia de mecanismos de comunicación entre el gobierno federal central y las entidades o provincias que conforman la federación.

Además, es posible que en el caso de los Estados federales haya una mayor necesidad de expedir leyes, denominadas también “leyes puente”¹⁰. Es un punto a tomar en cuenta. En definitiva, corresponde a los funcionarios estatales buscar

9 H. FIX-ZAMUDIO, La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales, en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, 253-254.

10 Interesante a este respecto es el trabajo de la profesora brasileña C. SERRANO GIUNCHETTI PIO DA COSTA, Desafíos para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: legislación-ponte e foro político doméstico, en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, 405 y ss.

medios y mecanismos en el Derecho interno que sean adecuados para alcanzar una recepción óptima del Derecho internacional. En caso contrario, los diversos contratiempos que se susciten pueden impedir la eficacia en los resultados.

a. LA PIRÁMIDE JURÍDICA ESTATAL Y LOS TRATADOS

Una cuestión de interés que concierne a los tratados internacionales, y al Derecho internacional en general, es el relativo a su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. En principio será la Constitución la que determine el nivel jerárquico de los tratados internacionales y es lo óptimo, pero si la Carta constitucional omite hacerlo de modo expreso o se remite a la ley, entonces podría el bloque de constitucionalidad llenar los vacíos que puedan existir. En todo caso, el sistema de fuentes que establece el Derecho interno es esencial para orientar al operador jurídico.

Partiendo de la Constitución, norma de mayor jerarquía y eje central del ordenamiento jurídico interno, los tratados pueden ocupar diversas situaciones: que se les reconozca un rango superior a la propia Constitución –un nivel supraconstitucional–, o que los tratados participen del mismo nivel jerárquico de la carta constitucional; o que permaneciendo en rango inferior a la Constitución sean superiores a las leyes (como es el caso actual del Ecuador), o simplemente ocupan igual nivel que las leyes. Estas dos últimas posibilidades se ubican en el nivel infraconstitucional.

Respecto del *nivel supraconstitucional*, de reconocer a los tratados un rango superior a la Carta Magna, es una situación que no suele acontecer pues los Estados consideran la Ley Suprema (por ende al poder constituyente) como parte primordial de su soberanía. En los últimos tiempos se han suscitado fricciones con los acuerdos de integración regional, por ejemplo en la comunidad europea y en la comunidad andina, particularmente en el momento en que tribunales internacionales (incluidos los de arbitraje) ventilan reclamos. Por parte de los Estados concernidos existe renuencia en aceptar que la Constitución nacional ceda la primacía –pura y llana– en favor de los tratados comunitarios y más instrumentos. Fenómeno que se refleja, en parte, en las dificultades de ratificación que hubo en algunos Estados europeos miembros de la Unión para aprobar el texto de Constitución elaborado en 2004¹¹.

Considero que es diferente cuando la propia Carta Magna permite determinados procedimientos que están contemplados en los tratados, como podría ser la autoejecución de medidas fiscales, aduaneras u otras decisiones, acordadas por agentes estatales, lo que hace innecesaria la intervención de la función legislativa nacional, sea para autorizar o expedir leyes. Este principio de *self executing* es característico

11 Frente a estas dificultades el Consejo Europeo acordó adoptar un Tratado de Reforma en lugar de una Constitución, cuestión que se concretó en el Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007).

del sistema de derechos humanos: la aplicación de los derechos es directa e inmediata, por tanto, dicha aplicación no requiere de ningún complemento legislativo¹².

Diferente es, también, el caso de tratados que contienen una importante cesión de soberanía para la actuación de los tribunales internacionales en determinado sentido. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el artículo 2, que prescribe la adecuación de la legislación nacional a las disposiciones de la referida Convención. Y, en virtud de este precepto, la Corte Interamericana puede resolver que el Estado acusado de violar derechos modifique sus normas legales, incluso pedir que reforme la misma Constitución; situación que se dio con el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile¹³.

Igualmente, comporta una cesión de la soberanía cuando el Estado acepta someterse a jurisdicciones internacionales determinadas, como sucede con la misma Convención Americana y, en consecuencia, el Estado parte debe acatar y dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana; igual ocurre con los demás tribunales que al momento existen, desde la antigua Corte Internacional de Justicia hasta la Corte Penal Internacional (creada por el Estatuto de Roma de 1998), pasando por los tribunales de arbitraje internacional (que el Ecuador ya no los acepta por disposición constitucional de 2008)¹⁴.

Sobre lo dicho anteriormente, se debe tener presente que no es común que los Estados se sometan a jurisdicciones extrañas, que no sean las propias; muchas constituciones lo prohíben. No obstante, se dan excepciones, razonables y útiles por cierto, así en lo que se refiere a las integraciones regionales (la Comunidad Europea dispone de sus propios tribunales, en nuestra región está el Tribunal Andino de Justicia) y la salvedad más importante es la que tiene que ver con la materia de derechos humanos. Pero obsérvese que viene a ser el resultado de la interrelación de la Constitución (Derecho interno) con los tratados (Derecho internacional).

Para cerrar estas reflexiones, hay que explicitar aquello que todos sabemos, particularmente quienes cultivamos el Derecho. Los tratados internacionales y en general el Derecho internacional tienen una incidencia muy grande en la vida de nuestras repúblicas y así lo han entendido políticos y académicos. Ello explica que

12 La Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 11, desarrolla con amplitud este y otros principios básicos para los derechos humanos, salvo el error de omitir la universalidad de los derechos.

13 Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C n.º 73. El caso gira en torno a la existencia de un tipo de censura previa para espectáculos establecida en la Constitución chilena, lo que impidió la exhibición de la película mencionada.

14 Los tratados de comercio acostumbra a incluir la cláusula de aceptación del arbitraje internacional como medio de solucionar los conflictos que puedan surgir. Es con relación a este punto que la Constitución ecuatoriana, artículo 422, prescribe expresamente que no se celebrarán “*tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”. Enseguida establece la excepción de aceptar para solucionar las controversias en América Latina los tribunales arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales designados por los países signatarios.

el Derecho constitucional haya implementado diversos mecanismos para que los tratados sean objeto de cuidadoso análisis y respondan a los intereses superiores del Estado¹⁵.

Los tratados internacionales están sujetos a un control de constitucionalidad por el órgano respectivo, control que se realiza de manera previa a ser discutidos en la función legislativa; de pasar este filtro de constitucionalidad significa que las normas convencionales guardan armonía con los preceptos de la Constitución y el tratado o instrumento internacional puede ser presentado en la legislatura, donde los representantes populares analizarán y debatirán sobre las responsabilidades y los beneficios que resultan de ratificar dicho tratado.

Es conocido que los tratados de derechos humanos tienen características especiales: para el Estado no reporta beneficios sino muchas obligaciones, de las que se deriva la protección de las libertades y derechos de quienes viven en dicha jurisdicción, sin importar si son nacionales, extranjeros o transeúntes.

Una vez aprobado y ratificado un tratado se concreta la cesión de la soberanía estatal en la medida que sus cláusulas convencionales determinan y, por ende, obligan al Estado, haciendo posible que los operadores internacionales –de igual manera que los nacionales– estén en capacidad de exigir el cumplimiento.

Retomando la cuestión de la supraconstitucionalidad, importa señalar que no ha dejado de debatirse si los tratados de derechos humanos pueden alcanzar este nivel jerárquico superior a la misma Constitución. Por el *principio de cláusula abierta* suele aceptarse que los jueces aplicarán aquellos derechos humanos aunque no consten en el texto constitucional ni en los instrumentos internacionales. Este principio que está en la línea del *ius naturalismo* ha sido recogido por muchas constituciones; la Constitución de Ecuador 2008 (cuyo constitucionalismo mantuvo este principio desde el siglo XX) ha logrado una adecuada conceptualización que dice:

Art. 11. 7. “*El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*” (cursivas y énfasis añadidos).

Respecto de la existencia de tratados internacionales que ostenten *igual rango jerárquico* de supremacía que tiene la Ley Fundamental no es común, salvo el caso de los derechos humanos. La Constitución de los Estados Unidos, al ser una nación federal, dispuso que los tratados de modo general sean la ley suprema del país junto con la Constitución; en consecuencia, los jueces de cada Estado deben acatarlos

15 La Constitución de Ecuador (2008) ha desarrollado aceptablemente bien un capítulo dedicado a los tratados e instrumentos internacionales: artículos 417 al 422 y 438.1.

por encima del ordenamiento de cada entidad federada (Cuarta Sección, Art. 6.2). En el caso de los tratados sobre derechos humanos, suele el derecho interno equipararlos con el nivel constitucional; en Ecuador, esto sucede pero únicamente con los tratados que “reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución” (Art. 424, segundo inciso).

En lo concerniente a los *casos de infraconstitucionalidad*, como quedó señalado, puede suceder que los tratados internacionales, permaneciendo en rango inferior a la Constitución, sean superiores a las leyes (como es el caso actual del Ecuador). Esta situación obedece al tratamiento que la Constitución otorgue a los tratados y tiene resultados positivos en lo relativo a estabilidad y permanencia, facilitando la actuación del operador jurídico.

Cuando los tratados ocupan el mismo nivel jerárquico de las leyes, existe el riesgo constante de ser modificados e incluso desechados por las normas legales, pudiendo quedar subordinados a disposiciones de leyes posteriores. Lo expresado, naturalmente, quitaría a los tratados e instrumentos internacionales toda eficacia.

III. LOS DERECHOS HUMANOS: ÁMBITO PRIVILEGIADO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

El mundo de los derechos humanos ha sido históricamente inseparable del Derecho constitucional y del Derecho internacional; las dos disciplinas –a las que se han unido otras– han construido sistemas de protección para libertades y derechos, al tiempo de darles reconocimiento expreso mediante normas positivadas de la Constitución y de los tratados, de las declaraciones universales y las regionales. Diversas convenciones han enfocado cuestiones múltiples en un esfuerzo para no dejar desprotegidas diversas áreas individuales y sociales donde se manifiesta la dignidad humana.

Como se dijo, el vasto campo de los derechos humanos es el ámbito jurídico privilegiado para constatar la interrelación constante del Derecho internacional con el Derecho interno, encabezado por el Derecho constitucional. La forma actual de esta interrelación reviste elementos nuevos en cuanto supone un alto nivel de desarrollo, incluso tecnológico, y de organización de las partes, acordes con la complejidad creciente de las cuestiones tratadas (desde derechos y libertades tradicionales hasta nuevos aspectos de bioética o de internet y sus redes informáticas, pasando por el medio ambiente y mucho más).

En síntesis, el contexto humano globalizado trae nuevas exigencias donde es necesaria una vinculación mayor del Derecho interno con el Derecho internacional que permita construir –en uno y otro– mecanismos articulados y eficientes; desde la perspectiva de nuestro tema, esa vinculación estrecha y esos mecanismos deben

servir para implementar un Sistema Judicial que, como se ha reiterado, tenga operadores eficaces. En estos procesos se dará una incidencia mutua.

Es conocido que la interpretación de las normas jurídicas ocupa un lugar especial en la aplicación del Derecho, sea interno o internacional, y que partiendo de los métodos tradicionales, las diversas ramas jurídicas han ido construyendo su propia hermenéutica, enriquecida con nuevas experiencias e innovaciones. Así ocurre en materia constitucional y en materia de derechos humanos¹⁶.

La Constitución, por sus características, entre ellas ser un texto generalmente breve y sumario (y las limitaciones del constituyente para redactar normas precisas y claras), se presta, en no pocas ocasiones, a una polivalencia de interpretaciones, lo que trae serias dificultades. Para los derechos humanos, la doctrina internacional expresada en instrumentos jurídicos ratificados por los Estados ha contribuido a desarrollar diversos aspectos de su hermenéutica. Algunas de estas cuestiones ya fueron abordadas al examinar los tratados y la jurisprudencia internacional.

1. PAUTAS HERMENÉUTICAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

En el campo de los derechos humanos es donde la interpretación de los jueces, nacionales e internacionales, toma una dimensión trascendente que puede contribuir de manera eficaz a que los derechos de la persona mantengan su efectiva vigencia, que se traduce en el goce y ejercicio pleno de los mismos.

La interpretación de los derechos humanos adquiere caracteres específicos en consideración del *objeto y fin* que tienen las normas protectoras de los derechos de la persona. Por un lado, ellas establecen los valores o atributos esenciales que deben ser respetados en el ser humano y, por otro, tienden a crear las garantías necesarias para evitar las violaciones de los derechos y lograr su efectiva concreción¹⁷.

Si, como dice Kelsen, la norma jurídica constituye un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de aplicación, el juez constitucional no debe descuidar que en materia de derechos humanos esas posibilidades de aplicación deben tener en cuenta la interpretación que más los favorezca, poniendo en práctica diversos principios considerados esenciales para que los derechos humanos adquieran toda su eficacia. Estos principios han sido consagrados en los instrumentos internacionales

16 Ver, entre otros, I. MÁRTIRES COELHO, *Interpretação constitucional*, 2ª edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp. 81 y ss. S. LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. I. LIFANTE VIDAL (Editora), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2010.

17 Como es conocido, en Derecho Internacional Público las reglas de interpretación están dadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en 1969, donde se establecen los criterios básicos para interpretar los instrumentos internacionales, entre ellos, tomar en consideración el objeto y fin de los tratados. Estos criterios deben ser, también, aplicados en el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

sobre derechos humanos e igualmente fueron adoptados por los ordenamientos jurídicos nacionales; en muchos Estados alcanzaron una jerarquía constitucional.

En este caso, como en otros, la influencia mayor está en los estudios y doctrinas realizados a nivel internacional, los cuales no están exentos de recibir los aportes nacionales. Esto hace que las normas constitucionales sobre los derechos del ser humano se desenvuelven en un rico contexto de principios y valores trascendentales que dejan entrever los fines superiores que persigue la comunidad.

Entre los principios que, en mi criterio, tienen mayor incidencia están los siguientes, a los cuales ya se hizo referencia:

a. Principio de directa e inmediata aplicación (*self executing*), significa que los derechos humanos, al estar reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales, no necesitan de ningún acto legislativo complementario para su vigencia y aplicación efectiva. Las normas sobre derechos humanos son ejecutables por sí mismas. En otras palabras, un juez –u otra autoridad– no puede dejar de aplicar un derecho fundamental invocando la falta de una ley, reglamento u otra norma jurídica.

Este principio permite sostener que todos los derechos humanos son justiciables. Recuérdese que no han faltado quienes han considerado que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no son justiciables.

b. Principio de la interpretación más favorable o pro persona (*pro homine*), del cual se dijo que debe primar en el ámbito de los derechos humanos, pues las normas jurídicas deben ser aplicadas e interpretadas en el sentido de favorecer a la persona cuyos derechos han sido afectados; cualquier duda debe resolverse en favor de la libertad (*in dubio pro libertate*).

Lo expresado debe entenderse en el sentido de que para conseguir una mayor vigencia de los derechos humanos, estos deben interpretarse extensivamente, dar a la norma un alcance amplio. Por el contrario, frente a las limitaciones normativas a los derechos, cuando hay lugar para que estas se den (como en el caso de un estado de excepción), deberá interpretarse de manera restrictiva. Los estudiosos de los derechos humanos coinciden en afirmar que una interpretación pro persona, unida a otras pautas hermenéuticas, permiten que las libertades y derechos entren en una dinámica de expansión permanente¹⁸.

En la búsqueda de la interpretación que más favorezca el desarrollo de los derechos y libertades, obviamente, juega un papel preponderante el análisis de los fines superiores que dan trascendencia a los derechos humanos, es decir, la interpretación *teleológica* que de este modo se vincula con el principio pro persona.

18 Ver, MÓNICA PINTO, *Temas de derechos humanos*, 2ª. ed. 1ª. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 84, nota 176.

Sobra decir que el método de *ponderación* está constantemente presente cuando fuere necesario y útil solucionar un posible conflicto de derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 29 algunas reglas para interpretar adecuadamente dicha Convención e impedir que se utilice una hermenéutica restrictiva de los derechos. Así, por ejemplo, dispone que las normas convencionales no pueden ser interpretadas para: “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (Art. 29, letra c).

c. Norma o cláusula abierta para los derechos humanos –punto que ya fue mencionado– obedece a que los derechos no son susceptibles de ser enumerados exhaustivamente, de modo taxativo. El reconocimiento de los derechos en el ámbito internacional, como en el interno, debe darse con plena amplitud; un reconocimiento amplio impide caer en una restricción, incluso involuntaria, de los derechos humanos, cuando estos se positivizan en los textos constitucionales o internacionales.

A lo largo de la evolución histórica de pueblos y civilizaciones han ido surgiendo los diversos derechos. El desarrollo de la conciencia ética del ser humano ha permitido descubrir nuevos derechos que sustentan la dignidad humana. Lo expresado conduce a pensar que, en un momento dado, ni la Constitución –por más perfecta que sea– ni los instrumentos internacionales pueden contener todos esos valores o atributos esenciales que son los derechos humanos. Por ello, es sensato proclamar que además de los derechos reconocidos y consagrados pueden existir otros.

Por su parte, la Convención Americana, en su artículo 31, expresa que se podrán reconocer otros derechos e incluirlos en el régimen de protección que establece dicha Convención y considera que esta situación puede darse por el principio de progresividad que caracteriza a los derechos humanos.

d. Principio del desarrollo progresivo de los derechos humanos: es importante considerar que estos tienen un desarrollo o crecimiento paulatino, sobre todo en determinados campos como es el de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Los Estados –por diversas razones, generalmente presupuestarias– no pueden satisfacer de una vez todas las enormes necesidades que hay en educación, salud, vivienda digna, seguridad social, en lo laboral y otras áreas.

Frente a esta dura realidad, los sistemas de protección internacional de los derechos humanos –regionales o mundiales– han propugnado la solidaridad y la cooperación internacional de carácter técnico y financiero para conseguir el desarrollo en forma progresiva de los derechos. La Convención Americana, en su artículo 26, plasma este criterio. Este principio, además, impide la involución de cualquier derecho humano, es decir, que se dé un retroceso en lugar de lograr

avances significativos. En todo caso, la vulneración de los DESC puede ser reclamada judicialmente¹⁹.

e. La no restricción de derechos, es decir, no podrá restringirse el contenido básico de los derechos, pues tal restricción significaría desnaturalizar la esencia misma del derecho humano. Interesante por su precisión y sobriedad es el precepto de la Ley Fundamental de Alemania (expedida en 1949), que dice: “(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia” (Art. 19).

Además de los principios indicados, los derechos humanos tienen como atributos propios, entre otros, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia. El carácter *universal* de los derechos humanos se deriva de la idéntica naturaleza y consiguiente igualdad entre los seres humanos. En la Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en 1993, se reiteró el carácter universal de los derechos humanos superando la oposición de China y de algunos países musulmanes, cuya oposición se origina en cuestiones político-ideológicas y también culturales.

Por el atributo de la *indivisibilidad* se entiende que no es posible separar los derechos o considerarlos aisladamente, pues forman una unidad y, por tanto, de allí resulta una correspondencia estrecha de unos derechos con otros que es la *interdependencia* e interrelación, la falta de uno o más derechos afecta a los demás, esto se observa claramente cuando a los derechos económicos, sociales y culturales no se les asocia con los derechos civiles y políticos (por ejemplo, si no hay trabajo—además de afectar la salud, la educación, la vivienda— impedirá el desarrollo de las libertades humanas de la igualdad, de la participación política, etcétera)²⁰.

En este contexto, que la interpretación de los derechos humanos exige, los jueces nacionales e internacionales van encontrando la *complementariedad* que existe entre los dos ámbitos jurídicos: el interno y el internacional. Al mismo tiempo, los jueces podrán solucionar las dificultades cuando los derechos garantizados no sean definidos de igual manera; los derechos, se ha dicho, van construyendo el lenguaje común y universal de la humanidad.

Incluso por este camino, podría haber un encuentro con el control de convencionalidad propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

19 V. BAZÁN, *La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales*, en V. BAZÁN (Director) y otros, Lima, Ediciones Legales (Edilegsa), Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2009, 271. J. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. ORDÓÑEZ, coordinadores, *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, tirant lo blanch, 2013.

20 El carácter indivisible de los derechos hace que no sea aceptable la división de los derechos en *generaciones*, como es costumbre hacerlo; la utilidad de hablar de generaciones de derechos es por razones didácticas, para facilitar su comprensión y desarrollo histórico cronológico. Cf. H. SALGADO PESANTES, *Lecciones de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 76, también 71 a 75.

2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y SU RECEPCIÓN POR LA JUSTICIA INTERNA

El papel de lo que se conoce como *estándares internacionales* contribuye de manera aceptable a crear una jurisprudencia encaminada a la protección de los derechos humanos. Los estándares son parámetros o indicadores sobre determinada cuestión y van construyéndose a partir de diversos análisis de la realidad, generalmente con el auxilio de otros especialistas. No están ausentes elementos de doctrina y de interpretación. Los estándares recogen criterios que buscan ser objetivos, suerte de mediciones para casos en que es difícil precisar determinadas actuaciones del Estado o bien para evaluar sus realizaciones. Es el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Tanto los tribunales internacionales como los sistemas judiciales internos tienen el deber de acoger los estándares o indicadores que sobre determinadas cuestiones van estableciéndose como objetivos, válidos y aceptables. Ellos proporcionan una orientación necesaria para determinar posibles violaciones a los derechos.

Obviamente, si los jueces internacionales explicitan y delimitan aquellos estándares, estos serán más fácilmente adoptados por las sentencias dictadas en la jurisdicción interna. Esta es otra área de la incidencia que tiene el Derecho internacional en los sistemas judiciales internos.

Para concluir con el tema de las pautas hermenéuticas de los derechos humanos, vale reiterar que toda interpretación es una operación intelectual que se realiza, casi siempre, en un contexto nuevo de tiempo y de lugar. La interpretación tiene sus modos y límites, contiene un cierto grado de apreciación y por tanto de creación del Derecho, tema que es mirado desde diversas ópticas, incluso para propugnar el activismo jurídico.

IV. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU FUNCIÓN CREADORA

En oposición a la antigua tesis que veía en la actuación del juez una función declarativa del Derecho, de ser la boca por donde habla la ley según la repetida frase de Montesquieu, el procesalismo moderno demostrará que el juez tiene una función creadora; al establecer las diferencias entre la ley y la sentencia, determinó que esta última constituye una norma autónoma desprendida de la ley, la cual es creadora por sí de una nueva forma de Derecho que no existía antes.

El enunciado de la función creadora aclara, además, el hecho de que la jurisprudencia cambie sin que la ley se modifique. Como bien señaló Kelsen, las sentencias de los jueces no podían tener un carácter meramente declarativo sino que eran la

continuación del proceso de producción o creación jurídica que va desde lo general y abstracto hasta lo individual y concreto²¹.

En síntesis, la función creadora del juez se pone de manifiesto a través de la interpretación y, más aún, en los casos de integración del Derecho; lo primero para desentrañar el verdadero sentido y alcance que tiene una norma jurídica, lo que puede ocurrir no solamente cuando existe oscuridad o ambigüedad. En cambio, el juez integra el Derecho cuando no hay norma jurídica aplicable al caso concreto, cuando existe un vacío legal.

Es cierto que el juez no debe violentar el texto de la ley ni apartarse de sus términos, como parece propugnar algún tipo de activismo judicial. Por eso es indispensable saber utilizar las diversas reglas y métodos que ofrece la hermenéutica jurídica. Pero apliquemos la tesis de la función creadora de los jueces al campo de la Constitución primero y, después, al de los derechos humanos.

Dentro del orden normativo está la Ley Fundamental y su interpretación corresponde hacerla, de modo especial, a los órganos de control de la constitucionalidad. Para decidir si una ley u otra norma jurídica están en contradicción con la Constitución, necesariamente hay que recurrir al mundo de la hermenéutica. Igual sucede cuando el juez constitucional debe pronunciarse respecto de una violación de derechos humanos y debe analizar la admisibilidad de los instrumentos de garantía como el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data* u otros.

En consecuencia, la interpretación de los preceptos constitucionales estará siempre presente en las operaciones intelectuales y lógicas que realizan los jueces para dictar una sentencia, particularmente de aquellos jueces vinculados al control de constitucionalidad. De la misma manera, siguiendo los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para dictar sus fallos, los jueces deberán tener presente el control de convencionalidad.

Naturalmente, es necesario insistir que la hermenéutica jurídica no puede propiciar el abuso ni la arbitrariedad de ningún Juez. No se puede olvidar aquel pasaje de la historia de los Estados Unidos, cuando por la actuación de la Corte Suprema en el periodo de 1880 a 1936 se habló del “gobierno de los jueces” y, posteriormente, se acuñó aquella expresión de que “la Constitución sería lo que los jueces dicen que es”.

Como bien señala Bidart Campos, esta ambigua expresión no significa que los jueces pueden transferir a la Constitución su voluntad subjetiva y arbitraria para

21 Además, KELSEN tuvo el mérito de demostrar que la oposición entre la producción o creación del Derecho y la aplicación o ejecución del mismo no tenía el carácter absoluto que la teoría tradicional le diera, pues los actos jurídicos en su mayoría son al mismo tiempo actos de aplicación y actos de producción jurídica, por un lado se aplica una norma de grado superior y, por otro, se produce o crea una norma del grado subsiguiente. H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la 2ª. Edición en alemán de 1960 por ROBERTO J. VERNENGO, México, Editorial Porrúa, 1991, pp. 244 y ss.

traستrocarla y hacerla diferente a lo que es, y afirma: “solo significa que la Constitución no es únicamente la letra escrita de sus normas, sino eso ‘más’ todo un acompañamiento de valores, principios, etc, y ‘más la interpretación objetiva que de tal conjunto hacen los jueces cuando lo aplican”²².

En todo caso, el juez constitucional –y los jueces en general– tiene un papel bastante difícil y complejo, a diferencia de lo que ocurría en la concepción tradicional, pues, como manifiesta Cappelletti, sobre el juez que dicta una sentencia pesa una responsabilidad moral y política mucho más grande porque:

elegir –una norma– significa ejercer discrecionalidad, aunque esto no entrañe un acto de arbitrariedad; significa apreciar y buscar un equilibrio, tener presente los resultados prácticos y las implicaciones morales de la elección que se va a hacer; para esto hay que tomar en consideración no solo los argumentos de la lógica abstracta o hacer un análisis formal del lenguaje, sino también, y sobretodo, tener cuenta de la historia y de la economía, de la política y de la ética, de la sociología y de la psicología...²³.

Esto no significa –como anota el ilustre procesalista italiano– que se quiera convertir al juez en un legislador ni tampoco que no existan riesgos que desvíen peligrosamente la tarea del juez, si este no está suficientemente preparado para ejercer la judicatura.

Para terminar, y de cara a nuestro tema, debemos reiterar que la función creadora de los jueces debe orientarse a establecer una articulación sin rupturas de las sentencias nacionales con la jurisprudencia internacional.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Del análisis realizado queda claro que el Derecho interno –del cual el Derecho constitucional es su eje central– tiene una interdependencia y complementariedad con el Derecho internacional. Estos, a su vez, se vinculan de manera inseparable con los derechos humanos. Sus contenidos se asocian y complementan en diversos niveles en beneficio de la comunidad nacional y mundial.

Para consolidar el Estado constitucional democrático es necesario fortalecer la interrelación del Derecho internacional con el Derecho interno, lo que significa reafirmar el valor trascendental de los derechos humanos. A ello coadyuvan los tratados y más instrumentos internacionales junto con los tribunales regionales creados para brindar protección al ser humano.

22 G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los Derechos Humanos*, segunda reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 404.

23 M. CAPPELLETTI, *Le Pouvoir de Juges*. Traduction par René David. Préface de Louis Favoreu. Paris, Economica, Presses Universitaires d’Aix–Marseille, 1990, 37. (Traducido al castellano por el autor).

Si el Sistema de Justicia nacional y los operadores judiciales mantienen el diálogo jurisprudencial con otros tribunales de la región y del mundo, estarán en mejor condición para aplicar el Derecho internacional de los derechos humanos y también las nuevas concepciones jurídicas que enriquecen a las diversas ramas del Derecho e impulsan un constante desarrollo.

En este contexto de interrelaciones e incidencias mutuas que se dan entre el Derecho interno y el internacional, resulta de utilidad que los operadores de la Justicia, incluyendo a los legisladores, acudan de manera habitual a la jurisprudencia y al Derecho comparado. No sin razón se ha afirmado que el Derecho comparado tiene una función subversiva en cuanto puede servir de fundamento para cambiar los criterios judiciales que se venían manteniendo en la administración de Justicia de un país (“se subvierte” la estructura positivista²⁴).

En cuanto al control de convencionalidad, dispuesto por la Corte Interamericana, los jueces deben comprender (tanto como los legisladores y demás órganos estatales) que es su deber desde que el Estado ratificó la Convención Americana. Y si los tratados de derechos humanos no son cumplidos de buena fe, estaremos en una situación de ineficacia que propicie la impunidad, lo que afectaría gravemente el desarrollo progresivo de los derechos humanos.

Además, como se dijo, los operadores judiciales tienen que buscar en el Derecho interno los medios necesarios y los mecanismos adecuados para alcanzar una recepción óptima del Derecho internacional. Tarea que involucra a todos los órganos del Estado. Obviamente, los diversos contratiempos que se susciten pueden impedir la eficacia de los resultados.

En suma, se vuelve un imperativo de nuestra época que exista articulación y acoplamiento entre el Derecho internacional y el Derecho interno, lo cual resulta fundamental para el correcto funcionamiento del actual escenario jurídico global y, con él, del Estado constitucional democrático. Le corresponde al Sistema Judicial ser el gran artífice de esta realización.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, D., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BAZÁN, V., La judicialización de los Derechos económicos, sociales y culturales, en V. Bazán (Director) y otros, Lima, Ediciones Legales (Edilegsa), Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2009.

24 P. MARTENS, ob. cit., p. 11. En apoyo de esta afirmación, el juez Martens cita a H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, R.I.D.C., 2000.

- BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los Derechos Humanos*, segunda reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- CAPPELLETTI, M., *Le Pouvoir de Juges*, Traduction par René David. Préface de Louis Favoreu. París, Economica - Presses Universitaires d'Aix - Marseille, 1990.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Registro Oficial n.º 449 de 20 de Octubre del 2008.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C n.º 73.
- CORZO SOSA, E.; J. U. CARMONA TINOCO y SAAVEDRA ALESSANDRI, P., *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- DE VISSCHER, CH., *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4ème. édition, París, Éditions A. Pedone, 1970.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y ORDÓÑEZ, J. coordinadores, *Los Derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, S.A. 2013.
- FIX-ZAMUDIO, H., *La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales*, en *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *Control de convencionalidad, control de constitucionalidad e interdicción de la tortura en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, en S. Albanese, Coordinadora, y otros, *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- HENNEBEL, L., *Les références croisées entre les juridictions internationales des droit de l'homme*, in “Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles”. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice 9, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de la 2ª edición en alemán de 1960 por Roberto J. Vernengo, México, Editorial Porrúa, 1991.

- LINARES QUINTANA, S., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- LIFANTE VIDAL I. (editora), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- MARTENS, P., *L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles*, in "Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles". Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice 9, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- MÁRTIRES COELHO, I., *Interpretação constitucional*, 2ª edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, 2ª ed. 1ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- SALGADO PESANTES, H., *Lecciones de Derecho Constitucional*, cuarta edición, Quito, Ediciones Legales, 2012.
- SERRANO GIUNGHETTI PIO DA COSTA, C., *Desafios para o cumprimento das sentencas de Corte Interamericana de Direitos Humanos: legislação-ponte e foro político doméstico*, en Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- VON BOGDANDY, ARMIN; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y MORALES ANTONIAZZI, MARIELA (coord.). *La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, II tomos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Max-Planck Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

GUERINO D'IGNAZIO*

*Los desafíos transconstitucionales en el Derecho
globalizado: el “laboratorio” de la región
iberoamericana para la integración a través
de la tutela de los derechos humanos*

SUMARIO

1. Introducción: ¿Derecho globalizado o globalización del Derecho?. 2. Desnacionalización del Derecho y ‘nuevo’ constitucionalismo. 3. El laboratorio de la región iberoamericana de protección de los derechos humanos. 4. Las leyes de amnistía y el control de convencionalidad: fragmentos de un constitucionalismo transnacional iberoamericano. 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: ¿DERECHO GLOBALIZADO O GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO?

Las relaciones entre Derecho y globalización representan la ‘nueva frontera’ de un fenómeno que se ha manifestado ante la doctrina constitucionalista desde hace poco tiempo. El desarrollo de nuevas formas de interrelación entre los Estados, instituciones supranacionales e internacionales, la consolidación de estructuras reticulares de poderes, las nuevas interdependencias económicas, que han permitido que emergiera el protagonismo de sujetos ‘multinacionales’ en el escenario global, plantean problemas de difícil interpretación si se enfocan a través de las clásicas categorías jurídicas.

La nueva ‘geografía’ institucional de las últimas décadas y los consiguientes cambios de perspectiva encuentran fuertes (y, en parte, comprensibles) resistencias en el mundo jurídico¹, debido también a la dificultad de establecer interrelaciones del Derecho estatal respecto al Derecho supranacional y global, mientras se ha consolidado en el tiempo un conocimiento pormenorizado de la arquitectura ins-

* Profesor Catedrático de Derecho Público Comparado del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Calabria (Unical), g.dignazio@unical.it. Desde el 2013 es Vice-Rector Vicario con mandato para la internacionalización de la Unical. Desde el 2014 es Director de la Escuela Superior de Ciencias de las Públicas Administraciones de la Unical. Desde el 2008 hasta el 2012 ha sido Presidente de la Facultad de Ciencias Políticas de la Unical. Desde 2006 hasta el 2012 ha sido Coordinador del Doctorado de Investigación en “Empresa, Estado y Mercado”, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Unical. Es autor de monografías y director de ediciones colectivas. También es autor de numerosos *paper* y artículos publicados en Revistas científicas y libros colectivos en Italia y en el extranjero. Ha sido relator en muchos Congresos científicos nacionales e internacionales en Italia y al extranjero. Ha organizado en la Unical muchos congresos nacionales e internacionales. Ha sido *Visiting Profesor* en las Universidades de Nancy 2 (Francia), Jaén, Castilla-LaMancha y Santiago de Compostela (España). Es socio de la asociación de Derecho Público Comparado y europeo, de la asociación italiana de Constitucionalistas y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Desde el 2011 es miembro del Consejo de Redacción de la Revista “Civitas Europa” (Bruselas). Desde el 2012 es componente del Comité Científico de la Revista “Derecho Público Comparado y europeo”. Desde el 2012 es Responsable científico de la unidad de investigación de la Unical relativa a “Las dimensiones territoriales y complementarias del pluralismo jurisdiccional en América latina”, en el Proyecto de Investigación de Interés Nacional “Jurisdiction and Pluralisms”, Coordinador nacional prof. R. Toniatti.

1 Sobre tales resistencias cfr. N. WALKER, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, en *Pol. Stud.*, LVI, 3, 2008, 524.

titucional interna de los ordenamientos². Para intentar comprender la denominada globalización jurídica es necesario asumir nuevas coordenadas que, utilizando la perspectiva transnacional, sean capaces de acortar la distancia entre el constitucionalismo estatal y los procesos de globalización y, sobre todo, puedan evitar el recurso a soluciones ‘nacionalistas’ para afrontar la variabilidad del escenario global³. Todavía en la doctrina jurídica predominante no ha madurado totalmente, ni en Europa ni en América Latina, la conciencia de que hasta el mundo del Derecho, como el sistema económico-financiero, se haya globalizado, y es necesario, por lo tanto, prestarle una atención especial al análisis de las interconexiones entre los sistemas institucionales y las ‘metamorfosis’ ordinamentales de la globalización⁴, para proporcionarle al nuevo ‘ordenamiento’ global una caracterización en sentido constitucional.

Aun teniendo en cuenta la divergencia entre globalización (más próxima al mercado y, por lo tanto, a los intereses) y constitucionalismo (que coloca en primer lugar los derechos humanos, sobre todo con un carácter universal), se hace necesario que emerjan los “rasgos de afinidad y coherencia, casi como si se tratara de las caras de la misma mutación”⁵. En tal contexto, es necesario redescubrir en el constitucionalismo una dimensión supranacional y transnacional, de lo contrario se corre el riesgo de seguir teniendo un constitucionalismo de alcance limitado, sin lograr encontrar una colocación adecuada en el escenario global actual.

Los procesos de integración supranacional, desarrollados sobre todo en Europa y en América Latina, ya han puesto en crisis la estrecha relación entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales y los mismos Estados se han demostrado inadecuados para afrontar los desafíos propuestos por los nuevos actores, que se mueven en el ámbito de un cuadro jurídico transnacional, sin referencias territoriales, confines o límites⁶.

2 Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 103.

3 Cfr. P. KILVER, *Constitutions in the Age of Internationalisation: Toward Transnational Constitutional Standards*, Hiil Concept Paper, 2008, 4.

4 Sobre el derecho global cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009; N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-national Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010; A.M. SLAUGHTER, *The Real New World Order*, en *Foreign Affairs*, 76, 1987; A.M. SLAUGHTER, *Disaggregated Sovereignty: Towards the Public Accountability of Global Government Networks*, en *Government and Opposition*, 39, 2004; G. TEUBNER, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997.

5 Cfr. M. R. FERRARESE, *Quanto globale è il costituzionalismo globale*, en E. PACIOTTI (ed.), *Diritti umani ecostituzionalismo globale*, Roma, Carocci, pp. 159 y ss.

6 Sobre el tema, cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 8 y ss.

2. DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y 'NUEVO' CONSTITUCIONALISMO

Es necesario reformular los conceptos de Derecho y de Estado a la luz de las profundas transformaciones sociales, económicas y culturales, que han impulsado la *second modernity*⁷, superando la denominada primera modernidad, en la que prevalecía la idea de que solamente el Estado podía garantizar los derechos a la propia comunidad nacional.

La 'reinención' del Derecho, para poder dar respuestas adecuadas a los continuos y rápidos cambios que se advierten en el escenario global, requiere un empujón hacia una dimensión 'universal', para que se pueda responder a aspiraciones e intereses que en teoría podrían pertenecer a todo ser humano. El Derecho jurisprudencial se ha demostrado más dispuesto a satisfacer estas exigencias y ha permitido superar limitaciones muy estrechas de un sistema 'cerrado' de las fuentes. De hecho, el mismo Derecho jurisprudencial ha asumido un papel nuevo y central en la producción del Derecho, no solo por la multiplicación de los cuerpos judiciales, sino también porque los jueces nacionales, supranacionales e internacionales han intensificado el denominado 'diálogo entre las cortes'⁸ y se han caracterizado por un relevante cosmopolitismo. Cassese destaca que se está pasando de un ordenamiento 'frío', modelado por la legislación, que tenía el objetivo de sistematizar y organizar el sistema, a un orden 'caliente', que se adapta y se conforma, según casos problemáticos, a los contrastes, al aparente desorden del mundo global en el que, sin embargo, es necesario poner orden⁹.

La globalización, además, ha puesto en crisis un modelo de Estado inspirado en un sistema completo, autorreferencial y cerrado hacia toda forma de intromisión externa en las relaciones internas. Según Teubner, los ordenamientos estatales no han logrado asegurar la regeneración¹⁰, no han sido capaces de encontrar en su interior los elementos útiles para su renovación y han resultado inadecuados para afrontar la complejidad de la sociedad, sobre todo en los sistemas que presentan fuertes interacciones. Además, los Estados no han logrado gobernar la economía, pero sus decisiones políticas han sido condicionadas fuertemente por el mercado, por sujetos económicos e institucionales no estatales.

7 Cfr. U. BECK, E. BECK-GERNSHEIM, *Families in a Runaway World*, in J.L. SCOTT, J. TREAS, M. RICHARDS (cur.), *The Blackwell Companion to the Sociology of Families*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, pp. 499 y ss.

8 Sobre el diálogo entre las Cortes cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, il Mulino, 2010; G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Napoli, Jovene, 2009; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

9 Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Sul punto cfr. anche M.R. FERRARESE, *Diritto globale e 'dislocazioni' giuridiche. A partir del volumen de S. Cassese*, en Pol. dir., 3, 2011, p. 382.

10 Cfr. A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, en Pol. dir., 2, 2011, p. 183.

En los últimos años ha ido creciendo el ‘divorcio’ entre la política –la capacidad de tomar decisiones– y el poder –la capacidad de realizar las decisiones–. Estos dos factores, por algunos siglos, se han combinado en el Estado–nación y actualmente se ubican en dos lugares diferentes. Como demuestra la reciente crisis de las deudas soberanas de Grecia dentro de la zona euro, el poder ya no se encuentra solamente dentro de los Estados, sino por lo menos en el espacio supranacional, o también global. La globalización ha superado la política y ha determinado que los Gobiernos estatales, condicionados por el poder global de las finanzas, decidan, aun siendo conscientes, que el poder se encuentra fuera de sus propios territorios¹¹. Por ende, el redescubrimiento de un nuevo constitucionalismo, más atento a las transformaciones en acto, comporta una debilitación de sus vínculos con el territorio, con el pueblo y con el Estado. Territorio y pueblo cambian fisonomía y se redefinen conforme a exigencias específicas de naturaleza económica y social. Por consiguiente, también se altera la relación directa entre los lugares y el Derecho, a medida que las relaciones jurídicas creadas en algunos lugares – para establecer una regla o bien para solucionar una controversia – pueden tener consecuencias más amplias respecto a localidades específicas y también extenderse a otros lugares distintos y lejanos de los de origen¹². En el proceso de desnacionalización del Derecho y desterritorialización de los límites de las comunidades nacionales, se hace cada vez más inmediata la exigencia de no considerar la Constitución como ‘techo’ de cierre de los ordenamientos jurídicos estatales. Sea en el caso de un modelo con un único núcleo decisional, sea en presencia de una pluralidad de instituciones territoriales, tal como sucede en los Estados compuestos, en casi todos los Estados se está arraigando la tendencia a ‘levantar’ estos ‘techos’, haciendo lo posible para que se dé, a los mismos, una colocación más ‘alta’ y más ‘horizontal’ para crear un enlace interconstitucional¹³.

El Derecho ya no posee un espacio propio predefinido dentro del Estado, sino que debe subsistir en el ámbito de un constitucionalismo cada vez más dinámico, que se abre progresivamente a derechos tendencialmente universales, colocando la tutela de los derechos en un ámbito mucho más amplio y diferente respecto al modelo de relación vertical de protección de los ciudadanos en relación con la autoridad institucional.

En este trabajo se ha elegido la región iberoamericana como ámbito espacial de referencia, ya que dicha región representa el ‘laboratorio’ extraeuropeo más activo en lo que concierne a la integración a través de la tutela de los derechos humanos y, por otra parte, tratar el tema del constitucionalismo transnacional en América

11 Cfr. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

12 Cfr. M. R. FERRARESE, *Diritto globale e “dislocazioni”*, ob. cit., pp. 389 ss.

13 Cfr. M. R. FERRARESE, *Quanto globale è il costituzionalismo*, ob. cit., p. 161.

Latina significa principalmente analizar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que constituye su fulcro principal. Dicho sistema de tutela debe actuar, además, en un escenario social, político y jurídico muy complejo, que desde hace largo tiempo se ha caracterizado por una práctica constante de violación de los derechos de los individuos.

El constitucionalismo transnacional latinoamericano –cuyo origen radica en el ámbito del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos– presenta no solo motivos de gran interés por la creatividad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), manifestada varias veces y sobre un sinnúmero de temas, sino también por el acogimiento de sus innovaciones más significativas por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En efecto, la Corte de San José no se ha limitado a un papel meramente subsidiario, sino que ha interpretado de manera muy extensiva su mandato con la finalidad de ‘obligar’ a los Estados a que adecúen sus propios ordenamientos internos a las disposiciones del Pacto de San José. La ‘vocación constitucional’ de la Corte IDH es evidente no solo en materia puramente constitucional –la de los derechos humanos– de la cual dicho órgano jurisdiccional se ocupa, sino también en las muy amplias competencias atribuidas a la misma por la Convención y por el carácter muy ‘invasivo’ de su jurisprudencia.

3. EL LABORATORIO DE LA REGIÓN IBEROAMERICANA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema de protección de los derechos humanos, creado en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), puede ser reconducido a un más amplio proceso de integración regional a través de los derechos fundamentales, que ha involucrado principalmente la experiencia europea y, solo marginalmente, a otras áreas geográficas. Existe una relación entre las declaraciones universales posteriores al segundo conflicto mundial y los instrumentos de tutela regional de los derechos –entre los primeros, los sistemas de tutela creados en el ámbito del Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 1969–; esto configura una complementariedad entre los niveles universal y regional en un sistema en el que “el nivel universal ofrece sobre todo una definición de los derechos; viceversa, el nivel regional representa la mejor solución para resolver el problema de su aplicación”¹⁴.

Desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha asistido al incremento del nivel de tutela de los derechos humanos, garantizado por un entrelazamiento de

14 Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005, 52.

procesos a varios niveles: las Constituciones nacionales –y su particular atención hacia los derechos, la libertad y la igualdad–, las declaraciones universales y los procesos de integración regional, solicitados también para garantizar el *enforcement* de los derechos consagrados a nivel universal. Este entrelazamiento hizo posible que emergieran muchos ‘fragmentos constitucionales’, que se ubican más allá del Estado y que configuran un Derecho constitucional transnacional, particularmente intolerante a la lógica de los límites estatales¹⁵. Efectivamente, una reflexión sobre la naturaleza de las obligaciones resultantes de los tratados internacionales inherentes a los derechos humanos en general –y sobre todo de los que prevén una instancia jurisdiccional competente para garantizar el *enforcement* de tales derechos– destaca la existencia de fuentes que pertenecen, formalmente, al Derecho internacional, pero que tienen, sustancialmente, una fuerte “vocación constitucional”¹⁶ y sobre todo el objeto peculiar del ‘derecho de los derechos humanos’ lo que determina la caracterización de tales fuentes del Derecho internacional. La peculiaridad se encuentra, en efecto, en la finalidad y en el objeto de tales tratados que “no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes”. Por el contrario, su finalidad es garantizar “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”¹⁷. El ‘Derecho de los

15 Sobre el tema, cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, 166–169, que define “el espacio transnacional” como “el espacio móvil y cambiante dibujado y rediseñado en continuación por los sujetos que lo practican especialmente con sus comunicaciones: comunicaciones sociales, jurídicas, políticas, económicas”. En un nuevo contexto mundializado “las instituciones jurídicas, que fueron atadas tradicionalmente al territorio estatal, además de seguir las dimensiones internacionales y supranacionales, intentan la hazaña de instalarse también en la dimensión transnacional”. Cfr., además, sobre el tema M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000; L. MEZZETTI, C. PIZZOLO, *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012; G. SHAFFER, *Transnational Legal Process and State Change*, en *Law & Social Inquiry*, vol. 37, n.º 2, 2012; G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, Milano, 2012; G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, relazione al XXVIII Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2013; P. ZUMBANSEN, *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, en *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

16 En ese sentido, cfr. V.R. HARMSSEN, *The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform*, en J. MORISON, K. MCEVOY, A. GORDON, *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Véanse, entre otros, sobre el tema: A. ABREU BURELLI, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979–2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; J. CARDONA LLORENS, *La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

17 Cfr. el párrafo 29 de la Opinión Consultiva del 24 de septiembre 1982 de la Corte IDH.

derechos humanos' es concebido con el objetivo de tutelar a los individuos que están sometidos a la jurisdicción de los Estados miembros, intentando “en las relaciones entre desiguales posicionarse en defensa de los más necesitados de protección”¹⁸.

La particular aplicación de las previsiones convencionales por parte de la Corte IDH—que, con una jurisprudencia muy innovadora, ha ejercitado una fuerte ‘intrusión’ en los órdenes nacionales—ha determinado que, aun partiendo del análisis del caso concreto, se pueda llegar a la proclamación de principios de orden general a los que los Estados deben, con mayor o menor resistencia, conformarse. De hecho, la Corte de San José ha interpretado de manera muy extensiva su mandato con el fin de ‘obligar’ a los Estados a que adecúen los propios ordenamientos internos a las disposiciones convencionales, imponiendo obligaciones de carácter general a los órganos de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. La Convención se dirige, en primer lugar, al poder ejecutivo imponiéndole “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”; además, el Pacto de San José le impone al poder legislativo que adopte “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y las libertades en ello consagrados; por último, se le impone al poder judicial que provea a la tutela total de los derechos fundamentales¹⁹.

Con los años, la Corte IDH ha sabido asumir “la tarea de limitar el ejercicio de los poderes públicos en función de la garantía de los derechos, tarea que, en Europa, en la segunda posguerra, fue repuesta a las Constituciones nacionales”²⁰, a menudo haciendo referencia al concepto del *jus cogens*²¹, o bien a aquellas “auténticas normas constitucionales” que son “manifestaciones de valores universales (...) y prescinden del elemento del consentimiento del Estado”²².

Por lo tanto, el sistema interamericano tiende a configurarse, como un ordenamiento ‘sustancialmente independiente’ de los Estados miembros—en el ámbito de un proceso caracterizado por la emancipación de una configuración exclusivamente interestatal— que es capaz de imponer normas vinculantes, no por obligaciones derivadas de un determinado tratado, sino por la orientación hacia los intereses y

18 Cfr. el párrafo 7 del voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia sobre Reparaciones en el caso Blake versus Guatemala del 22 de enero 1999.

19 Cfr. artt. 1, 2 y 25 del Pacto de San José.

20 Cfr. L. CAPPUCCIO, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, en L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 198.

21 Véanse sobre el tema: A. A. CANÇADO TRINDADE, *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Content in Contemporary International Case-Law*, disponible en www.oas.org; Id., *La ampliación del contenido material del Ius Cogens*, disponible en www.oas.org; F. QUISPE REMÓN, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso*, en *Revista de derecho*, Universidad del Norte, n.º 34, 2010.

22 G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale...* cit.

las aspiraciones de todo el género humano. Dicho sistema se ve obligado a actuar en un escenario social, político y jurídico extremadamente complejo que durante mucho tiempo se ha caracterizado por una constante práctica de la violación de los derechos del individuo. Ello hizo necesario –inclusive frente a las deficitarias tuteladas garantizadas por los sistemas jurisdiccionales internos– la superación del papel meramente subsidiario que debería tener una institución supranacional de tutela de los derechos del hombre y, coherentemente con esta formulación, se ha optado por hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos del hombre y a los instrumentos globales de tutela de los derechos humanos, en lugar de recurrir a las tradiciones constitucionales latinoamericanas²³. De hecho, la Corte de San José, aun siendo un ‘juez del caso concreto’, ha expresado consideraciones de orden general útiles para garantizar la tutela de la dignidad de la persona, con una profunda intromisión en la legislación nacional y pretendiendo reformas de los ordenamientos²⁴. Hasta en el juicio sobre el caso concreto, la Corte utiliza una técnica interpretativa de la Convención que, según la conocida doctrina del efecto útil²⁵, permite localizar y poner remedio a las causas de orden estructural de la violación²⁶, así que “lo que es efecto útil y *primaute* de un sistema supranacional ordenamental estructurado sobre fuentes sustitutivas de Derecho interno (...) en América Latina valdría únicamente para los derechos humanos y para su interpretación según la CIDH, no obstante la ausencia de un sistema de estructuras y fuentes supranacionales sustitutivas de las internas a los Estados²⁷.”

Además, la escasa atención al denominado *regional consensus* ha transformado la Corte de San José en el “*major, though selective, importer of human rights*”

23 Cfr. L.G. NEUMAN, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, en *The European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 2008.

24 Sobre el tema L. CAPPUCIO, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...* cit., 199, afirma que “La Corte interamericana ha chocado con una realidad en la que no era imaginable que fueran los Estados quienes debían tutelar los derechos. La Corte interamericana ha desarrollado un papel de suplencia, no retrocediendo ni siquiera específicamente ante las decisiones políticas como aquellas sobre la forma de cierre de la fase de las dictaduras, o sea de la justicia de transición”.

25 El juez Cançado TrinidadE afirma en el párr. 20 de su voto razonado sobre la Sentencia de Excepciones Preliminares del caso *Hilarie vs. Trinidad y Tobago* (1 septiembre 2001): “Es deber de un tribunal internacional de derechos humanos velar por la debida aplicación del tratado de derechos humanos en cuestión en el marco del derecho interno de cada Estado Parte, de modo a asegurar la protección eficaz en el ámbito de este último de los derechos humanos consagrados en dicho tratado. Cualquier entendimiento en contrario sustraería del tribunal internacional de derechos humanos el ejercicio de la función y del deber de protección inherentes a su jurisdicción, dejando de asegurar que el tratado de derechos humanos tenga el efecto apropiado (*effet utile*) en el derecho interno de cada Estado Parte”.

26 Cfr. P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di...* ob. cit., p. 11.

27 Cfr. M. CARDUCCI, *Il difficile confronto tra Europa ed America Latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, en www.federalismi.it, 2013, p. 15.

interpretations”²⁸, en el que las referencias predominantes²⁹ para individuar adecuados estándares de tutela se convierten en las experiencias procedentes del exterior del continente americano. De esta manera, ha adquirido “el papel de corte internacional de los derechos humanos según una prospectiva universalista”³⁰, basándose en la idea de que “la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional”³¹, sea universal o regional.

Por lo tanto, la mayor fuente de ‘inspiración jurisprudencial’ para la Corte de San José es el sistema europeo de tutela de los derechos humanos. Esa misma continua referencia a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo se subraya en múltiples análisis empíricos³², por lo que se deduce que la mayor parte de las opiniones consultivas emanadas por la Corte IDH contienen referencias a la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos del hombre.

4. LAS LEYES DE AMNISTÍA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: FRAGMENTOS DE UN CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL IBEROAMERICANO

En el sistema iberoamericano de tutela de los derechos humanos, la Corte de San José ha desarrollado un papel de verdadera suplencia respecto a los ordenamientos nacionales, yendo más allá del papel exquisitamente subsidiario, porque ha interpretado de manera muy extensiva su mandato con el objeto de inducir a los Estados a que adecuaran la legislación interna a las disposiciones convencionales³³.

Su *modus operandi* ha incidido enérgicamente en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros y sobre el concepto de soberanía estatal, tanto como para que generalmente sea aceptada la hipótesis interpretativa que ve en el Pacto de San José un tipo de Constitución latinoamericana en materia de derechos humanos y en la Corte el órgano adepto para su garantía³⁴.

28 Cfr. L.G. NEUMAN, *Import, Export, and Regional Consent...* ob. cit., p. 109.

29 Véase T. GROPPi, A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, en www.federalismi.it, 2013.

30 Ídem, 17.

31 Cfr. el párr. 40 de la Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982.

32 Véase en particular A. GARRO, *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Cuestiones constitucionales*, 2009.

33 Véase sobre el tema L. BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*, en *Working Papers on European Law and Regional Integration dell'Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional dell'Universidad Complutense*, n.º 22, 2014.

34 Afirma concordablemente sobre el tema C. BINDER, *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías*, en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONAZZI, *La justicia constitucional y su*

Dos ejemplos importantes de dicha aptitud de la Corte de San José se encuentran en la jurisprudencia sobre las leyes de amnistía —con la que la Corte entra en pleno³⁵ en el complejo debate sobre las difíciles transiciones democráticas en el continente latinoamericano y sobre la denominada *justicia transicional*— y del control de convencionalidad, que pone de manifiesto el doble proceso de internacionalización del Derecho constitucional y de constitucionalización del Derecho internacional.

Los problemas planteados por la justicia transicional son muy complejos en cuanto conciernen no solo al ámbito estrictamente jurídico, sino también al político, ético y moral. De hecho, esta problemática se refiere a los instrumentos jurídicos que una comunidad política elige —en un momento específico y, por varias razones, fundacional, como podría ser la transición a la democracia— para responder a un problema político con fuertes implicaciones éticas y morales, o bien al de las formas de castigo de los responsables de las violaciones de masa de los derechos humanos cometidas en un pasado dictatorial relativamente reciente³⁶. Sin entrar en el análisis específico del tema, es oportuno subrayar que la adopción de leyes de amnistía representa claramente una solución de compromiso en la que se deben satisfacer dos exigencias aparentemente contradictorias: el juicio de los responsables de las violaciones de masa de los derechos humanos y la garantía de cierta estabilidad a las nacientes instituciones democráticas³⁷.

La Corte de San José ha afrontado no solo tales cuestiones alineándose abiertamente en una serie de decisiones muy importantes contra aquellas disposiciones legislativas que garantizaron de varias maneras la impunidad a los responsables de violaciones de masa de los derechos humanos³⁸, sino “en contratendencia respecto

internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, México, 2010, p. 161: “La Convención se convierte en la Constitución latinoamericana en materia de derechos humanos, con la Corte Interamericana como su guardián. Dicho de otro modo, el rol proactivo de la Corte Interamericana la ubica de facto en la posición de una Corte Constitucional Latinoamericana de Derechos Humanos. Esto es facilitado por la alta jerarquía acordada a la CADH en las Constituciones de muchos Estados latinoamericanos”.

35 Sobre la presunta prepotencia de la Corte de San José en el enfoque de un tema tan delicado J.G. MOCOROA, *Justicia transicional, amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso “Gelman” y algunas inquietudes*, en M. CARDUCCI, P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericana: casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 89.

36 Véase, entre otros, J. ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.

37 Véase sobre el tema J. G. MOCOROA, *Justicia transicional, amnistía y Corte...* cit. Binder C., *¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?... cit.*, 165, afirma que “El problema de la ley de amnistía fue, y aún lo es, de crucial importancia para América Latina, ya que las transiciones a la democracia a veces se lograron al precio de las amnistías. Fue difícil para las democracias nacientes y lentamente consolidadas, luchar contra la impunidad, ya que muchos de los anteriores gobernantes y violadores de derechos humanos todavía permanecieron en puestos influyentes”.

38 La bibliografía sobre el tema es muy amplia, véanse entre otros: E. FERRER MAC-GREGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e*

a los principios convencionales que imponen el filtro estatal para la realización de lo deliberado por la Corte (...) ha impuesto al Estado la inmediata cesación de la vigencia de normas de ley que violaran derechos esenciales”³⁹. La Corte IDH, en estos casos, se ha comportado –más allá de la posición subjetiva respecto a la mayor o menor oportunidad de una intervención de una instancia supranacional en temas extremadamente politizados como el de la *justicia transicional*– como una ‘Corte constitucional’ latinoamericana, declarando la ‘inconveniencia’ de las normas en examen y su inmediato cese de vigencia imponiendo, frente a la gravedad de las violaciones en cuestión, “una violación de límites de lo que sería el régimen jurídico de las relaciones Corte/Estados contemplado por la Convención”⁴⁰.

Se trata de una aptitud jurisprudencial innovadora a nivel supranacional en cuanto aproxima mucho lo actuado por la Corte de San José –con relación al perfil de los efectos de sus sentencias– a lo de un Tribunal constitucional nacional. Cabe destacar la particularidad de un caso en el que “*une juridiction internationale déclare que des lois nationales son dépourvues d'effets juridiques à l'intérieur du system étatique ou elles ont été adoptées, et oblige par conséquence à l'État à agir comme si ces lois n'avaient jamais été dictées*”⁴¹.

En realidad, la Comisión Interamericana, ya en 1992⁴², se había referido a la jurisprudencia de la Corte sobre la obligación estatal de *prevenir, investigar y sancionar* las violaciones de los derechos convencionales⁴³, subrayando que las leyes

indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso *Gelman vs. Uruguay*), en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013; J.T. LARRIEUX, *Caso Gelman vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, en Anuario de Derecho Constitucional... cit.; A. MENSA GONZÁLES, *La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos*, en L. MEZZETTI, C. PIZZOLO, *Diritto costituzionale transnazionale...* ob. cit.; J.G. MOCOROA, *Justicia transicional, amnistía y Corte...* cit.; J. Zalaquett Daher, *El Caso Almonacid. La noción de una obligación imperativa de derecho internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad*, en Anuario de Derechos Humanos, 2007; C. ZANGHÌ, *Gli effetti «diretti» delle sentenze della Corte Interamericana. Una svolta epocale nella giurisprudenza? Il caso Barrios Altos*, en Rivista della cooperazioni giuridica internazionale, n.2, 2002.

39 Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, 55.

40 Ídem. En ese sentido también se ha expresado P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle corti dei diritti: Europa e America a confronto*, en Quaderni costituzionali, n.º 2, 2009.

41 Cfr. A. CASSESE, *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2002, p. 16.

42 Véanse los informes de la Comisión n.º 28 y 29 del 1992.

43 La referencia es a la conocida decisión de la Corte IDH sobre el caso Velásquez Rodríguez versus Honduras (Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988), que, aun no ocupándose directamente de las cuestiones relacionadas con la justicia transicional, reviste una particular importancia en materia –al analizar el art. 1, inciso I, del Pacto de San José– porque subraya como: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio

de amnistía, en particular la argentina y la uruguaya, eran “incompatibles con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁴⁴.

La obligación para los operadores nacionales de desaplicar una norma interna que contraste con la CADH no se prevé solo en el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, en cuanto una posición jurisprudencial del mismo tenor fue adoptada, desde hace ya casi cuarenta años, por parte de la que fuera la Corte de Justicia de las comunidades europeas, en la conocida sentencia *Simmenthal S.P.A. versus Administración de Hacienda del Estado* del 9 de marzo de 1978⁴⁵. Sin embargo, si semejante previsión es coherente con un ordenamiento con ‘finalidades tendencialmente generales’ como el de la Unión Europea, resulta ser muy innovadora para un sistema de protección de los derechos humanos. En el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se observa que en casos semejantes, a pesar de una mayor madurez del sistema, no existe una posibilidad análoga ni siquiera después de que el art. 6, apartado 3, TUE remita a la misma⁴⁶. Esa misma orientación emerge de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión europea que, en la sentencia de 24 de abril de 2012 sobre el caso *Servet Kamberaj contra Istituto per l’Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) y otros*, evidencia que: “La referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y dicho Convenio, a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”.

En cambio, en lo que concierne al otro ‘fragmento’ del constitucionalismo transnacional iberoamericano, el control de convencionalidad, se puede subrayar

del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

44 Cfr. el Informe Anual de 1992 de la Comisión, pp. 53 y 174.

45 La Corte de Luxemburgo destaca que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional” (párr. 24).

46 El art. 6, apartado 3, TUE (Tratado de la Unión Europea) afirma que: “Los derechos fundamentales, garantizados por la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, forman parte del derecho de la unión por ser principios generales”.

que “la trascendencia de la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico diálogo jurisprudencial —entre los jueces nacionales e interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”⁴⁷.

El control de convencionalidad tiene que ser efectuado por los jueces y por todos los órganos estatales, dentro de sus respectivas competencias y de las normas procesales nacionales, sin necesidad de una petición de parte y con la finalidad de garantizar no solo el efecto útil de las previsiones convencionales y de los tratados en materia de derechos humanos, de los que el Estado en cuestión forma parte, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. De hecho, dicho control se ejerce, sobre todas las normas jurídicas nacionales, alcanzado el resultado que “el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a su propia Constitución”, y por consiguiente “asume, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*”⁴⁸.

A tal propósito, resulta evidente que el juez nacional está obligado, a la luz de la doctrina en cuestión, a desaplicar en el caso concreto la norma que entre en contraste con las previsiones convencionales, sin que eso comporte, necesariamente, su anulación. En ese caso, puesto que los derechos convencionales forman parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, hasta en aquellos casos en que no se haya elegido la vía de su constitucionalización, el órgano en cuestión se verá obligado a expulsar del ordenamiento la norma que tenga carácter anticonvencional, en caso de que no sea salvable en vía interpretativa, ya que “los atributos y las garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un orden público común interamericano que ningún Estado parte puede vulnerar”⁴⁹. Esta necesaria superioridad de las previsiones convencionales, que el juez nacional debe respetar,

47 E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, UNAM III, 2011, 429.

48 Cfr. P.N. SAGÜÉS, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 457.

49 H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos humanos*, en *Anuario de Derecho Constitucional*, 2013, p. 548.

actúa también sobre las Constituciones nacionales, como lo demuestran claramente los hechos relacionados con la *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* del 5 de febrero de 2001 en el caso de la *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) versus Chile*.

A la función ‘represiva’ del control de convencionalidad consistente, según los casos, en desaplicar o anular la norma nacional anticonvencional, se debe añadir un propio efecto positivo o constructivo que consiste en la interpretación de las normas del orden jurídico nacional en armonía con las normas convencionales y la jurisprudencia de la Corte. Dicha función positiva del control de convencionalidad –como subraya la misma Corte en la *Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* del 23 de noviembre de 2009 en el caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*⁵⁰– “justifica relecturas adaptativas del Derecho nacional, de tipo *armonizante*, en consonancia, esto es, *conforme* con el Pacto y tal jurisprudencia”⁵¹.

Es evidente que la jurisprudencia de la Corte de San José, respecto a la temática del control de convencionalidad, determina un proceso de constitucionalización del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Este proceso se fundamenta en la operatividad del reconocido principio *pro homine*⁵², de manera tal que determine el predominio de la regulación principalmente favorable para el individuo, independientemente del origen convencional o nacional, superando una relación de verticalidad entre el sistema interamericano y los ordenamientos nacionales.

El análisis, aunque sea breve, sobre las leyes de amnistía y sobre el control de convencionalidad destaca de manera aún más evidente que la comprensión de la naturaleza ‘sustancialmente’ constitucional del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos requiere un esfuerzo interpretativo para superar las que Walker define como lentes estatales⁵³, o bien aquellos elementos del análisis constitucional inseparables del concepto de Estado.

50 En el párr. 340 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 23 de noviembre de 2009 en el caso *Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*, la Corte afirma que: “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso”.

51 Véase P.N. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano...* cit., p. 383

52 Véase, conforme al alcance de tal principio en la jurisprudencia de la Corte de San José, M. PINTO, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en M. ÁBREGÜ, C. COURTIS, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.

53 Véase N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, en *The Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002.

5. CONCLUSIONES

La complejidad del escenario jurídico actual, donde coexisten varios niveles de poder sustancialmente constitucionales, impone la adopción de un esquema interpretativo pluralista. La fragmentación de la soberanía estatal, que ha ‘generado’ un orden constitucional policéntrico y multinivel, conlleva la elección, ante la imposibilidad de un *reductio ad unitatem*⁵⁴, de la adopción de un esquema interpretativo multinivel con la consiguiente “configuración reticular de los sistemas constitucionales pluralistas”⁵⁵, en el que ninguno de los polos constitucionales, a diferencia de los clásicos modelos jurídicos, pueda desarrollar el papel de última autoridad superior en el ámbito del sistema.

Este modelo permite “*discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the internacionales and the national level). The constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other*”⁵⁶. El *constitutional network*, derivado, conlleva la exigencia de establecer necesariamente relaciones e interacciones entre las varias legislaciones. Por lo tanto, se configura un *transnational constitutional network*⁵⁷, sin jerarquías entre las normas, con la consecuencia fundamental que “*the resolution of eventual conflicts between international and national constitutional law requires a balancing of interests in concrete cases*”⁵⁸, de lo que deriva la renovada centralidad del órgano judicial –como instrumento principal de tal balance– y su difusión en el panorama constitucional transnacional.

El pluralismo constitucional, el constitucionalismo multinivel, la ‘abertura’ de los ordenamientos constitucionales y la superación de su connotación piramidal, la centralidad de las Constituciones y el protagonismo de las Cortes, parecerían ser la clave interpretativa del constitucionalismo contemporáneo, que bien se adapta para interpretar también el constitucionalismo transnacional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que representa uno de los modelos más completos y digno de particulares profundizaciones científicas.

54 Cfr. P. CARROZZA, *Constitutionalism’s Post-Modern Opening*, in M. LOUGHLIN, N. WALKER, *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

55 Cfr. A.M. RUSSO, *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonómico spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 252.

56 Cfr. A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, en *Leiden Journal of International Law*, vol.19, 2006, pp. 601-602.

57 Véase A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism...* ob. cit.

58 Ídem.

La vocación constitucional de la Corte IDH pone de manifiesto una característica del modelo interamericano de protección de los derechos humanos que resulta de particular interés sobre todo para un observador europeo, dado que presenta una mayor familiaridad con modelos en que los derechos fundamentales son tutelados de manera prioritaria por los sistemas constitucionales nacionales y, sucesivamente, por el sistema supranacional de tutela, según una lógica subsidiaria⁵⁹. La realización de tal modelo ha determinado que “la jurisprudencia interamericana demuestra una tendencia a la valorización del aspecto suprapositivo de los tratados sobre los derechos humanos”⁶⁰, con una preferencia por “la autoridad moral que unifica estos acuerdos, independientemente del reconocimiento formal que se les atribuya, y que se relaciona al valor axiológico de las previsiones de tutela que los mismos contienen”⁶¹. Tal aptitud –que configura una especie de ‘inversión del deber de tutela’ a ‘favor’ del sistema interamericano– es el resultado de la especial situación sociopolítica del continente latinoamericano, caracterizado antaño por las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, en las que con frecuencia “el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose un clara situación de ‘terrorismo de Estado’”⁶². A raíz de estos factores se comprende también por qué la Corte siempre ha hecho una escasa remisión a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, refiriéndose sobre todo fuera del sistema interamericano para encontrar un adecuado apoyo a sus propias líneas interpretativas.

El papel de suplencia desarrollado por la misma Corte respecto a los ordenamientos estatales confirma la utilidad del enfoque pluralista en el análisis del constitucionalismo transnacional ya que en el sistema interamericano –que constituye un verdadero *transnational constitutional network*– el aspecto jerárquico se relativiza completamente. De hecho, la Corte no afronta directamente la tradicional problemática de la soberanía estatal –que hasta ha sido ‘perjudicada’ ampliamente, más allá de las previsiones convencionales, por sus decisiones, pudiéndose configurar inclusive una situación de *supraconstitucionalidad*⁶³ del *Pacto de San José*– pero enmarca todo el sistema en la aplicación del reconocido principio *pro homine*, determinando así el predominio de la regulación principalmente favorable para el individuo, independientemente del origen convencional o nacional. El protagonismo

59 Véanse P. G. CARROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, en *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003.

60 Cfr. L. CAPPUCCIO, *La Corte Interamericana e la protezione dei diritti fondamentali...ob. cit.*, p. 199

61 Ídem

62 Cfr. El párr. 66 de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 22 de septiembre de 2006 en el caso *Goiburú y otros versus Paraguay*.

63 Cfr. P.N. SAGÜÉS, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius communeteramericano*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 457.

y el activismo de las Cortes en la creación de un *ius commune* interamericano forma parte de una tendencia global a una renovada centralidad de los cuerpos judiciales⁶⁴, que manifiestan un marcado cosmopolitismo. Se ha logrado crear una comunidad de jueces finalizada a la investigación –en el panorama jurídico postnacional y, en particular, sobre una materia estrictamente constitucional tal como la de la tutela de los derechos del hombre– de “un nuevo orden global”⁶⁵. Las diferentes Cortes que en el mundo se ocupan de los derechos humanos están en continua y recíproca comunicación, más allá del ámbito territorial en el que actúen, realizando hasta en su particular contexto constitucional el fenómeno, definido por la doctrina jurídica anglosajona *judicial globalization*, según el cual “*high court judges (whether international) regional, or national, entering into a global conversation by referring to and borrowing from each other and –similar to political leaders– gathering information as they see each other at especial meetings or even at summits*”⁶⁶.

Quizás el impacto político más visible del proceso de globalización sea la creación en casi todos los continentes de formas de cooperación, más o menos estrechas y más o menos estables, entre los Estados, con claras implicaciones institucionales y jurídicas. El carácter pluridimensional y no meramente comercial de tal fenómeno –que encuentra en la Unión Europea su ejemplo más clásico– demuestra que se trata de una tendencia a la reorganización del poder, no solo económico, a nivel global que “se localiza en el punto de encuentro de la teoría de la comunidad internacional y del Estado, en donde confluyen elementos de ambos y donde se construye el orden internacional sobre nuevos fundamentos”⁶⁷.

Esta línea interpretativa representa un aspecto del nuevo escenario mundial de especial interés para la reflexión jurídica, a partir del hecho de que las relaciones recíprocas entre los distintos bloques regionales también serán determinantes para el futuro de las nuevas organizaciones institucionales a nivel global.

Omitiendo el aspecto geopolítico de la cuestión, la experiencia de integración europea –que es el modelo principal para cualquier investigación sobre la integración regional⁶⁸ y aún más para el continente latinoamericano que ha mantenido siempre un fuerte vínculo, sobre todo en las tradiciones jurídicas, con el continente

64 Véase sobre el tema S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

65 Véase S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine mondiale*, Roma, Donzelli Editore, 2009.

66 Cfr. C. BAUDENBACHER, *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?*, en *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 505.

67 Cfr. M. PANEbianco, *A Integração Regional Européia e Latino-Americana entre Internacionalismo e Constitucionalismo*, en *Landim J.F.P., Direito e Integração. Experiência Latino-Americana e Européia*, Brasília, Editora da UnB, 1981, p. 65.

68 Véanse sobre el tema: E. BEST, *The European Integration Process as an Example for Other Regions?*, ponencia para el Congreso 50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives, University of Maastricht, 23-24 March 2007; M. LEVI CORAI, *La Unión Europea y la nueva integración latinoame-*

europeo— demuestra que el impacto de los procesos de integración regional sobre los ordenamientos jurídicos internos es muy relevante. Si es verdad que tales procesos nacen por voluntad de los Estados, y, por lo tanto, según los clásicos cánones del Derecho internacional, es indudable que, por lo menos a nivel de integración que se ha alcanzado tanto en el sistema europeo como en el iberoamericano, tienen un gran impacto precisamente sobre la soberanía estatal *tout court*. Se refuerza, de esta manera, la exigencia de dar vida a un nuevo constitucionalismo, ya no vinculado solo a los Estados nacionales, sino capaz de dar una fuerte legitimación a los procesos de integración regional, que justamente porque determinan la consolidación de la tutela de los derechos fundamentales, ponen en resalto el valor añadido constitucional y democrático de los procesos mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU BURELLI, A. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005;
- BAUDENBACHER, C. Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?, en *Texas International Law Journal*, vol.38, 2003.
- BAUMAN, Z. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. *Families in a runaway world*, in J.L. SCOTT, J. TREAS, M. RICHARDS (cur.), *The Blackwell companion to the sociology of families*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- BEST, E. *The European Integration Process as an Example for Other Regions?*, ponencia para el Congreso 50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives, University of Maastricht, 23-24 March 2007.
- BINDER, C. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías, en A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONAZZI, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, México, 2010, 161;

ricana: parámetros de comparación aplicados en diferentes estudios sobre los procesos de integración, en *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.º 11, 2011.

- BURGORGUE-LARSEN, L. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional, in *Working Papers on European Law and Regional Integration* dell'Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional dell'Università Complutense, n.º 22, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of its Content in Contemporary International Case-Law*, disponible en www.oas.org; Id., La ampliación del contenido material del Ius Cogens, disponible en www.oas.org; F. Quispe Remón, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso*, en *Revista de derecho, Universidad del Norte*, n.º 34, 2010.
- CAPPUCCIO, L. *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli Stati*, en L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- CARDONA LLORENS, J. *La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia*, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999.
- CARDUCCI, M. *Il difficile confronto tra Europa ed America Latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, en www.federalismi.it, 2013;
- CARROZZA, P. Constitutionalism's Post-Modern Opening, in M. LOUGHLIN, N. WALKER, *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- CARROZZA, P. G. Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, en *American Journal of International Law*, Vol.97, 2003.
- CASSESE, A. *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005.
- CASSESE, S. *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- CASSESE, S. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982.
- DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, il Mulino, 2010.
- D'IGNAZIO G. y RUSSO, A. M. *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, II, 2013.

- ELSTER, J. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- FERRARESE, M. R. *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- FERRARESE, M. R. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, 166-169.
- FERRARESE, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- FERRER MAC-GREGOR, E. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013;
- FERRER MAC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (coords), *Derechos humanos: un nuevo model constitutional*, UNAM IJ, 2011, 429.
- GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.; SANTOLAYA MACHETTI, P. y CANOSA USERA, R. *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism, 1810–2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- GARRO, A. La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Cuestiones constitucionales*, 2009.
- GENTILI, A. *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, en *Pol. dir.*, 2, 2011.
- GROPPI, T.; LECIS COCCO-ORTU, A.M. *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, en www.federalismi.it, 2013.
- INFORME ANUAL DE 1992 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- HARMSSEN, V.R. “The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform”, en J. Morison, K. Mcevoy, Gordon, A. *Judges, Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- KIIVER, P. *Constitutions in the Age of Internationalisation: Toward Transnational Constitutional Standards*, Hiil Concept Paper, 2008.

- KRISCH, N. *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, Oxford/ New York, Oxford University Press, 2010.
- MEZZETTI, L. y PIZZOLO, C. *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- LEVÌ CORAL, M. La Unión Europea y la nueva integración latinoamericana: parámetros de comparación aplicados en diferentes estudios sobre los procesos de integración, en *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, n.11, 2011.
- MARTINICO, G. *L'integrazione silente*, Napoli, Jovene, 2009;
- MENSA GONZÁLES, A. *La atribución constitucional de indultar y el derecho internacional de los derechos humanos*, en L. MEZZETTI, C. PIZZOLO.
- MEZZETTI, L. y PIZZOLO, C. *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto Editore, 2012.
- MOCOROA, J.G. Justicia transicional, amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso "Gelman" y algunas inquietudes, en M. CARDUCCI, P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericana: casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2012.
- NEVES, L. *Transconstitutionalism*, Hart Publishing, Oxford y Portland (Oregon), 2013.
- NEUMAN, L.G. *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, en *The European Journal of International Law*, vol.19, n.1, 2008.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos humanos, en *Anuario de Derecho Constitucional*, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos humanos, en *Anuario de Derecho Constitucional*, 2013.
- PANEBIANCO, M. A Integração Regional Européia e Latino-Americana entre Internacionalismo e Constitucionalismo, en LANDIM J.F.P., *Direito e Integração. Experiência Latino-Americana e Européia*, Brasília, Editora da UnB, 1981.
- PETERS, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, en *Leiden Journal of International Law*, vol.19, 2006.
- PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires, Ediar, 2010.

- RUSSO, A. M. *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonómico spagnolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 252.
- SAGÜÉS, P.N. *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa*, Editorial Porrúa- UNAM, México, 2012.
- SHAFFER, G. Transnational Legal Process and State Change, en *Law & Social Inquiry*, vol. 37, n.2, 2012.
- SLAUGHTER, A. M. Disaggregated Sovereignty: Towards the Public Accountability of Global Government Networks, in *Government and Opposition*, 39, 2004.
- TANZARELLA, P. Gli effetti delle decisioni delle corti dei diritti: Europa e America a confronto, en *Quaderni costituzionali*, n.º 2, 2009.
- TEUBNER, G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997.
- TEUBNER, G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, Milano, 2012.
- TORRES PÉREZ, A. *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES ANTIONAZZI, M. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constituionale commune en América Latina?*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, México, 2010.
- Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia sobre Reparaciones en el caso Blake versus Guatemala del 22 de enero 1999;
- WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism, in *The Modern Law Review*, vol. 65, n.º 3, 2002.
- ZANGHÌ, C. Gli effetti «diretti» delle sentenze della Corte Interamericana. Una svolta epocale nella giurisprudenza? Il caso Barrios Altos, en *Rivista della cooperazioni giuridica internazionale*, n.º 2, 2002.

ZALAUQUETT DAHER, J. El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2007.

ZUMBANSEN, P. Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order, in *Comparative Research in Law & Political Economy*, York University, 2011.

MÔNICA DE MELO*

*Derecho de acceso a la justicia en el sistema
interamericano e impacto en el modelo público
de prestación de asistencia jurídica gratuita
a las personas en situación de vulnerabilidad*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Derecho de acceso a la justicia a nivel internacional. 2.1. Mecanismos que garanticen el acceso a la justicia con el Sistema Interamericano de Protección Internacional de los Derechos Humanos. 3. modelo público para prestar asistencia jurídica plena en Brasil. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de investigación de este trabajo se concentra en el análisis del modelo que se considera más adecuado para la garantía del acceso a la justicia, considerándose la necesidad de formulación de políticas públicas para la garantía de derechos, así como el deber de los Estados de remover todos los obstáculos que dificulten a las personas la defensa de sus derechos. Considera asimismo que el acceso a la justicia no se limita a garantizar el acceso al sistema judicial, sino que entiende como igualmente importante la educación en derechos, la concientización e información sobre los derechos, así como los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, desde una perspectiva emancipadora y fortalecedora de mujeres y hombres. Cabe también subrayar que la preocupación es con el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sea porque no cuentan con recursos económicos para costear los gastos inherentes, sea porque se encuentran en alguna situación de fragilidad en razón de su condición de origen, sexo, género, etnia, raza, orientación sexual, violencia etc.

Algunas instancias internacionales como la “Conferencia de los Ministros de la Justicia de los Países Iberoamericanos” – COMJIB¹ y la “Conferencia Judicial Iberoamericana”² han trabajado y actuado en el tema del acceso a la justicia.

La COMJIB ha formulado un programa iberoamericano de acceso a la Justicia, especialmente de los grupos más vulnerables, en el que apunta expresamente a la necesidad de fortalecer las políticas públicas propuestas por los gobiernos tratándolas como “servicio público”³. Destaca dicho documento que la importancia del acceso a la justicia como derecho fundamental consiste en que por medio de este derecho

* Defensora Pública do Estado de São Paulo, Professora Assistente-Mestre de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Brasil. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – ABCD, Co-Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC/SP e Doutoranda em Direito Constitucional na PUC/SP. E-mail: monicademel@gmail.com.

1 Disponible en www.comjib.org, consultado el 04/08/2105.

2 Disponible en www.cumbrejudicial.org.br, consultado el 04/08/2015. Consultar sobre el documento “Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que está en el sitio.

3 Documento disponible en <http://www.comjib.org/publicaciones/programa-iberoamericano-de-acceso-la-justicia>, consultado el 04/08/15.

se le otorga contenido material a la igualdad formal al propiciar la exigibilidad de otros derechos y la solución de conflictos entre particulares y entre particulares y el Estado. Y que la complejidad de la función jurisdiccional de nuestra época se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo. Y también, que el acceso a la justicia, además de la dimensión judicial que entra en juego en el momento en que las partes instauran el proceso como forma de solución del conflicto, tiene una dimensión pública previa al proceso, en que el acceso se concibe como el deber del Estado de establecer garantías mínimas para que todas las personas gocen de la posibilidad de tener acceso a la justicia. En este sentido, los poderes ejecutivos tienen una responsabilidad ineludible en lo que se refiere a la adopción de políticas públicas en el sector de la justicia y en un ámbito que comprende aspectos que trascienden el proceso judicial. En resumen, los Ministros de Justicia Iberoamericanos señalan que es necesario contar con una política pública de acceso a la justicia como un área prioritaria de la agenda del gobierno.

Las “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” aprobadas por la XIV Conferencia Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia, Brasil, del 4 al 6 de marzo de 2008, disponen que se fomentarán las actuaciones destinadas a suministrar información básica sobre los derechos, así como los procedimientos y requisitos para asegurar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Se destaca la conveniencia de promover una política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones del Defensor Público, no solo en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales, o sea mediante la creación de mecanismos de asistencia complementaria: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o asociaciones de abogados. Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. Se promoverán, a estos efectos, los instrumentos destinados al control de calidad de la asistencia y se fomentarán las acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de enfrentar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

Tanto la iniciativa de los Ministros de Justicia en el ámbito interamericano como de la Cúpula Judicial Iberoamericana defienden que el acceso a la justicia se ha de garantizar por medio de Políticas de Estado no solo en el ámbito judicial, sino en los momentos que lo anteceden y que consisten en la garantía de información de derechos, concientización, o que previene la judicialización de conflictos, además de entenderse, también, que hacen parte del acceso a la justicia todas las formas de solución alternativa de conflictos, como la mediación, justicia restaurativa, conciliación, etc.

En lo que se refiere al análisis jurisdiccional del acceso a la justicia, ya existe, en el ámbito del sistema, manifestación expresa en cuanto a la necesidad de adopción de un modelo público de garantía de acceso a la justicia, tal cual se observa en algunos Estados que componen la región⁴⁻⁵.

Es ejemplar, a este respecto, el caso de Brasil, que a través de su más alta corte, el Supremo Tribunal Federal, viene interpretando la Constitución Federal de 1988 en el sentido de defender que el modelo adoptado de garantía de acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad es público. Esta interpretación, sin embargo, no se opera en diálogo judicial de la Corte brasileña con el sistema interamericano de protección internacional de derechos humanos, sino a partir de la interpretación del Derecho interno de la Constitución Federal, por lo que se observa ahí un hiato de comunicación, una ausencia de diálogo en lo que concierne al derecho de acceso a la justicia garantizado mediante un modelo público de prestación de asistencia jurídica integral.

2. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN ÁMBITO INTERNACIONAL

Buscamos investigar aquí, prioritariamente, si el sistema internacional se ha inclinado en dirección a algún modelo específico de garantía de acceso a la justicia, así como los fundamentos que se plantean al abordar esta cuestión.

4 La “Cartografía del acceso a la Justicia en el Mercosur”, organizado por Adriana Fagundes Burger y Amelia Soares da Rocha, Editado por Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur y de la Asociación Nacional de Defensores Públicos en Brasil, Porto Alegre, 2012, al analizar diversos puntos de la Defensa Pública de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela señala que en todos estos Estados el modelo de derecho de acceso garantizado es público, en la mayoría proporcionado con autonomía y recursos propios. En Chile, el servicio público de acceso a la justicia se limita a asuntos penales y el cuerpo está vinculada a la rama ejecutiva. Disponible: <file:///F:/Defensoria%20P%C3%ABlica%20Artigo/Cartografia%20do%20Acesso%20a%20Justi%C3%A7a%20no%20Mercosul.pdf>, Acceso 04/08/2015.

Otro documento importante es el “Diagnóstico de su Defensoría Pública en América”, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas: 2012, que analiza Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Disponible en http://www.aidef.org/wksite/diagn_stico_final.pdf, consultado el 04/08/2015. En este documento se puede ver que todos los Estados tienen el servicio público de garantía de acceso a la justicia. Pero algunos, como Guatemala y la República Dominicana actuando solo en materia penal y varios de ellos, tales como Bolivia, Honduras, México, Panamá y Uruguay sin autonomía, vinculada tanto a la rama ejecutiva, ahora el Poder Judicial. El documento también muestra que en muchos estados el servicio está siendo estructurado no llegar a toda la población necesitada, habiendo fortalecido desde el año 2000.

5 Abordando los aspectos teóricos y empíricos de acceso a la justicia y de los países de América Latina destaca el libro *El acceso a la justicia: contribuciones teóricas empíricas en y desde países latinoamericanos*, especialmente el artículo de SONIA BOUEIRI BASSIL. Madrid: Ed Dykinson.

Paola Andrea Acosta Alvarado⁶ examina en profundidad el derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos, desde el fundamento convencional, la interpretación de la corte hasta el derecho de acceso a la justicia como norma de *ius cogens*. Según la autora, la Corte Interamericana viene interpretando el derecho de acceso a la justicia como uno de los pilares que sustentan el modelo de Estado democrático de Derecho, siendo asimismo la piedra angular del propio ordenamiento regional sin el cual su tarea de salvaguarda sería inútil⁷.

En el Sistema Global de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas hay mención expresa en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, “b” y “d” de que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a comunicarse con un defensor a su elección y a tener un defensor designado *ex officio* gratuitamente, si no tuviera medios para remunerarlo⁸.

En el Sistema Regional Americano de Protección de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos es bastante clara en su artículo 8, apartado 2, “d” y “e”, al prever que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser asistida por un defensor a su elección y el derecho irrenunciable a ser asistida por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el acusado no se defendiera a sí propio ni designara a un defensor dentro del plazo establecido por la Ley.

Importantes Resoluciones de la Organización de los Estados Americanos – OEA de 2011^[9], 2012^[10], 2013^[11] y 2014^[12] vienen tratando sobre el derecho de acceso a la justicia previsto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La Resolución 2656 de 2011, en sus considerandos, destaca que “el acceso a la justicia, como derecho humano fundamental es, también, el medio que posibilita restablecer el ejercicio de los derechos que hayan sido ignorados o violados, y des-

6 El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana. 1ª ed. Colombia, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007.

7 Ob. cit., p. 9.

8 En el ámbito del derecho a tener un defensor más allá de la justicia penal, ver AMELIA SOARES DA ROCHA. “Defensoria Pública; fundamentos, organização e funcionamento”. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 30 y ss.

9 Resolución 2656/2011 aprobado durante el 41.º período ordinario de sesiones de la OEA en junio en la ciudad de San Salvador. La totalidad de la resolución y la historia de su preparación se pueden encontrar en <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf>, consultado el 21/06/2015.

10 Resolución 2714 de 2012, aprobado en el 42.º período ordinario de sesiones de la OEA en junio en la ciudad de Cochabamba. La totalidad de la resolución y la historia de su preparación se pueden encontrar en <<http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1396/index.html>>, consultado el 21.06.2015.

11 Resolución 2801 de 2013, disponible en <<http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1608/index.html>>, consultado el 22.06.2015.

12 Resolución 2821 de 2014 adoptada en la sesión ordinaria número 44 en Asunción, disponible en <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20086>, consultado el 21.06.2015.

taca, al mismo tiempo, que el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, cuya instrucción debe seguir los principios que sustentan el Estado de Derecho, como el juicio justo, y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia”. Establece la Resolución importantes recomendaciones a los Estados Miembros de la OEA que reconocen la importancia de un modelo público (oficial) de garantía de acceso a la justicia. Veamos.

1. Afirmar que el acceso a la justicia, como derecho humano fundamental, es, al mismo tiempo, el medio que hace posible restablecer el ejercicio de los derechos que hayan sido ignorados o violados.
2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los defensores públicos oficiales de los Estados del Hemisferio, que constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.
3. Afirmar la importancia fundamental del servicio de asistencia jurídica gratuita para la promoción y la protección del derecho al acceso a la justicia de todas las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad.
4. Recomendar a los Estados miembros que ya dispongan del servicio de asistencia jurídica gratuita que adopten medidas que garanticen que los defensores públicos oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.
5. Incentivar a los Estados miembros que todavía no dispongan de la institución de la defensoría pública que consideren la posibilidad de crearla en sus ordenamientos jurídicos.
6. Instar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia.
7. Incentivar a los Estados y los órganos del Sistema Interamericano a que promuevan la celebración de convenios para la oferta de capacitación y formación de los defensores públicos oficiales.
8. Apoyar el trabajo de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), en el fortalecimiento de la defensa pública en los Estados miembros.

La Resolución 2714 de 2012 profundiza la cuestión y defiende un modelo oficial de Defensoría Pública como garantía del acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, así como la Resolución 2801 de 2013, que recomienda la necesidad de autonomía e independencia funcional en la actuación de los defensores públicos.

Por fin, la Resolución 2821 de 2014, que destaca y reconoce los Estados Miembros que han logrado autonomía funcional, financiera, administrativa en la garantía del acceso a la justicia, apoyando el trabajo que vienen desarrollando los defensores públicos oficiales de los Estados del Hemisferio.

En el sistema interamericano, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han manifestado expresamente sobre la necesidad de prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita. En este caso, el derecho de acceso a la justicia comprende la obligación de los Estados de eliminar los obstáculos económicos impeditivos¹³. En este sentido,

¹³ La Comisión Interamericana encargó el estudio titulado El acceso a la justicia como garantía de los derechos

la obligación de los Estados no es solo negativa, de no impedir el acceso a los recursos judiciales o de otra especie, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan tener acceso a estos recursos, eliminando obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten la posibilidad de acceso a la justicia¹⁴. Específicamente sobre la necesidad de eliminar los obstáculos económicos o financieros de acceso a los tribunales y referentes a la obligación positiva de los Estados, el sistema interamericano ya se ha posicionado en el sentido de que la disponibilidad de defensoría pública gratuita para las personas sin recursos es de inestimable valor instrumental, pues la desigual situación económica o social de los litigantes se refleja en una desigual posibilidad de defensa en juicio. A este respecto, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han fijado la obligación de proveer, en ciertas circunstancias, servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva¹⁵. Dichas circunstancias serían la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada, la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y la importancia de los derechos afectados. La Comisión Interamericana entiende que ciertas acciones judiciales requieren necesariamente la asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento. De acuerdo con un estudio que ha revisado y sistematizado la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁶, fue en la Opinión Consultiva n.º 11/90 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que por primera vez se hizo mención a la necesidad de eliminar obstáculos al acceso a la justicia originados en la posición económica de las personas. En esa opinión consultiva, la condición de indigente de determinada persona que no le permitiera el agotamiento de los recursos internos por ausencia de defensa técnica, por no poder costear los gastos necesarios, no sería un obstáculo de acceso a la Comisión. Posteriormente, en la Opinión Consultiva 18/03^[17], la Corte se refirió expresamente al deber estatal de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita y que se viola el derecho a las garantías y a la protección judicial al negarse la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo que impide que se haga valer los derechos en juicio.

económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA / Ser.L. / V / II. Doc. 4. Aprobado el 07/09/2007. Disponible en www.cidh.org. Este estudio revisa y sistematiza la jurisprudencia del sistema interamericano. Uno de los aspectos analizados del derecho de acceso a la justicia es una obligación de remover obstáculos económicos para la garantía de los derechos sociales.

14 OEA / Ser.L. / V / II.129,1.

15 Ob. cit., p. 2.

16 Ob. cit., p. 9.

17 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Merece destacarse, también, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el Informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador¹⁸, que apuntó que si las leyes del país exigen que las personas estén representadas por un abogado para tener acceso a la protección judicial, y si según el sistema actual los litigantes que no tienen medios de contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible, y si estas personas tienen que esperar frecuentemente durante largos períodos para tener acceso a la justicia, ello contraría claramente la Convención Interamericana (artículos 1.1, 8 y 24). Así, si los demandantes deben estar representados por abogado para poder presentar sus demandas, se debe aumentar el número de defensores públicos disponibles para defenderlos, de manera que el servicio esté disponible y al alcance de toda persona que lo necesite para tener acceso a la protección judicial y poder defender un derecho protegido.

Por fin, la Comisión Interamericana ha destacado la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión y se ven, por consiguiente, imposibilitados de tener acceso a la justicia¹⁹. Es el caso de las personas en situación de vulnerabilidad. Situación en que cabe al Estado proveer servicios legales gratuitos a fin de facilitar a estos grupos el acceso a las instancias judiciales de protección.

2.1. MECANISMOS GARANTIZADORES DEL ACCESO A LA JUSTICIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con respecto a los mecanismos garantizadores existentes de acceso a la justicia en el sistema de protección internacional de derechos humanos, además de la posibilidad de que las defensorías presenten denuncias, reclamaciones y pedidos a favor de las personas que atienden en el sistema internacional global o regional, en el caso de Brasil, cabe destacar el “Acuerdo de Entendimiento” firmado en septiembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la Asociación Interamericana de Defensoría Pública –AIDEP– en la designación de defensor público para la defensa de una víctima que no tenga recursos económicos ni representación legal ante la Corte.

Por el acuerdo firmado, cuando la Corte constata la ausencia de defensa, acciona a la AIDEP por medio de su Coordinación General, que, en el término máximo de diez días, designa un defensor público interamericano (DPI) para actuar en el caso.

¹⁸ Ob. cit., p. 11.

¹⁹ Caso Simone André Diniz, Informe n. 66/06.

Los DPI son definidos internamente por cada país integrante de la AIDEF. Cada país miembro puede presentar hasta dos candidatos, quienes serán evaluados y elegidos por la AIDEF²⁰.

En 2009, al ser aprobado el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se contempló expresamente la figura del “defensor público interamericano” como la persona asignada para asumir la representación legal de una supuesta víctima que no hubiera designado un defensor por sí misma. En esta hipótesis, la Corte podrá designar *ex officio* un defensor público interamericano que represente a las víctimas durante la tramitación del caso (artículos 11 y 37)²¹.

Un “Acuerdo de Entendimiento” semejante se firmó entre la AIDEF y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en marzo de 2013. Dicho acuerdo prevé defensa pública interamericana en los casos que se encuentren en examen del mérito, o sea, cuando se haya admitido la denuncia o en los cuales se decidiera acumular el examen del mérito con la admisibilidad y que se refieran, primordialmente, aunque no de manera taxativa, a posibles violaciones de derechos humanos de especial interés para la AIDEF, tales como el derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías y protección judicial, entre otras. Incluso casos en que las víctimas pertenezcan a un grupo en situación de vulnerabilidad, tales como personas privadas de libertad, víctimas de violencia institucional, víctimas de violencia de género, niños y adolescentes, pueblos tradicionales, personas con discapacidades y otras necesidades especiales, migrantes, refugiados, entre otras.

3. MODELO PÚBLICO DE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA INTEGRAL EN BRASIL

Brasil, a partir de la Constitución Federal de 1988, ha previsto un modelo público de prestación de asistencia jurídica integral para garantía del derecho de acceso a la Justicia. Este modelo se ha venido perfeccionando y en nuestra opinión es el que mejor armoniza con un Estado Social Democrático de Derecho, con los objetivos fundamentales de reducción de las desigualdades sociales y mayor garantía de derechos y de acceso a la justicia, así como con la protección de las personas en situación de vulnerabilidad (destinatarias finales de este modelo), como hemos mencionado en el capítulo anterior.

20 Para profundización, consultar AMELIA SOARES DA ROCHA, ob. cit., pp. 35-40.

21 ALMA CORINA BORJAS MONROY hace una retrospectiva histórica que precedió a la aprobación de la nueva normativa en el artículo *El defensor interamericano*. En *Apuntes sobre el sistema interamericano IV*, coord. PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, Derecho Público Temas, vol. 87, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, en el año 2013.

Cappelletti²² apunta a algunos modelos que han sido implementados en Europa desde la década de 1970 para garantizar el acceso a la justicia:

“Podemos afirmar que la primera solución para el acceso –la primera “ola” de ese movimiento nuevo– ha sido la asistencia judicial; la segunda dice respecto a las reformas tendientes a proporcionar *representación jurídica para los intereses “difusos”*, especialmente en las áreas de protección ambiental y del consumidor; y el tercero –y más reciente– es el que nos proponemos llamar simplemente “enfoque de acceso a la justicia” porque incluye los posicionamientos anteriores, pero va mucho más allá de estos, representando, así, una tentativa de atacar barreras al acceso de modo más articulado y comprensivo”.

Con relación a la primera ola, en la que se pensaba únicamente en la asistencia judicial (representación judicial), las primeras iniciativas para proporcionar servicios jurídicos a los pobres dependía básicamente de la “caridad” de los abogados privados sin remuneración o contraprestación alguna. El papel del Estado en ese momento era nulo y la población vulnerable dependía de la “caridad” de algunos pocos abogados particulares. Poco a poco, surgen algunos sistemas que pasan a remunerar a los abogados particulares por los servicios prestados. Abogados dispuestos a dar atención ingresaban en listas, las personas podían elegir libremente en esas listas, y el servicio sería remunerado por el Estado. Este sistema ha sido denominado *judicare*. En la crítica formulada por Cappelletti, se afirma que el *judicare* trata a los pobres como individuos, descuidando su situación como clase²³. Y los programas son restrictivos pues no ofrecen, como en el caso de Inglaterra, Francia o Alemania, ayuda a los “casos de prueba” o acciones colectivas a favor de los pobres, o sea, el sistema no está suficientemente instrumentado para trascender los remedios individuales. Posteriormente, surge en Estados Unidos un programa en que los servicios jurídicos serían prestados por “despachos de vecindad”, abogados remunerados por el Estado y encargados de promover los intereses de los pobres como clase. En este sistema, el esfuerzo ya es concientizar a las personas pobres sobre sus nuevos derechos²⁴. En este modelo, los abogados intentaban ampliar los derechos de los pobres como clase, por medio de “casos de prueba”, del ejercicio de actividades de *lobby* y de otras actividades tendientes a obtener reformas en la legislación, en provecho de los pobres, dentro de un enfoque de clase²⁵. Cappelletti, en su obra clásica, también señala problemas en este modelo y dice que “la solución de mantener equipos de abogados a sueldo, si no se combina con otras soluciones, también es limitada en su utilidad, por el hecho de que –al contrario del sistema

22 MAURO CAPPELLETTI y BRYANT GARTH. “*Acesso à justiça*”; trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 31 a 73.

23 Ob. cit., p. 39.

24 Ob. cit., p. 40.

25 Ídem, p. 40.

judicare, que utiliza la abogacía privada—ella no puede garantizar el auxilio jurídico como un *derecho*. Para ser realistas, no es posible mantener abogados en número suficiente para dar una atención individual de primera categoría a todos los pobres con problemas jurídicos”²⁶. Por fin, hay sistemas que combinan los dos modelos²⁷. El autor prosigue con su análisis crítico para mostrar que aun con la combinación de modelos siempre surgirán problemas, ya que el servicio sería proporcionalmente caro y los intereses difusos y colectivos que no se encuadraran directamente en la defensa de los pobres como clase podrían no ser atendidos²⁸⁻²⁹.

26 Ob. cit., pp. 42-43.

27 La Constitución del Estado de San Pablo en 1999 y la Ley Orgánica que creó la Defensoría Pública del Estado de San Pablo en 2006 predijo la existencia de Acuerdo con la Orden de Abogados de Brasil para prestar asistencia jurídica a la población vulnerable, ya que la institución, en la estructuración, ya no era capaz de suprimir la demanda. La ley orgánica incluyó una celebración obligatoria y se consideró inconstitucional esa parte por parte del Tribunal Supremo en el ADI 4163 y la Corte encontró que era más ayuda suplementaria hasta que la institución que no absorbe toda la demanda y con el posible acuerdo se ha firmado con otras entidades y organizaciones. RESUMEN: 1. Acción o incumplimiento del precepto esencial - ADPF. Procedimiento adoptado para la toma en el requisito medida cautelar. Demostración exhaustiva de todos los interesados en la causa, por lo que es necesario que la opcional (*amici curiae*), sin embargo, en esa etapa. Situación procesal que ya permite la cognición completa y profunda de la aplicación. Juicio inmediato en términos definitivos. Admisibilidad. Interpretación Art. 10 de la Ley Federal n.º 9.868 / 1999. Aunque aprobada la ordenanza establecida en el art. 10 de la Ley n.º 9.868, del 10 de noviembre del 2009, la demanda de acción directa de inconstitucionalidad o precepto fundamental de incumplimiento, se puede juzgar la Corte Suprema de la causa, por supuesto, en términos definitivos, si en ese momento procesal, como han habido manifestaciones exhaustivas de todos los interesados, necesarias y admitió opcional. 2. Acción de Inconstitucionalidad Directa. La insuficiencia de la acción. Conversión acusación de infracción de precepto fundamental - ADPF. Admisibilidad. Satisfacción de todos los requisitos para su presentación. Solicitar conocido, en parte, como tal. El principio de fungibilidad. El precedente. ¿Es lícito para cumplir con la acción de inconstitucionalidad directa como queja por incumplimiento de precepto fundamental, cuando coexisten todos los requisitos de admisibilidad de esta en caso de inadmisibilidad de eso. 3. INCONSTITUCIONALIDAD. Precepto fundamental de la acción de incumplimiento - ADPF. Art. 109 de la Constitución Política del Estado de São Paulo y el arte. 234 de la Ley Complementaria n.º 988/2006 estado. Defensor público. Asistencia legal completa y gratuita a las personas necesitadas. Acuerdo exclusivo para concluir previsiones obligatorias con el capítulo local de la Orden de Abogados de Brasil - OAB-SP. Inadmisibilidad. La desnaturalización del concepto de pacto. Mutación de autonomía funcional, administrativa y financiera de la Defensoría del Pueblo. Ofensa subsecuente al arte. 134, § 2, cc. art. 5, LXXIV, la CF. Inconstitucionalidad reconoció la norma de la ley complementaria, con posterioridad a la CE n.º 45/2004, que introdujo el § 2 del art. 134 de la Constitución, y la interpretación que asigna a la disposición constitucional del estado antes de la enmienda. Inconstitucionalidad de la acción directa conocido como ADPF y juzgado en parte fundada, a estos efectos. Votar parcialmente ganado, que acogió la solicitud de la acción directa. Es inconstitucional cualquier norma, lo que requiere la Defensoría Pública del Estado, para ofrecer un servicio legal completo y gratuito a los necesitados, el acuerdo exclusivo obligatoria firmando con la Orden de Abogados de Brasil, o cualquier otra entidad, viola, en consecuencia, autonomía funcional, administrativa y financiera que organismo público. (ADI 4163, Relator (a): Min. Cezar Peluso, Corte Plena, juzgada el 29/02/2012, SENTENCIA DE ELECTRÓNICA DJE-040 Divulgación 28/02/2013 PÚBLICA 01/03/2013)

28 CAPPELLETTI, ob. cit., p. 75 y siguientes. El autor discute una serie de modificaciones en virtud de esas limitaciones expuestas, como la reforma de los procedimientos judiciales en los métodos generales, alternativas de resolución de conflictos, los incentivos económicos, los tribunales especiales para pequeñas reclamaciones, los tribunales vecinales, el uso de “parajurídicos” el desarrollo de la asistencia jurídica previsto por el “pacto” o “grupo” y “simplificación de la ley”.

En Brasil se ha adoptado un modelo público y universal, pues es derecho constitucional fundamental la prestación por el Estado de asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueben insuficiencia de recursos. La Defensoría Pública, institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, dotada de autonomía funcional y administrativa y con iniciativa propia de propuesta presupuestaria es la responsable de garantizar el acceso a la justicia, comprendida en esta la orientación jurídica, la promoción de los derechos humanos y la defensa en todos los grados, judicial y extrajudicial, de los derechos individuales y colectivos, en carácter integral y gratuito, a los necesitados (art. 5, LXXIV c/c art. 134). Reciente enmienda³⁰ a la Constitución Federal de 1988 adicionó un artículo en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias para prever un número de defensores públicos en la unidad jurisdiccional proporcional a la efectiva demanda por el servicio de la Defensoría Pública y a la respectiva población estableciendo el plazo de 8 (ocho) años para que la Unión, Estados y el Distrito Federal provean defensores públicos en todas las unidades jurisdiccionales de forma proporcional a la demanda y población. Y que durante el referido plazo la dotación de los defensores observe, prioritariamente, las regiones con mayor tasa de exclusión social y densidad poblacional. (art. 8o y parágrafos 1 y 2).

Gustavo Augusto Soares dos Reis³¹ apunta que “en lo que respecta a la opción del constituyente por el modelo público, significa que a partir del 5 de octubre de 1988 se produjo la constitucionalización del modelo de asistencia jurídica, optándose por la Defensoría Pública. Con ello, no prevalece más el régimen anterior, cuando las demás Constituciones se omitían acerca del modelo destinado a prestar la asistencia jurídica, y así se facultaba a la Unión o al Estado—miembro hacerlo por medio de los modelos *judicare*, público o mixto”.

El Supremo Tribunal Federal reconoció la inconstitucionalidad de la realización de la asistencia jurídica en el Estado de Santa Catarina en 2012, que ha sido uno de los últimos en crear Defensoría Pública, por medio de un Convenio con la Orden de los Abogados de Brasil, concediendo el plazo de 1 (un) año para que se creara la Defensoría Pública en aquel Estado, afirmando que la situación existente causaba severa afrenta a la dignidad del ser humano³².

29 Por tema de la profundización de los diferentes modelos de estructuración de los servicios de asistencia jurídica para los pobres también se refieren a la excelente labor de CLEBER FRANCISCO ALVES, “*Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45-50.

30 8o de 2014.

31 GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS REIS, DANIEL GUIMARÃES ZVEIBEL E GUSTAVO JUNQUEIRA, “*Comentários à lei da Defensoria Pública*”. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 25.

32 Resumen: El artículo 104 de la Constitución del Estado de Santa Catarina .. Ley complementaria Estado 155/1997. Acuerdo con la sección de la Asociación de Abogados de Brasil (OAB / SC) para proporcionar el servicio “dativo defensor público”. Ausencia en el estado de Santa Catarina de la agencia estatal para el ase-

4. CONSIDERACIONES FINALES

Desde la creación de la institución Defensoría Pública para garantía del acceso a la justicia a la población vulnerable, viene sucediendo su constante fortalecimiento en el ámbito de Brasil. No sin muchas luchas, organización en ámbito nacional y participación de la sociedad civil. El Supremo Tribunal Federal ha interpretado la Constitución de modo que se garantice un modelo público de acceso a la Justicia a través de una institución pública dotada de autonomía administrativa, funcional y financiera. Creemos que solamente un modelo de este tipo será capaz de enfrentar los enormes retos de garantizar la defensa de derechos, la reducción de las desigualdades sociales, la educación en derechos, el fortalecimiento de la ciudadanía y el acceso más igualitario a la justicia.

Como afirma Daniel Sarmiento: “no hay duda de que el fortalecimiento de la Defensoría corresponde a un importantísimo interés público primario de la sociedad. No obstante, hay una perversa tendencia de los gobernantes – infelizmente, hasta de aquellos que preconizan presuntos compromisos con los derechos de los excluidos – de preterir a la Defensoría, en el momento de definición de sus prioridades administrativas y financieras. Esta es la razón que ha llevado al poder constituyente reformador a otorgar autonomía funcional y administrativa, además del poder de iniciativa de propuesta presupuestaria, a la Defensoría: la constatación de que, sin esas garantías, la institución tiende a ser sistemáticamente descuidada por el Poder Ejecutivo en sus acciones, lo que compromete gravemente el desempeño eficiente de su misión de protección de los derechos de los hiposuficientes, perpetuando un triste escenario de exclusión e injusticia social”³³.

soramiento jurídico y la defensa de los más necesitados. Situación institucional que establece asalto grave a la dignidad humana. Violación inc. LXXIV de art. 5 y el art. 134, *caput*, el texto original de la Constitución de 1988. La acción directa confirmada para declarar la inconstitucionalidad del art. 104 de la Constitución del Estado de Santa Catarina y la ley estatal complementaria 155/1997 y admitir la continuidad de los servicios actualmente prestados por el estado de Santa Catarina en virtud de un acuerdo con la OAB/SC por un período máximo de un (1) año desde la fecha de la sentencia. Esta acción, después de lo cual debe estar en la agencia estatal de operación estructurada como defensor público, de conformidad con la Constitución de 1988 y en estricto cumplimiento de la legislación nacional complementaria LC 80/1994). (ADI 4270, Relator (a): Min. Joaquim Barbosa, Corte Plena, juzgados en 14/03/2012, SENTENCIA DE ELECTRÓNICA DJE-188 Divulgación 24/09/2012 PÚBLICA 09/25/2012).

33 DANIEL SARMIENTO. “*Autonomia da DPU e Limites ao Poder de Reforma da Constituição*”. Parecer Jurídico da ADI 5296. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15/06/2015, p. 6.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, PAOLA ANDREA ACOSTA. “El derecho de acceso a la justicia em la jurisprudência interamericana”, en *Temas de Derecho Público*, vol. 77, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ALVES, CLEBER FRANCISCO. *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.
- BASSIL, SONIA BOUEIRI. “El acceso a la justicia em Latinoamérica desde las perspectivas democracia, desarrollo, liberación”, en *El acceso a la justicia: contribuciones teórico empríricas en y desde países latiamericanos*. Coord. Sonia Boueiri Bassil, Madrid: Ed. Dykinson.
- BONAVIDES, PAULO. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo, Ed. Malheiros, 6ª ed., 1996.
- CAPELLETTI, MAURO y BRYANT GARTH. *Acesso à justiça*, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Ed. Fabris, 1988.
- GALVES, CARLOS. *Manual de Economia política Atual*, Rio, Ed. Forense Universitária, 5ª ed., 1976.
- MATTEUCCI, NICOLA. In BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, NICOLA; PASQUINO. *Gianfranco Dicionário de Política*, 4ª edição, trad. Carmen C. Varriale et al, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.
- MONROY, ALMA CORINA BORJAS. “El defensor interamericano”, en *Apuntes sobre el Sistema Interamericano IV*, Temas de Derecho Público, vol. 87, Coord. Paola Andrea Acosta Alvarado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- NICZ, ALVACIR AFREDO. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- OEA, OEA/Ser.L/V/II. *El acceso a la justicia como garantia de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estandares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. <www.cidh.org>
- OEA. Resolução 2656/2011 aprovada durante o 41º período de sessões ordinárias da OEA em junho na cidade de San Salvador. <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf> acesso em 21/06/2015
- OEA. Resolução 2714 de 2012, aprovada no 42º período de sessões ordinárias da OEA em junho na cidade de Cochabamba. <<http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1396/index.html>>, acesso em 21/06/2015.

- OEA. Resolução 2801 de 2013, disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1608/index.html>>, acesso em 22/06/2015.
- OEA. Resolução 2821 de 2014 aprovada n.º 44º período de sessões ordinárias em Assunción, disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20086>>, acesso em 21/06/2015.
- REIS, GUSTAVO AUGUSTO SOARES DOS, GUIMARÃES ZVEIBIL, DANIEL E GUSTAVO JUNQUEIRA. *Comentários à lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, AMÉLIA SOARES. *Defensoria Pública; fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo, Atlas, 2013.
- SARMENTO, DANIEL. *Autonomia da DPU e Limites ao Poder de Reforma da Constituição*. Parecer Jurídico da ADI 5296. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15/06/2015.
- SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- TAVARES, ANDRÉ RAMOS. *Parecer Jurídico* na ADI 4636.
- TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CAÑADO. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. Santiago: Librotecnia, 2008.

CAPÍTULO VII

RACIONALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS
DE GOBIERNO PRESIDENCIALES

JAVIER GARCÍA ROCA*

*La función parlamentaria de control a caballo
de parlamentarismo y presidencialismo*

SUMARIO

1. Objeto y aproximación. 2. Algunos rasgos generales de la teoría del control parlamentario. 3. ¿Son parlamentarismo y presidencialismo términos homogéneos de comparación a efectos de control? 4. El impacto del sistema de partidos en el presidencialismo. Los peligros del entendimiento absolutista o separatista de la separación de poderes. 5. Instrumentos de control. 6. Conclusiones.

I. OBJETO Y APROXIMACIÓN

De las tres preguntas que el presidente del panel nos formula, me centraré en el control del Gobierno por el Parlamento, que es asimismo una forma de estudiar las relaciones entre ambos órganos constitucionales y de edificar una democracia representativa. Pero, en vez de analizar pormenorizadamente los distintos instrumentos de control, labor que necesitaría de un tratado, me limitaré a estudiar el concepto y sentido de la función. Esta perspectiva permite comprender la actividad del Parlamento desde la lógica de la división de poderes¹, y, desde esa atalaya, visualizar con adecuado distanciamiento cómo regular y aplicar mejor dichos instrumentos conforme a los principios de una moderna organización constitucional.

Me parece que tiene indudable interés una reflexión sobre el alcance de la función de control tanto en el parlamentarismo como en el presidencialismo; por encima de las concretas normas de cada ordenamiento, fundada en principios, y expuesta de forma deductiva antes que inductiva; y también por encima de las fronteras, porque el problema es esencialmente el mismo en todos los Estados democráticos, el control constitucional del poder, aunque varíen las realidades, las formas de gobierno y las soluciones normativas.

Tomen, no obstante, estas páginas *cum granum salis*: solo intento provocar su propia reflexión, pues como español no conozco suficientemente el funcionamiento real de las Repúblicas iberoamericanas. No obstante, pronto verán que he intentado llegar al presidencialismo iberoamericano de forma indirecta o por carambola a través de la experiencia del parlamentarismo europeo. Me parece que tiene interés, en este contexto comparado e iberoamericano, dar a conocer la amplísima bibliografía y el largo debate de las doctrinas italiana y española sobre la función de control, con la voluntad de divulgar las discusiones principales y permitir que ustedes comparen con sus propias experiencias nacionales. No puedo ir más allá.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. groca@der.ucm.es. Presidente Emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE).

1 Puede verse JAVIER GARCÍA ROCA: "Del principio de la división de poderes" en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 108, 2000, pp. 41 y ss. Tiene interés frente a entendimientos exagerados del presidencialismo el epígrafe "La ilusión histórica de la separación absoluta de poderes" y el siguiente.

La del control parlamentario es una reflexión antigua. Pero se desarrolla con intensidad desde los años setenta en Italia en torno a la vieja idea de la centralidad del Parlamento. Más tarde, desde los ochenta, en España pero en otro contexto: el de prolongadas mayorías absolutas de un solo partido. La controversia doctrinal en ambos países sobre la función de control es ya un *debate cerrado*, o cuando menos con posiciones suficientemente perfiladas, de manera que pueden extraerse algunas conclusiones, probablemente con un alcance en buena medida global. Pueden leer los términos de esta controversia sobre la función de control de forma sintética en un segundo artículo, ya editado y que ahora adjunto, escrito en colaboración con Renato Ibrido². Me limitaré ahora a redactar un *prefacio*, recogiendo algunas consideraciones relacionadas con el control en el presidencialismo iberoamericano.

Desde la función de control parlamentario, que juega como una perspectiva democrática representativa, pueden comprenderse rectamente numerosas herramientas y actividades típicas de la organización de las Cámaras. Es menester advertir con claridad el papel del Parlamento en cualquier división de poderes antes de regular e interpretar las normas constitucionales y, sobre todo, las previstas en los Reglamentos parlamentarios. Un Parlamento es un Parlamento. Una Cámara tiene unas funciones principales y definitorias en cualquier forma de gobierno representativa –el control, entre ellas– por su inserción en la democracia constitucional, y también debe ser así en el presidencialismo. La función de control del Gobierno es natural y consustancial a cualquier Parlamento; otra cosa son los instrumentos previstos en las normas para exigirla, que pueden diferir en cada sistema de división de poderes y en cada concreto ordenamiento. Hace en todo caso falta un momento previo de comprensión que oriente la decisión creadora de las normas y la aplicación de las mismas.

Conviene recordar que la idea de control parlamentario es parte de la idea más amplia de *controles constitucionales* (cfr. Giannini, Galeotti, Aragón, Valadés...) ³. Se ubica en una democracia constitucional comprendida como un sistema de controles entre órganos y poderes: de pesos y contrapesos recíprocos. Todo ello pretende asegurar la libertad de los ciudadanos y su confianza en las instituciones democráticas, impedir los abusos o irregularidades y arbitrariedades de los cargos públicos, y construir la representación política mediante el juego de los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad de los poderes públicos

2 JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO: “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: el Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos” en *El control del gobierno en democracia*, Francesc PAU (dir.), XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 105-136. Una segunda versión del artículo ha sido actualizada para este XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional con el título “El control parlamentario en España e Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas buenas prácticas”.

3 Cfr JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO: “El control parlamentario...”, ob. cit.

en el ejercicio de sus funciones. Ninguna de estas cosas existe sin un adecuado control parlamentario tanto en el parlamentarismo como en el presidencialismo. Desde el primer constitucionalismo liberal, los órganos constitucionales supremos deben ser, por definición, moderados –esto es, limitados o constreñidos– por otros poderes, así como representativos, y de ahí nace el germen de la rendición de cuentas de los ejecutivos.

La tendencia del constitucionalismo no puede ser a configurar áreas inmunes de control, pues toda *immunidad* –también gubernamental o presidencial– reclama una justificación excepcional y reforzada en una democracia organizada como Estado de Derecho, lo razonable es extender el control parlamentario.

La natural extensión del control parlamentario debe además abarcar no solo los contenidos sino también los sujetos. El tradicional control del Gobierno debe extenderse con mesura y prudencia a *otros poderes públicos*, muy diversos tipos de administraciones y órganos o agencias independientes, e incluso en ciertos casos a algunos *poderes privados* cuya actividad incida en el interés general, o tenga un punto de conexión con actividades públicas⁴.

2. ALGUNOS RASGOS GENERALES DE LA TEORÍA DEL CONTROL PARLAMENTARIO⁵

Durante tiempo, hemos pensado que la función de control bien no se podía definir o solo podía hacerse de manera residual y negativa, abarcando todo lo que no fuera función financiera y presupuestaria o función legislativa, dada la ausencia de un parámetro de enjuiciamiento, estable y normativo, de la actividad del Gobierno. Pero no es así, cabe definir –como veremos– el *control parlamentario*, aunque sea de una manera flexible y algo lábil, y no sea una definición unánime en la doctrina sino mayoritaria.

Ahora bien, “control” es un sustantivo que requiere normalmente ser cualificado por un adjetivo o completado por el significado de otro sustantivo: información, sanción, fiscalización o verificación, responsabilidad política...; dado el *carácter poliédrico* y de geometría variable del concepto. Podrán advertir estas dimensiones en el artículo que ahora prologo donde se diferencia entre control–injerencia o fiscalización y control–responsabilidad política.

Igualmente, podrán leer allí la controversia sobre la *amplitud del concepto de control*, que corre el riesgo de cubrir toda la actividad parlamentaria, lo que sería poco operativo por su excesiva amplitud al abarcar casi cualquier herramienta. Pero en todo caso superando un concepto de control *muy estricto*, ligado a las sancio-

4 Ídem.

5 *In extenso*, JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO, ídem.

nes, que resulta no menos impracticable en la realidad por su pequeñez. Acaso el concepto *de control* debe ligarse –de forma intermedia– a dos cosas: la fiscalización de la acción del gobierno y la responsabilidad política. No obstante, la función de control se sustancia en actividades y actos con muy distinta forma y contenido.

De forma complementaria, demandar la *responsabilidad política* de los gobernantes no es necesariamente lo mismo que exigir su dimisión al modo de una sanción. La palabra “responsabilidad”, etimológicamente exige la obligación de “responder” en sede parlamentaria; existen ciertos grados progresivos (comparecer, informar, explicarse, contestar) en la responsabilidad política de los gobernantes antes de llegar a la inmolación que entraña el cese, según ha razonado bien Rafael Bustos, tras estudiar la larga experiencia británica donde el cese a menudo tampoco se produce⁶. La teoría de la democracia representativa debe adecuarse a la realidad y evitar las frustraciones: el parlamentarismo solo de tiempo en tiempo –por no decir rara vez– produce la dimisión ministerial y, menos aun, el cese de todo el Gobierno. El resultado del control parlamentario debe ser responder el Gobierno en el Parlamento frente a las minorías con las adecuadas dosis de publicidad y transparencia. Con eso puede bastar, pero es perfectible como todo en democracia.

La cuestión es pues bastante compleja, tanto como lo es el *parlamentarismo en un Estado de partidos*, desde hace mucho tiempo impulsado –o limitado– por el juego entre mayoría y minorías. Así como sometido a una *teatralización* o escenificación de los debates, también los de control, diseñados de cara a los medios de comunicación social antes que a la discusión en la propia sede parlamentaria. solo como un icono el parlamentarismo es la búsqueda de la verdad o del *logos* a través de procedimientos contradictorios mediante el debate entre mayorías y minorías.

El fenómeno se resiste, por todo ello, a un análisis estrictamente jurídico, al igual que ocurre con la democracia representativa y el funcionamiento de los partidos. El control parlamentario tiene una *naturaleza política* y no jurídica como ocurre con el control de constitucionalidad. Está en manos de unos *sujetos* políticos como son los partidos y los Grupos, y carece además de un *parámetro* de control normativo o siquiera estable; así pueden verificarse y denunciarse los incumplimientos del programa electoral del Gobierno, o manejar por sustitución como parámetro el programa de la oposición por contradictorio que ello resulte: controlar al Gobierno por no hacer lo que la oposición querría hacer de estar en el poder. Resulta muy difícil poner puertas a campo.

No obstante, conviene caer en la cuenta de que muchos de los mecanismos de control actuales fueron diseñados y creados en una época en que los *partidos políticos* modernos no estaban consolidados y aquí comienzan las contradicciones

6 Vid la excelente monografía de RAFAEL BUSTOS, *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, COLEX, 2001.

entre normas y realidades y algunas de las ineficacias. En general, para su recto funcionamiento, los instrumentos de control deben ser revisados y *ajustados constantemente*, superando las tradicionales inercias parlamentarias.

De forma complementaria, solo unas pocas de estas herramientas de control suelen estar en las manos de los *parlamentarios* a título individual (preguntas, solicitudes de información, enmiendas...) y, por el contrario, la mayor parte de ellas pertenecen de forma creciente a los *Grupos parlamentarios* o bancadas, al igual que el tiempo de participación en los debates. Si bien la cuestión difiere en los diversos Reglamentos y normas de procedimiento. Pero la solución no es tan sencilla –pese a lo que algunos piensan– como atribuir todos los mecanismos a la titularidad de los Grupos, en cuanto personificación parlamentaria de los partidos, desaprovechando los esfuerzos individuales de los representantes y su libertad de mandato libre y no vinculado. Es menester encontrar un adecuado equilibrio entre *parlamentarios* y *Grupos* en los Reglamentos parlamentarios⁷.

Por otro lado, las herramientas y procedimientos parlamentarios tienden a albergar un carácter versátil, intercambiable⁸ y *multifuncional*, sirven para varias cosas en la actividad o el funcionamiento de las Cámaras, y no siempre para lo mismo ni siquiera al tiempo, cuando menos si estos instrumentos se analizan con *realismo*. Así, *v. gr.*, no es extraño que los parlamentarios formulen preguntas no para recibir información, que no esperan realmente obtener, o abrir una rendición de cuentas, que no siempre se consigue, sino simplemente para mandar el texto a la prensa y permitir que el representante contacte con su electorado. También es frecuente que las enmiendas individuales se presenten no con la voluntad de participar en la función legislativa, pues no se espera que sean aceptadas, sino como una técnica de control en sentido amplio de las minorías sobre la dirección política de la mayoría y, sobre todo, para mantener informada a la opinión pública de los excesos o errores de la mayoría. Otro tanto semejante ocurre con el control presupuestario de las comisiones, que es parte también de la función presupuestaria y financiera, pese a que esta función se monopolice de hecho o de derecho por los gobiernos tanto en la iniciativa como en la aprobación. O con las comisiones parlamentarias de investigación donde más que esclarecer los hechos, cosa que harán los tribunales más

7 Vid JAVIER GARCÍA ROCA, “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del art. 23.2 de la Constitución)” en *Problemas actuales del control parlamentario*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario (1995), Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 225-278; y PIEDAD GARCÍA ESCUDERO, “El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa” en *Teoría y realidad constitucional*, nº 28, 2011, pp. 205-242

8 HÉCTOR FIX-ZAMUDIO subraya la intercambiabilidad de las instituciones procesales en los sistemas de gobierno, de manera que instituciones creadas en el parlamentarismo pueden usarse en el presidencialismo y a la inversa, como una de las conclusiones más importantes del libro de Diego Valadés: *El control del poder*, Porrúa-UNAM, México, 1998, 2ª ed. 2006, Prólogo p. XXI.

adelante al dilucidar la responsabilidad jurídica, las minorías tienden a contentarse con dar publicidad a algunos escándalos en la acción de gobierno.

¿Cuál es la *ocassio*? La oportunidad o circunstancia favorable que provoca el control. En España, la reflexión sobre el control comienza a mediados de los ochenta, en tiempos de largas mayorías absolutas del PSOE. Esta *hegemonía* gubernamental de un partido disciplinado y con un fuerte liderazgo presidencial hizo necesario pensar sobre la necesidad del control parlamentario, para mantener un cierto equilibrio en la división de poderes, por imperativos del interés general y no solo desde el exclusivo interés de las minorías en su labor de oposición. Sin control parlamentario no existe democracia representativa, y la proposición es más cierta cuando mayor sea el predominio gubernamental como ocurre en el presidencialismo⁹. Esta situación de fuerte *desequilibrio* de poderes en provecho de la preeminencia del Gobierno, si no del presidente directamente, por la ausencia de contrapesos parlamentarios eficientes —una primacía gubernamental es inevitable— coincide algo con la del fuerte hiperpresidencialismo iberoamericano. Puede que aún con mayor grado.

Ahora bien, en Italia, la permanente existencia de gobiernos de coalición de centro-izquierda, a causa de la fragmentación de la representación, y siempre con exclusión del partido comunista, llevó igualmente a incrementar las posibilidades de ejercicio del control parlamentario¹⁰. Una *oposición* excluida permanentemente del Gobierno y sin posibilidades reales de alternancia debía tener al menos su sede natural en el Parlamento y esto fue lo que ocurrió. La situación no era la misma que en España, pues el Gobierno no era tan poderoso en Italia, pero permitió igualmente advertir la necesidad del control. Estas circunstancias hacen pensar que control y Parlamento son, en una democracia representativa, el hábitat natural de la oposición y las minorías, y un contrapeso imprescindible del eje mayoría-Gobierno.

El debate sobre el control puede surgir, pues, con Gobiernos monocolors o de coalición, y desde la —perdida— centralidad del Parlamento o, más probablemente, desde un parlamentarismo o un presidencialismo con robusto liderazgo presidencial, lo relevante es la *finalidad*. Todo control parlamentario supone una decidida

9 El presidencialismo incide en el tipo de democracia. CARLOS S. NINO sostenía que el hiperpresidencialismo argentino producía una democracia elitista o pluralista —según las pautas estadounidenses— y magros mensajes electorales muy personales, mientras lo deseable es un modelo de democracia más participativa y deliberativa, algo a lo que algunos instrumentos del parlamentarismo pueden coadyuvar. Vid “El hiperpresidencialismo argentino y las concepciones de la democracia” en CARLOS S. NINO, ROBERTO GARGARELLA y otros: *El presidencialismo puesto a prueba —con especial referencia al sistema presidencial latinoamericano—*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 17-79.

En la misma obra, ROBERTO GARGARELLA: “El presidencialismo como sistema contramayoritario”, ob. cit., pp. 81-105, quien recuerda los ingredientes elitistas de la Constitución estadounidense, temerosa de los resultados derivados de los excesos de la voluntad colectiva y de las asambleas populares. Por eso se diseñan en ella numerosos límites contramayoritarios. El sistema presidencialista en Iberoamérica acoge esa carácter receloso de las mayorías que expuso Madison.

10 Cfr JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO: “El control parlamentario...”, ob. cit.

voluntad de un Parlamento de *frenar los excesos* del poder público y de contribuir a *crear una opinión pública libre*, mediante una constante fiscalización de la acción gubernamental, que obligue al Gobierno a informar a la Cámara y rendir cuentas, permitiendo el derecho de los ciudadanos a recibir información¹¹.

Es verdad que el presidencialismo fue diseñado por los autores de “El federalista” intentando concentrar *mucho poder en un solo hombre*¹². Pero es no menos cierto que los padres fundadores no pretendieron edificar una forma de gobierno desprovista de *controles*, todo lo contrario, intentaron sobre todo escapar de la monarquía británica absoluta mediante un sistema de contrapesos presidenciales.

Dejaremos a un lado los decisivos controles jurisdiccionales independientes, así como los derivados de la concurrencia de los medios de comunicación social en una situación de pluralismo externo. No obstante, sin este *trípode de controles*—*parlamentario, judicial e informativo*— el control parlamentario sirve de poco. Por eso en las Repúblicas donde la independencia judicial se viola o está seriamente amenazada, no suele tampoco existir pluralismo informativo, el control parlamentario es débil o inexistente y los derechos políticos de las minorías tienden a menguar o lisa y llanamente a desaparecer. Son *vasos comunicantes* desde la lógica autoritaria o totalitaria de un Gobierno que impide el control de su poder. El descenso de los niveles de uno de ello provoca antes o después el de los otros dos, pues existen conexiones evidentes en el flujo de todo poder.

Por último, pero en directa conexión con cuanto precede, la *participación de las minorías*—como verdaderos sujetos o titulares del control¹³—*v. gr.*, en las Comisiones parlamentarias y, en general, la atribución por los Reglamentos de las Cámaras de iniciativas y facultades de control a los parlamentarios y los Grupos es una condición necesaria pero dista de ser suficiente. Las normas reguladoras del control pueden ser válidas pero no eficaces. La eficacia requiere de la *colaboración de la mayoría*, que debe colocar a la oposición y a las pequeñas minorías en una situación en la que puedan ejercer el control. Esta actitud democrática es la misma cultura política del parlamentarismo—de todo Parlamento, también en el presidencialismo—y es parte indefectible de una dirección política de Estado. Conforme a esa cultura política

11 DIEGO VALADÉS, ob. cit., p. I, nos advierte que “controlar al poder” es un “enunciado en apariencia paradójico” y que lo que “en el fondo se agita es la preocupación secular por evitar los excesos”. Impedir el exceso es consustancial—a mi entender—a todo verdadero Derecho Constitucional. Más adelante dirá (p. 17) “controlar al poder es un acto de poder” y—siguiendo a CRISAFULLI—afirmará que el poder de gobernar corresponde a la mayoría y el de controlar a la minoría.

12 HAMILTON nos decía que la autoridad ejecutiva debía estar encomendada a un solo magistrado antes de analizar pormenorizadamente todas las facultades del Presidente; que un ejecutivo vigoroso no es incompatible con los principios republicanos; que los actos de un solo hombre se caracterizan por su mayor decisión y diligencias que los de un colegio. Vid ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY: *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, 5ª reimpresión, los artículos originales de 1787 publicados en prensa y luego como libro; en especial los capítulos LXVIII y LXIX.

13 Cfr. JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO: “El control parlamentario...”, ob. cit.

es menester, primero, introducir lógicas previsiones normativas en los Reglamentos, que faciliten la iniciativa de las minorías en la creación de comisiones o en la presentación de preguntas y mociones, aunque las decisiones posteriores queden en manos de la mayoría. Más adelante, son precisas decisiones regulares de los órganos de dirección de las Cámaras —que controla la mayoría— en la organización de los trabajos: admisión y calificación de los escritos, formación proporcional de las comisiones, negociación de las agendas y programas, admisiones o rechazos de las comparecencias, etc. En España el Tribunal Constitucional ha hecho una labor impagable en el control en amparo de la regularidad de muchas estas decisiones parlamentarias de la mayoría, con cobertura en el derecho fundamental de los cargos públicos representativos al ejercicio del cargo y a desempeñar sus funciones (artículo 23.2 CE), para permitir a los parlamentarios construir su relación de representación política con los ciudadanos.

La mayoría no es todo el Parlamento. El Parlamento es la casa de las minorías, a diferencia del Gobierno y la Presidencia que dirige la mayoría¹⁴. Según se expondrá en el segundo artículo que adjuntamos, el debate italiano y español ha concluido señalando que el verdadero *sujeto activo del control* son necesariamente las minorías parlamentarias.

3. ¿SON PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO TÉRMINOS HOMOGÉNEOS A EFECTOS DE COMPARACIÓN EN LA FUNCIÓN DE CONTROL?

¿Son parlamentarismo y presidencialismo contextos distintos? ¿Hasta el extremo que no quepa la comparación de los instrumentos de control?

Tradicionalmente, hemos explicado que el presidencialismo entraña una separación de poderes rígida, fundada en el poder personal de una persona que personifica la nación¹⁵, mientras el parlamentarismo supone una división de poderes flexible basada en la integración de Gobierno y Parlamento mediante un conjunto de relaciones que arrancan de una previa relación de confianza.

Una explicación clásica y articulada en torno a varios ingredientes no menos conocidos. Así el presidencialismo entraña la elección directa del presidente por el pueblo, lo que refuerza su legitimidad y autoridad. Un ejecutivo monista donde el

14 La tesis se expuso bien por ALFONSO FERNÁNDEZ MIRANDA en el prólogo a IGNACIO TORRES, *Los órganos de gobierno de las Cámaras*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

15 Vid ALEXANDER HAMILTON, *El federalista*, ob. cit., pp. 288 a 297. Pero conviene no olvidar el carácter liberal, elitista y escasamente democrático de sus ideas, porque no pensaba en una elección directa del Presidente por el pueblo sino en una elección indirecta a través de compromisarios. El poder de selección del Presidente debía concederse a “los hombres más capaces de analizar las cualidades que es conveniente poseer para ese puesto”, un pequeño número de personas escogidas por sus ciudadanos entre “la masa”, pp. 288-289.

presidente de la República es Jefe del Estado y también presidente del Gobierno. La imposibilidad de disolución anticipada de las Cámaras, y la correlativa posibilidad de que la elección de las mismas y del presidente no sean contemporáneas y, en consecuencia, tampoco simétricas las mayorías. La ausencia de una moción de censura que derribe al presidente y por ende al Gobierno. La inexistencia de la cuestión de confianza a instancias del presidente. La incompatibilidad de los cargos de Secretario de Estado o Ministro y parlamentario. Instrumentos de control parlamentario específicos como son la ratificación por el Senado de ciertos nombramientos y actos presidenciales, controles presupuestarios y sobre la deuda pública, y en su caso el *impeachment*. La facultad presidencial de veto de las leyes, y un largo etcétera de diferencias de las que se han ocupado muchas veces la doctrina. En definitiva, un presidente y un gobierno separados del Parlamento.

Si bien existen en la práctica tantos presidencialismos –y también semipresidencialismos y parlamentarismos– como países y así es desde luego en Iberoamérica¹⁶. De manera que hay bastantes rasgos actuales de los diversos *presidencialismos iberoamericanos* muy distintos del modelo original estadounidense¹⁷. Recordemos algunos. Las amplias facultades de *iniciativa legislativa* de los presidentes en muchos países, a veces exclusiva en materia de gasto público y presupuestos. Los poderes extraordinarios en los estados de emergencia que permiten al presidente suspender garantías y disponer de prerrogativas. La amplitud del *veto* presidencial –total o parcial– de las leyes, que le ofrece una mayor discrecionalidad que en Estados Unidos. La habilitación legislativa del presidente que le permite dictar *decretos con fuerza de ley*. La necesidad del *refrendo* de los actos presidenciales, aunque no parezca ser un verdadero control. El desfallecimiento de los *controles judiciales* independientes en bastantes casos. La debilidad de los controles *senatoriales*. La flaqueza del *federalismo* como división vertical de poderes y ligado a ella los problemas en la financiación de los Estados. La *debilidad de los parlamentos* y su escasa *auctoritas* frente a la fortaleza del presidente. La facultad de los Ministros de participar –sin

16 Esta es la tesis de JORGE CARPIZO, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007, en especial pp. 193 y ss, las citas posteriores son de esta obra. Carpizo desarrolla varias tipologías de los presidencialismos iberoamericanos. Distingue, conforme a las normas constitucionales, entre presidencialismos: puros, predominantes, atemperados, con matices parlamentarios, y parlamentarizados. Desde la perspectiva de la realidad, presidencialismos: hegemónicos, equilibrados, débiles. No siempre es sencilla la diferencia y puede que sea más de grado o cuantitativa que cualitativa. Es clásico *El presidencialismo mexicano*, siglo XXI, Madrid, 1978.

17 Entre otras muchas descripciones de las relaciones entre ejecutivo y legislativo en el presidencialismo de la región y de la introducción de instrumentos propios del sistema parlamentario, puede verse las síntesis de VIVIANA KRSTICEVIC: “Presidencialismo en América Latina” en CARLOS S. NINO, ROBERTO GARGARELLA y otros: *El presidencialismo puesto a prueba...*, ob. cit., pp. 144 y ss. *In extenso*, debe verse el trabajo de Humberto Nogueira: “Análisis crítico del presidencialismo. Los regímenes presidenciales de América Latina” en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, pp. 125–161.

voto— en los debates parlamentarios. El debate sobre la supresión de la regla de *no reelección*, que podría generar presidencias indefinidas o demasiado prolongadas, y un largo etcétera de cosas. En resumen, una vieja tendencia al caudillismo o, cuando menos, actualmente, al autoritarismo¹⁸ y al hiperpresidencialismo.

Una diferencia esencial y de gran relevancia para este estudio es que muchas constituciones de Iberoamérica han introducido *facultades típicas del sistema parlamentario* como límite al hiperpresidencialismo. América Latina parece presentar “un clima menos propicio para el desarrollo del régimen presidencial que los EE.UU.”¹⁹.

Del mismo modo, en segundo lugar, existen importantes *divergencias en las regulaciones presidenciales* en cada país de esta amplia región y no todas esas notas diferenciales están presentes en todos los Estados. Los desarrollos desiguales son inevitables ante tantos poderes de reforma constitucional soberanos.

Me pregunto, pues, si esta distinción clásica, parlamentarismo *versus* presidencialismo, sigue siendo una *summa divisio* o estamos cada vez más ante un *continuum*: un mismo fenómeno jurídico con distintos escalones en la *parlamentarización de la división de poderes*; al igual que se ha construido la teoría de la descentralización territorial y de las formas de Estado según la conocida teorización de Hans Kelsen en su Teoría General del Estado. Diversas diferencias de grado.

La presencia de dos modelos distintos de partida, uno en cada extremo de la escala, es, sin duda, un criterio relevante. Muchos han sostenido, con razones de peso y durante mucho tiempo, que esta diferencia permite por sí misma disociar ambas cosas, dada la entidad de sus diferencias²⁰; recomendando que conviene profundizar en la filosofía o el espíritu de cada uno de ellos para perfeccionarlos en vez de afrontar la imposible mezcla de agua y aceite como magnitudes de distinta densidad. Puede que deba ser así, según la historia de la construcción del dogma hasta fechas recientes, pero cada vez albergo más dudas respecto de la bondad de esta tesis, pues no parece que las *realidades constitucionales iberoamericanas* recientes anden ese camino. No podemos seguir construyendo una teoría alejada de la realidad y de las normas.

18 DIETER NOHLEN: “Presidencialismo versus parlamentarismo en América Latina” en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 74, 1991, pp. 43 y ss, argumentaba —hace muchos años— que el posible autoritarismo no procede únicamente del presidencialismo y advertía de los riesgos de la “tentación parlamentaria”, porque las formas de gobierno deben adaptarse a los países y circunstancias históricas. Esta posición no deja de contestar una pregunta formulando otro interrogante.

19 HUMBERTO NOGUEIRA, ob. cit., p. 154.

20 Vid el estudio de MANUEL ARAGÓN: “Sistema parlamentario, sistema presidencial y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado” en *Parlamento y control del ejecutivo*, v Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1998. También, en el mismo sentido, JORGE CARPIZO: *Concepto de democracia y sistema de gobierno...*, ob. cit. En sentido contrario, entre otros, DIEGO VALADÉS: *El control del poder*, ob.cit.

Por otro lado, diferenciar hasta disociar presidencialismo y parlamentarismo obliga a hacer inagotables y complejas *tipologías internas* a uno y otro modelo, diversos tipos de presidencialismos de contornos imprecisos y convencionales que no dejan de generar confusión. ¿Cuántos presidencialismos existen en Iberoamérica? Podría ser más sensato y, desde luego más realista, simplemente concluir que puede haber tantos escalones del binomio parlamentarismo/presidencialismo —y del llamado semipresidencialismo— como países y regulaciones del poder constituyente y en los Reglamentos parlamentarios; y, en consecuencia, numerosos híbridos. De la misma manera, la doctrina ha renunciado ya a ofrecer un tipo universal de Estado federal, ante la multiplicidad de variantes, y advierte que federal es cualquier Estado organizado conforme a un principio federal. Admitiré, no obstante, que una y otra tesis son lábiles y presentan algunos inconvenientes.

No me atrevo a dar una respuesta general al interrogante que he suscitado, me contentaré ahora con afirmar que creo que es perfectamente *posible comparar* ambos sistemas, parlamentarismo/presidencialismo, al estudiar la función de control.

El dato normativo de que normalmente no exista en el presidencialismo la censura ministerial o la cuestión de confianza, como herramientas extraordinarias de *control-responsabilidad política*, no impide que puedan existir otras muchas herramientas de *control-información* semejantes en ambos modelos como son comparecencias o solicitudes de información, que son de uso mucho más frecuente. Por lo demás, basta un sencillo cambio de las normas constitucionales, para que las diferencias de sistemas desaparezcan como ya ha ocurrido en muchos países de la región que, p. ej., admiten la censura de los Ministros. Ahora bien, es evidente que no deben perderse de vista estos dos diferentes contextos y sistemas de gobierno. La rígida separación de poderes —y el personalismo— que entraña el presidencialismo “dificulta una interacción cercana” entre el Congreso y la Presidencia²¹.

En suma, las reflexiones comparadas en materia de control en uno y otro sistema creo que son metodológicamente posibles y muy útiles, primero, por la similitud de buena parte de los *instrumentos* en que el control se articula, y desde luego por la semejanza de los supuestos de hecho y experiencias en numerosos conflictos.

Pero también es así, en segundo lugar, puesto que la misma diversidad de ambos modelos teóricos se ve seriamente atenuada por *tres tendencias* en la evolución de estos sistemas de gobierno.

a. La parlamentarización del hiperpresidencialismo iberoamericano. Es manifiesto que diversos presidencialismos iberoamericanos llevan tiempo parlamentarizándose como un remedio para frenar el hiperpresidencialismo del que se partía en tiempos autoritarios en la región. Esto es un dato normativo. Es una tendencia creciente en

21 DIEGO VALADÉS, ob. cit., p. 366.

las normas constitucionales iberoamericanas, ya muy estudiada de manera que no hará falta que me detenga en ello.

Baste con señalar que en las constituciones de algunos países de la región se acepta la censura o voto de falta de confianza de los ministros de forma individual o colectiva; o existe un Jefe del Gabinete distinto del presidente que es políticamente responsable ante el Congreso; o cabe la disolución de las Cámaras en ciertos supuestos tasados; o se admite que los Ministros puedan ser legisladores, o ser interpelados, o recibir solicitudes de datos e informes²². Hay casi tantas variantes nacionales como regulaciones.

Ha habido, de hecho, distintas intensidades o *grados de parlamentarización* del presidencialismo iberoamericano como ha señalado Nogueira: la adopción del parlamentarismo (en períodos de la historia de algunos países) o la organización de un semipresidencialismo²³ o, mucho más frecuentemente, la introducción de herramientas propias del parlamentarismo lo que parece ser la tendencia más general.

Tal orientación, limitar el hiperpresidencialismo con herramientas parlamentarias, parece llevar a la creación de unos *sistemas híbridos*, al igual que ha ocurrido en otros escenarios constitucionales en este continente, *v.gr.*, la hibridación de la inicial jurisdicción constitucional “difusa” con aditamentos propios de la “concentrada”, *v. gr.*, en México o en Perú.

b. La presidencialización del parlamentarismo europeo. En el otro continente y extremo de la comparación, existe una tendencia creciente hacia un fuerte liderazgo del Canciller, presidente o Primer Ministro. Así ha ocurrido en Alemania, Reino Unido, Italia y España. Especialmente en España, donde existe un fuerte principio de liderazgo presidencial²⁴, frente a los complementarios principios de colegialidad

22 Entre otros muchos, *passim* JORGE CARPIZO, ob. cit., en especial pp. 200-205.

23 Ver DANIEL A. SABSAY, “El semipresidencialismo: una visión comparada” en CARLOS S. NINO, ROBERTO GARGARELLA y otros, *El presidencialismo puesto a prueba...*, ob. cit., pp. 197-214. SABSAY reconoce que el semipresidencialismo no ha llegado a consolidarse como las otras dos “formas puras” (p. 200). Recuerda que el clásico en la materia, Duverger, identificaba la diferencia principal en la existencia de un Primer Ministro políticamente responsable ante la Asamblea y distinto del Presidente de la República (de ahí la posibilidad de la llamada “cohabitación”), y en la presencia de una relación de colaboración entre Gobierno y Parlamento (pp. 205-206). Algo que existe actualmente en Argentina.

Tanto SABSAY como HUMBERTO NOGUEIRA (“Análisis crítico del presidencialismo. Los regímenes presidenciales de América Latina”, ob. cit., pp. 125-161) han defendido el semipresidencialismo como un remedio para frenar el hiperpresidencialismo de Iberoamérica, para fomentar la colegialidad del Gobierno, generar consensos y relaciones de colaboración.

La existencia del semipresidencialismo como un *tertium genus* me parece apoya también la tesis del *continuum* entre presidencialismo y parlamentarismo que en este trabajo se propone. Hay numerosos escalones de parlamentarización/presidencialización –diversas fusiones–, casi tantos como de centralización/descentralización; y es cada vez más difícil hablar de “formas puras” o tipos ideales.

24 Ver ANTONIO BAR, *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Civitas, Madrid, 1983. *In extenso*, VV.AA.: *Gobierno y Constitución*, PABLO LUCAS MURILLO (coord.), Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

gubernamental y autonomía departamental de los ministerios²⁵ y, sobre todo, frente a la pérdida centralidad del Parlamento –si alguna vez existió– que languidece en manos de la mayoría. Una preeminencia y jerarquía presidenciales –un todopoderoso líder del Gobierno y de la mayoría parlamentaria– que se han visto robustecidas hasta ahora en España. Así ha ocurrido por la ausencia de Gobiernos de coalición a nivel nacional –solo ha habido pactos de legislatura, a diferencia de en Alemania– merced a un sistema electoral que se llama “proporcional”, pero que en la realidad otorga fuertes primas de sobrerrepresentación a los dos primeros partidos; así como por una menguada responsabilidad política, a causa de la fuerte disciplina de partido que producen las listas electorales cerradas y bloqueadas, y la ausencia de una arraigada cultura parlamentaria sobre la vinculación a la responsabilidad política como ocurre en el Reino Unido. Todo buen parlamentarismo demanda una cultura repleta de usos y convenciones.

El modelo europeo es además, en algunos casos, un *parlamentarismo racionalizado o fuertemente formalizado*, así ocurre en España y en otros países que siguen las pautas de Alemania. Un modelo diseñado en el período de entreguerras, entre otros por Mirkiné-Guetzevitch²⁶, pero construido más tarde en la Ley Fundamental de Bonn por reacción a lo que ocurrió en aquel período, y que intenta asegurarse a toda costa de la gobernabilidad. Se asocia estabilidad constitucional con estabilidad gubernamental²⁷ y, en consecuencia, se hace muy difícil la exigencia de la responsabilidad ministerial a través de mecanismos de control parlamentario y sanción. Diego Valadés ha advertido que la restrictiva regulación de la moción de censura “constructiva”, que demanda la presencia de un candidato alternativo a la presidencia, tiene un “efecto inhibitorio”²⁸ del parlamentarismo, que de algún modo se *presidencializa*; y lo mismo podríamos perfectamente decir de otros mecanismos “racionalizados”.

“Racionalización”, por cierto, no deja de ser una palabra mágica con efectos taumatúrgicos, tal y como los españoles hemos podido constatar con diversas leyes así intituladas durante la Gran Recesión económica que comenzó en 2007. Se incluye racionalización en el título de una ley y el legislador se siente habilitado para hacer cualquier cosa bajo el impulso ilustrado de la razón económica y de la austeridad, prescindiendo de ponderar otros principios no menos constitucionales.

25 Puede verse JAVIER GARCÍA ROCA, “La fragilidad de los Ministros (de su competencia y responsabilidad directas)” en VV.AA.: *Gobierno y Constitución*, ob. cit., pp. 153-207.

26 Cfr BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Ed. Reus, Madrid, traducido del francés en 1934; y *Las nuevas constituciones del mundo*, estudio preliminar, Ed. España, Madrid, 1931. La obra de ese autor fue muy conocida en España ya antes de la Guerra Civil.

27 Puede leerse la conferencia de CHRISTIAN STARCK en la Complutense: “El sistema de gobierno parlamentario en Alemania como factor de estabilidad” en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 87, 2012, pp. 101-119. STARCK mantiene hoy la defensa del modelo.

28 DIEGO VALADÉS, ob. cit., p. 269.

Puede que no sea tan buena la obsesión por “racionalizar” el parlamentarismo, y que resulte mejor incrementar el debate parlamentario y la responsabilidad política como siempre se hizo. Racionalizar el parlamentarismo ha acabado por devaluarlo o embridararlo y el coste es muy alto.

Un parlamentarismo racionalizado o frenado, en algunos países europeos, y, en todos ellos, fuertemente presidencializado, parece coincidir en su rigidez con un hiperpresidencialismo iberoamericano por más que la separación de poderes sea en el segundo caso mayor. Ya no es tan cierto en la realidad que, en el parlamentarismo europeo, el motor del sistema sea el Parlamento y no el Gobierno o directamente el presidente que ya no es un mero *primus inter pares*; algunos de los trabajos que comparan ambos sistemas mantienen una visión idealizada y obsoleta del parlamentarismo.

c. Continuidad e influencias recíprocas de los Reglamentos parlamentarios. Existe asimismo una fuerte tendencia—desde luego en Italia y España, quizás sea universal—de los Reglamentos de las Cámaras a permanecer por debajo de las constituciones, prolongando la validez y aplicación de sus normas, y a recibir influencias recíprocas de los Reglamentos parlamentarios de otros ordenamientos más o menos homogéneos, ya sean parlamentarios o presidenciales. Un rasgo habitualmente mucho menos destacado al hablar de esta fusión de sistemas.

Así, las bases—diversos órganos internos e instituciones—del parlamentarismo mexicano y de otros países de Iberoamérica arrancaron en parte de la influencia española de la Constitución española de 1812 y de la experiencia de las Cortes de Cádiz²⁹, que diseñaban un sistema parlamentario ciertamente liberal, pero basado en una división de poderes extremadamente rígida—de influencia francesa—y recelosa del ejecutivo que representaba el monarca. Un recelo que no era de extrañar en ese contexto histórico. Pero esta separación rígida pronto dejó de existir en Europa, para pasar a flexibilizarse las relaciones entre Gobierno y Parlamento, y probablemente, de haberse mantenido, no habría podido funcionar. Muchos de estos rasgos permanecen aún en Iberoamérica, *v. gr.*, puede ser la existencia de una Mesa, que no existe en otros parlamentarismos europeos y que en varios países se renueva todavía constantemente; el refrendo ministerial de los actos del presidente; en ocasiones la designación de los Ministros o Secretarios sin la intervención del Senado, y un largo etcétera...³⁰.

Del mismo modo, recordemos que el primer comentario al Reglamento del Senado de los Estados Unidos de América arranca de la influencia parlamentaria

29 DIEGO VALADÉS (ob. cit., p. 337) recuerda que el Constituyente de 1824 llegó a proponer de manera formal que la Constitución de Cádiz de 1812 se adoptara como ley ordinaria en México para integrar supletoriamente las lagunas de la Constitución, siempre que sus normas “no repugnaran a nuestra independencia y libertad”.

30 Vid JORGE CARPISO, ob. cit., p. 196.

del Reino Unido. No podría haber sido de otra manera. Es natural que uno busque fuera y donde mejor conoce soluciones para los problemas que tiene dentro y no sabe cómo solventar. En efecto, el clásico *Jefferson's Manual on Parliamentary Practice*³¹, que todavía se reedita, se basa en una colección de precedentes y prácticas del parlamentarismo inglés. Thomas Jefferson lo escribió siendo Vicepresidente de la República y presidente del Senado de 1797 a 1801. En 1837, la propia Cámara declaró la aplicabilidad de este manual siempre y cuando no estuvieran en colisión con *the rules and orders of the House*. De manera que hubo al principio una cierta continuidad de las prácticas parlamentarias entre Estados Unidos y el Reino Unido, por encima de continentes y modelos.

Esta misma perspectiva, fundada en considerar términos de comparación homogéneos, parlamentarismo y presidencialismo a efectos de controles, sigue un informe publicado por la *Unión Interparlamentaria* en 2007 sobre "*Instrumentos de control parlamentario. Estudio comparativo de 88 parlamentos nacionales*"³², que incluye información sobre un compendio de prácticas parlamentarias en países como México o Brasil, junto a otros como el Reino Unido, Suiza, Canadá o Japón. Si bien dicho informe no se molesta en justificar esta metodología comparada, y esa falta de preocupación sistemática se advierte en un acusado desorden en la exposición de numerosos instrumentos, en simple acumulación y sin selección alguna, muchos de los cuales no suelen identificarse como técnicas de control.

Finalmente, el excelente estudio de Fernández Sarasola en España sobre los *Reglamentos parlamentarios* españoles demuestra la relativa *continuidad* de muchas de sus normas y de las prácticas parlamentarias por encima de los frecuentes cambios constitucionales³³. Paraphraseando al clásico alemán, podríamos decir: las Constituciones pasan, los Reglamentos parlamentarios quedan.

Como conclusión del razonamiento, me parece que es perfectamente válida una reflexión con voluntad comparatista sobre el alcance de la función parlamentaria de control en el parlamentarismo europeo y el presidencialismo iberoamericano³⁴. Cabe una *micro-comparación e influencias recíprocas* en materia de controles, aunque ambos modelos no sean cosas idénticas, pero de ahí nace precisamente el interés

31 THOMAS JEFFERSON, *A Manual of Parliamentary Practice for the Use of the Senate of the United States*, 1ª edición de 1801, 2ª edición de 1812 con añadidos del autor, hay una edición especial del Senado en 1993 coincidiendo con 250.º aniversario de su nacimiento. Es fácilmente accesible en la red.

32 *Instrumentos de control parlamentario. Estudio comparativo de 88 parlamentos nacionales*, redacción y edición de HIRONORY YAMAMOTO, Unión Interparlamentaria, impreso en Suiza, 2007, es accesible en la red.

33 IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Reglamentos parlamentarios (1810-1977)*, Iustel, Madrid, 2012, con un interesante y largo estudio previo.

34 Mi querido y respetado JORGE CARPIZO, ob. cit., p. 40, rechazaba con razones de peso esta tesis. Defendía que no daba buenos resultados la introducción de controles típicamente parlamentarios en el presidencialismo y hacer un "híbrido". Dada su inteligencia, es muy probable que la razón esté de su parte y siento no poder ya debatir con mi amigo, como siempre hice. Pero observo que la región parece moverse en el sentido que reflejo.

de toda comparación³⁵. Debe, eso sí, actuarse con prudencia y no con mimetismos ni trasplantes automáticos que rechace la naturaleza del órgano de acogida por la brusquedad del injerto.

Al cabo, los sistemas parlamentarios son fruto de una constante evolución histórica, y no de tipos ideales, y otro tanto cabe decir de los presidencialismos iberoamericanos. Ninguno es mejor que el otro, pero no son ya compartimentos estancos y el presidencialismo iberoamericano tiene en muchos países tendencias parlamentarias.

4. EL IMPACTO DEL SISTEMA DE PARTIDOS EN EL PRESIDENCIALISMO. LOS PELIGROS DEL ENTENDIMIENTO ABSOLUTISTA O SEPARATISTA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

En sentido contrario de cuanto precede, es patente que las *relaciones entre mayoría y minorías* son más diversas en el presidencialismo que en el parlamentarismo y que el impacto en ellos del *sistema de partidos*, a efectos de control, puede ser diferente³⁶.

Debemos prevenirnos frente a dos serias amenazas —que conviene desechar— en sentido contrario: primero, un entendimiento absoluto y separatista de la separación de poderes presidencial, desprovisto de lógica democrática alguna, que lleve a impedir los controles parlamentarios; y, segundo, un exceso de proporcionalidad en la representación, que genere un sistema de partidos que impida la estabilidad del gobierno presidencial³⁷.

En el parlamentarismo, un mismo partido o coalición domina por definición ambos órganos constitucionales, de no tratarse de un “parlamento colgado” o desaparecer la confianza inicial por causas sobrevenidas. En efecto, la *mayoría gubernamental*, tras la investidura parlamentaria del presidente y el otorgamiento de la confianza, es necesariamente también *mayoría parlamentaria* y, por ello, el interés de la Cámara en controlar al Gobierno que ella misma ha creado corre el riesgo de debilitarse. La mayoría tiende con naturalidad a proteger al gobierno y a los ministros contra cualesquier sanciones, preguntas, informes o posiciones críticas del Parlamento, y la protección es más fuerte cuanto más serio sea el escándalo y

35 Puede leerse JAVIER GARCÍA ROCA, “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España” en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 14, 2014.

36 Entre otros muchos, JORGE CARPIZO, “México. ¿sistema presidencial o parlamentario? En DIEGO VALADÉS y JOSÉ MARÍA SERNA, *El gobierno en América Latina. ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, UNAM, México, 2000, pp. 16 y ss, en especial pp. 13-18.

37 Recordemos que en Italia durante la llamada I República, de 1945 a 1996, los Gobiernos duraron como media menos de año y medio. Resulta revelador hasta en el título, GIULIANO AMATO, “Il sistema presidenziale, un remedio all’ eccesso di partitocrazia” en *Il Politico*, n.º 158, 1991.

la amenaza de petición de responsabilidad política. La literatura británica lleva décadas advirtiendo de este funcionamiento mayoritario del parlamentarismo en la realidad. Así funcionan las cosas desde hace tiempo. Se produce pues, normalmente, un control parlamentario muy extenso o capilar, pero poco intenso y casi siempre desprovisto de sanciones. Esta ha sido la regla general en España. Mucho ruido, pocas nueces... y escasa responsabilidad política.

Por el contrario, en un sistema presidencial, si el presidente no goza del apoyo de la mayoría de la Cámara, o los apoyos con que cuenta derivados de Gobiernos de coalición o acuerdos de legislatura son inestables y los Grupos mantienen constantes disensos, el control del Parlamento al presidente puede ser muy intenso. Puede incluso transformarse en serias *obstrucciones y bloqueos*³⁸ a la acción del gobierno presidencial hasta correrse el riesgo de llegar a detenerla: un *impasse*. La posterior acomodación de las posiciones, como la ingenua e ilustrada “esperanza de Madison” predecía, puede no ser sencilla. El presidencialismo iberoamericano —advierte Gargarella— tiende a “desalentar” las posibilidades de cooperación y de acuerdos, porque la oposición no puede erigirse en Gobierno dada la rigidez del término presidencial³⁹. Este bloqueo ocurre con alguna frecuencia en Estados Unidos, según hemos visto con el llamado *fiscal cliff* o abismo financiero.

Me temo que con todo este escenario se advierte bien que el presidencialismo liberal —cauteloso de la democracia—, diseñado por los padres fundadores estadounidenses en el siglo XVIII, no podía prever el posterior impacto del sistema de partidos. Puede que el presidencialismo iberoamericano pague aún los intereses y costes de esa hipoteca. Un sistema de gobierno, el estadounidense, donde es manifiesto que no basta con la mayoría presidencial sino que debe ser refrendada con mayorías posteriores en las dos cámaras, sortear este doble freno y alcanzar una *triple confianza* se revela casi imposible para cualquier mayoría y dificulta sobremanera la acción de gobierno.

Acaso este modelo presidencial estadounidense, tan rígido en su separación de poderes y tan frenado, no debiera necesariamente ser mantenido en la evolución del presidencialismo en Iberoamérica, y quizás pudiera ser conveniente efectuar modificaciones en algún caso, *v. gr.*, tendentes a que no sean tan dispares las tres mayorías y confianzas. Bastaría con que las elecciones del presidente y la Cámara baja

38 Vid HUMBERTO NOGUEIRA, ob. cit., p. 154.

39 ROBERTO GARGARELLA, “El presidencialismo como sistema contramayoritario”, ob. cit., p. 93, advierte que la actitud más racional que queda a la oposición es “obstaculizar los programas de acción del oficialismo”. El medio más sencillo para llegar al Gobierno, porque cualquier éxito del liderazgo presidencial disminuye sus oportunidades de sustituirle y alcanzar el poder. La única alternativa es la cooperación en un marco contramayoritario, pero —advierte— solo se produce si la paridad de las fuerzas es notable, o surge una emergencia o grave situación de crisis en la que el acuerdo resulte indispensable para la subsistencia del sistema. Por otro lado, este presidencialismo iberoamericano favorece el corporativismo de los políticos y la captación por el Presidente de dirigentes opositores (p. 104); lo que coadyuva a la concentración del poder.

del Parlamento fueran contemporáneas —ya ocurre así en varios países— o próximas en el tiempo para favorecer el *Gobierno de la mayoría*. ¿Cuántas elecciones generales debe ganar una mayoría durante una década para poder gobernar?

Conviene traer a colación que el propio Bruce Ackerman considera *no exportable el presidencialismo estadounidense*: el estilo norteamericano de separación de poderes⁴⁰. Una experiencia que califica como excepcional⁴¹. El estadounidense asevera —con cierta provocación y rotundidad— que no debería servir como modelo en otros países. Llega a afirmar que no debería reproducirse una segunda vuelta de “la desastrosa experiencia latinoamericana del siglo XIX siguiendo el modelo estadounidense”⁴². Se decanta por sugerir que se adopte un “parlamentarismo restringido”, controlado o limitado (*constrained parliamentarism*), y asimétrico (*one-and-a-half house solution*), al modo de Alemania, Italia, España, Canadá, Japón, Sudáfrica, India y otros muchos países. Este modelo moderno y creciente —afirma—

40 Vid el extenso y excelente artículo —casi una monografía— de BRUCE ACKERMAN: “The New Separation of Powers” en *Harvard Law Review*, volumen 13, enero 2000, n.º 3, pp. 633-725. Crítica el “triumfalismo” de STEVEN G. CALABRESI en una interesante controversia. Ackerman recuerda que EE.UU., muy poderoso tras la victoria en la II Guerra Mundial, no quiso imponer su modelo rígido y excepcional de separación de poderes en Japón y optó por un parlamentarismo constreñido y un bicameralismo asimétrico: “a one-and-a-half House solution” (p. 635); y que lo mismo ocurrió en Alemania y en Italia (p. 636), pese a las peculiaridades del bicameralismo simétrico italiano que la presidencia de Renzi trata de reformar.

Véase, en sentido contrario, STEVEN G. CALABRESI: “An Agenda for Constitutional Reform” en *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, WILLIAM N. ESKRIDGE JR & SANFORD LEVINSON (eds.), Murphy Institute of Political Economy, NYU Press, 1998, pp. 22 y ss. Más tarde, STEVEN G. CALABRESI & KYLE BADA: “Is the Separation of Powers Exportable?” en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 33, pp. 5-16. CALABRESI me parece que ofrece argumentos de menor fuerza. Cree, por el contrario, que el modelo estadounidense es exportable incluso a la forma de gobierno de la Unión Europea para superar su déficit democrático; y sugiere que esta exportación es deseable si se cumplen ciertas condiciones, p., ej., si el país no ha sufrido una historia de dictaduras o está polarizado en dos bandos. Recomiendan asimismo un bipartidismo y un sistema electoral mayoritario.

A mi entender, no hay visos algunos de erigir un sistema presidencial en la Unión Europea por la misma complejidad de las dobles legitimidades que la gobiernan y las muy diversas posiciones de los Estados y opiniones públicas. Por la misma razón, la complejidad de las sociedades iberoamericanas no permite introducir sistemas mayoritarios donde esta tradición anglosajona no existe. Por lo demás, ha sido larga la historia de pronunciamientos militares y dictaduras en otras décadas.

41 JUAN J. LINZ coincide con Ackerman en esa excepcionalidad del presidencialismo de EE.UU., así como en la defensa del parlamentarismo. Entre otros trabajos, “Los peligros del presidencialismo” en JUAN J. LINZ, DIETER NOHLEN y otros, *Reformas al presidencialismo en América Latina. ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Comisión Andina de Juristas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 27.

En sentido contrario, una defensa argumentada del enfoque tradicional, frente a las críticas doctrinales al presidencialismo: no hay una mejor forma de gobierno con carácter universal, las experiencias empíricas no demuestran la superioridad del parlamentarismo, hay pocas expectativas para que América Latina cambie al parlamentarismo, no existen experiencias de parlamentarismo en la región que comparar, no hay un tipo homogéneo de presidencialismo, etc.; puede leerse la obra colectiva dirigida por dos politólogos estadounidenses, SCOTT MAINWARING and MATTHEW SOBERG SHUGART: *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge U. P., 1997. Pero el análisis de los dos editores me parece muy descriptivo y no creo permitiendo extraer principios generales. Vid su aportación “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of a Debate” en ob. cit., pp. 12-54.

42 BRUCE ACKERMAN, ob. cit., p. 725.

trata de controlar el poder del Gobierno y del Parlamento y, a su vez, el poder de ambos por otros órganos independientes, como son los tribunales constitucionales. Un modelo de controles institucionales y de parlamentarismo restringido –concluye– ofrece “*a more promising path to constitutional development than the American approach*”, pues permite garantizar mejor la democracia, la profesionalidad y la protección de los derechos fundamentales, precisamente los tres grandes principios que motivaron en su día la doctrina de la separación de poderes⁴³.

Ackerman nos recuerda también la conocida experiencia del semipresidencialismo de la República de Weimar, donde la Constitución de 1919 diseñó un presidente elegido directamente y prácticamente libre de controles parlamentarios. Una solución que se reveló como un gran error después de que Hindenburg eligiera como canciller a Hitler⁴⁴. Consideraciones críticas semejantes se han hecho sobre el modelo de doble confianza de la Constitución de 1931 de la II República española a la vista de la experiencia de sus dos presidencias; un sistema del cual la Constitución de 1978 trató de escapar.

Sea como fuere, el camino del constitucionalismo occidental –comparto la intuición de Ackerman– tanto en el presidencialismo como en el parlamentarismo, debería consistir en asegurarse de un *sistema de controles* internos y externos y de muy diverso tipo, que embriden el poder y garanticen los derechos y el federalismo donde sea necesario. No se trata de mantener una separación de poderes absoluta y rígida hasta el punto de impedir razonables pesos y contrapesos, porque no se advierte que otros bienes y valores constitucionales preserven esta alternativa. *Separations of power on behalf of what?*, se pregunta Ackerman, y concluye que con el separatismo corremos el riesgo de erigir el ejecutivo en un enemigo del Estado de Derecho... ⁴⁵.

Del mismo modo, carece ya de sentido un modelo Westminster de *soberanía del Parlamento*, desprovisto de controles –otra versión del separatismo–, entre otras muchas razones, porque el control de constitucionalidad–convencionalidad que entraña el Tribunal Europeo de Derechos, ha erosionado seriamente ese dogma, y otro tanto semejante ocurre con la Corte Interamericana. Por otro lado y desde la lógica doméstica, ningún órgano constitucional puede ser titular de toda la soberanía por definición. La idea de soberanía del parlamento es vieja tanto como la exacerbación del poder presidencial.

La rigidez y el absolutismo en la separación de poderes, en definitiva, no funcionan y es menester asegurarse de la existencia de controles que impidan presidencialismos

43 Ídem, p. 634.

44 Ídem, p. 636.

45 Ídem, p. 639.

desbordados y autoritarios. Los hiperpresidencialismos⁴⁶ son en parte consecuencia de una exégesis separatista de aquel principio, desprovista de un fundamento axiológico. Cualquier organización constitucional se funda en la colaboración de órganos y entes territoriales y en la existencia de controles y no en un choque de legitimidades separadas.

Por otra parte, conviene distinguir la situación del *presidencialismo* conforme a dos tipos de *sistemas de partidos* con diferentes incidencias en la función de control. Primero, un presidencialismo ligado al *bipartidismo* como consecuencia de un sistema electoral mayoritario, el modelo estadounidense clásico. Parece resultar un diseño más estable de relaciones, aunque depende de la lealtad o disciplina de los parlamentarios respecto de sus partidos.

Segundo, diversos presidencialismos iberoamericanos en los que ha acabado por imponerse la representación proporcional y existe un *pluripartidismo* más o menos polarizado o extremado⁴⁷. La estabilidad de estas relaciones entre órganos deviene entonces más problemática, y las soluciones más complejas. Al cabo, *v. gr.*, compaginar presidencialismo y la previsión constitucional de *gobiernos de coalición*, como ocurre ya en México, hubiera sido difícilmente imaginable hace décadas, pues se trata de una herramienta típicamente parlamentaria en su origen. No menos atípico es el presidencialismo de Argentina con un ejecutivo dual y responsabilidad política ante el Congreso del Jefe del Gobierno.

Claramente, el riesgo de obstrucción o *impasse* se intensifica con la unión de *presidencialismo* y *pluripartidismo*. Una pluralidad de partidos –más de cinco o seis–, que no pueden convertirse en mayoría gubernamental y derribar el Gobierno –como ocurriría en el parlamentarismo– pueden estar tentados de *bloquear todas las iniciativas presidenciales*, exagerando o desproporcionando el control⁴⁸. Una muestra de minorías negativas que impiden el funcionamiento del sistema sin poder erigirse en alternativa por el tiempo cerrado del mandato presidencial.

Representación proporcional y *pluripartidismo* son, pues, una aventura o desafío iberoamericano respecto del original modelo presidencialista y de separación rígida de poderes estadounidense. El diseño liberal y presidencial de los padres fundadores estadounidenses fue, además, pensado ignorando la moderna idea de sistema de partidos y de competición entre esas fuerzas –desconfiaban de los partidos como

46 BRUCE ACKERMANN, *ob. cit.*, p. 645, lo califica como “la pesadilla de Linz”, caudillos-presidentes que se deshacen en las Repúblicas latinoamericanas de parlamentos intransigentes con la ayuda de los militares o de poderes al margen de la constituciones. Advierte que tiene que haber un camino entre la esperanza de MADISON y la pesadilla de LINZ.

47 BRUCE ACKERMAN afirma (*ob. cit.*, p. 655) que si alguien está atraído por la superior legitimidad democrática que entraña la representación proporcional, entonces ha encontrado otra razón para rechazar el presidencialismo y la separación de poderes al estilo estadounidense.

48 Vid BRUCE ACKERMAN, *ob. cit.*, p. 656.

facciones— e incluso desde una filosofía *wary of democracy*⁴⁹. Me parece que las interrelaciones entre pluripartidismo y presidencialismo en Iberoamérica limitan el hiperpresidencialismo y conducen a algún grado de parlamentarización: a la introducción de técnicas parlamentarias de control, y coadyuvan a un cierto abandono del viejo entendimiento separatista o absolutista de la separación de poderes.

La ruptura de la ecuación bipartidismo–presidencialismo altera y transforma la forma originaria de gobierno en Iberoamérica, pero no sé si llega a ser una mutación. En todo caso, no creo que pueda mantenerse un coctel explosivo de ingredientes: presidencialismo, representación proporcional, multipartidismo extremado y un entendimiento absolutista de una separación de poderes rígida que impida los controles parlamentarios⁵⁰.

La reducción más sencilla de esa tremenda complejidad consiste en *flexibilizar la separación de poderes rígida* hasta donde se pueda en un modelo presidencial basado en una lógica personalista e introducir serios controles de las Cámaras⁵¹. También un parlamentarismo europeo de presidente conlleva un fuerte liderazgo y poder presidenciales —con distintas intensidades según los países—, pero no excluye por principio los *controles parlamentarios*, usando la separación de poderes como una patente de inmunidad, ni lleva a una peligrosa *politización de una administración* profesionalizada⁵².

5. INSTRUMENTOS DE CONTROL

5.1. ¿Es necesaria —indefectible— una previsión constitucional de la función de control y su expresa atribución a las Cámaras? ¿También una regulación sistemática y

49 En este sentido, BRUCE ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall and the Rise of Presidentialism*, Harvard U. P., 2005, epígrafe “The Original Misunderstanding” pp. 16 y ss., la cita en p. 18.

50 BRUCE ACKERMAN: “The New Separation...”, ob. cit., p. 656. Coincido con sus afirmaciones sobre el presidencialismo que proyecta a Iberoamérica. Me parece que mientras la representación proporcional es deseable en Iberoamérica por el intenso pluralismo de muchas de sus sociedades (lingüístico, étnico, cultural, fuertes niveles de pobreza y desigualdades económicas...), el entendimiento absoluto y separatista de la separación de poderes, excesivamente personalista, no lo es y no debería mantenerse.

51 Por el contrario, STEVEN G. CALABRESI & KYLE BADDY, ob. cit. p. 5, censuran la adopción de la representación proporcional en Iberoamérica. Una tesis que rechazo: pretender que sociedades tan complejas y convulsas como las iberoamericanas pueden reconducir su representación y simplificar su complejidad en torno a solo dos grandes opciones bipartidistas no es real ni deseable.

52 BRUCE ACKERMAN (“The New Separation...”, ob. cit., pp. 699 y ss.) asocia el entendimiento separatista de la separación de poderes con el gran poder de una alta burocracia desprovista de controles. Unas formas poco atractivas de “*bureaucratic governance*”, donde es difícil distinguir el rol de una Administración de servidores públicos, políticamente neutrales, de las funciones políticas encargadas a los representantes. Una politización de la burocracia, que califica de “aberración” el permitir al Presidente colonizar la burocracia con funcionarios-políticos leales. A diferencia de una más clara distinción en Europa, aunque el riesgo asimismo exista, pero la presencia de una especializada jurisdicción contencioso-administrativa en muchos países incrementa los controles judiciales frente a ilegalidades y arbitrariedades.

separada de dichos instrumentos en los Reglamentos de las Cámaras? Ni una y otra cosa me parece que sean imprescindibles, aunque ambas sean convenientes. Así, la función de control del Gobierno es inherente e implícita a todo Parlamento, según hemos visto por encima de las formas de separación de poderes y se deduce de la idea de representación. Por otro lado, la técnica defectuosa de los Reglamentos parlamentarios, incluso su obsolescencia, no debe restringir necesariamente el ejercicio de los instrumentos allí previstos, si bien en la realidad tiende a hacerlo: la mayoría que no se preocupa de codificar y mantener actualizado un buen Reglamento que permita los debates no suele tampoco tener la voluntad de permitir ser controlada. Pero qué duda cabe de que es deseable la atribución expresa al Parlamento en la Constitución de la función de fiscalización del Gobierno, al modo de un recordatorio y mandato. Tan deseable como que un moderno Reglamento parlamentario codifique con voluntad sistemática las experiencias propias y de otros países que se estimen buenas prácticas de control.

Cabe pensar que ocupándonos de lo que parece ser una norma atributiva de competencia a la Asamblea su naturaleza debe ser expresa y no implícita, en buena técnica hermenéutica, pero este argumento olvida que la función de control puede reconducirse a concretas atribuciones de instrumentos que sí vengan previstas. De hecho, la construcción de la función es doctrinal y posterior al uso de las herramientas.

El texto de la más antigua Constitución italiana en 1947 no mencionaba expresamente la función de control, a diferencia de cómo hace el más moderno artículo 66.2 de la Constitución española de 1978. De manera que una y otra son sendas muestras de previsión expresa, y de reconocimiento tácito e implícito. Sin embargo, la ley constitucional n.º 1 de 2012, de 20 de abril, que desarrolló el principio de equilibrio presupuestario en la Constitución italiana, atribuyó la función de control a ambas Cámaras, si bien circunscrita a la función financiera y presupuestaria. Mas esto no quiere decir que no se deba proyectar sobre el resto de la función y, en todo caso, la reforma recoge la tendencia a incluir la función de control en normas constitucionales.

Los Reglamentos parlamentarios de bastantes países han desarrollado de forma conjunta los instrumentos de control, como parece conveniente. En España, el Reglamento del Congreso de los Diputados no dedica un único Título al control, pero aborda con continuidad y de forma seguida las diversas variantes de control tras disciplinar el procedimiento legislativo. En cambio, en Italia, el Reglamento de la Cámara de los Diputados, en su Parte III, regula en un mismo Título los procedimientos de “dirección política, control e información con bastante exhaustividad”.

En Iberoamérica, la Constitución de Chile (artículo 52), *v. gr.*, atribuye a la Cámara de los Diputados “fiscalizar los actos del Gobierno” y, a continuación, enuncia con detalle varios instrumentos de control. Asimismo, el Reglamento de

la Cámara de los Diputados de ese país, con buena voluntad sistemática, dedica el Libro Tercero a la información, fiscalización y otros mecanismos de control. También, el Reglamento del Congreso de Perú regula de forma unitaria y sistemática (Capítulo VI, sección 2ª) el “procedimiento de control político” (artículos 82 y ss).

En cambio, el Reglamento de la Cámara de los Diputados de la República Dominicana, si bien afirma en su exposición liminar que la función de fiscalización está ligada al principio representativo, se refiere a la función de fiscalización de las comisiones (artículo 132) y asimismo recoge algunas herramientas de control, pero luego no efectúa un tratamiento sistemático y unitario de la función de control como me parece aconsejable por razones de unidad temática y tratamiento exhaustivo. No obstante, la propia Constitución dominicana (artículo 93.2) reconoce atribuciones al Congreso Nacional en materia de fiscalización y control, y regula separadamente instrumentos como son comparecencias o invitaciones a las Cámaras, solicitudes de información e interpelaciones. Acaso todo ello pudo servir de apoyo para un desarrollo más sistemático en el mencionado Reglamento.

No obstante, de todas estas diferencias en las normas, en las que no podemos detenernos, puede que no se desprendan en la práctica diferencias tan relevantes, aunque los matices sean esenciales en Derecho.

5.2. Existe una larga *convención* comparada, muy extendida, por la cual re-conducimos a la función de control toda una serie de instrumentos que pueden usarse, según los casos, ya sea en Pleno o en comisiones o en ambos a la vez, o en la Cámara baja y la alta, o solo en la primera o en la segunda. Es una distinción *por preferencia*, porque algunas de estas herramientas inciden en varias funciones y prima la faceta del control en ellas.

Mencionaré algunas de estas prácticas bien conocidas:

- *preguntas*, con respuesta oral o escrita, sobre cuestiones concretas, e *interpelaciones* sobre políticas generales que suelen abrir un debate más amplio y permiten concluir con la aprobación de una moción, ambas variantes del derecho a la interrogación y de confusa distinción en la práctica; suelen ser de menor periodicidad en el presidencialismo o venir limitadas en su frecuencia;

- *comparecencias ministeriales*, exposiciones a cargo de los miembros del ejecutivo sobre el Estado del gobierno, o de otras autoridades, o incluso de ciertos funcionarios superiores responsables de esferas de decisión, o de directivos de empresas públicas o agencias independientes;

- *comparecencias, consultas y audiencias* a solicitud de las comisiones, pueden servir no solo para escuchar al Gobierno sino también a expertos o a miembros de la sociedad civil, fomentando la participación ciudadana;

- *comisiones parlamentarias de investigación* creadas *ad hoc* y dotadas de algunas facultades para esclarecer ciertos hechos de importancia política y, en realidad, para transferir información a la opinión pública; serán previsiblemente parcas en

su creación y más magras aún en su eficiencia, si la iniciativa de su erección y su funcionamiento no se deja en manos de las minorías;

– *solicitudes de información y documentación* bien a instancias de los parlamentarios o de los Grupos o bancadas; son controvertidos los límites a estas solicitudes derivadas del obstruccionismo de las minorías, o de la tutela de derechos fundamentales de terceros u otros bienes constitucionales por el Gobierno a la hora de formular sus respuestas;

– mociones de *censura* o de *reprobación* de los ministros por la gestión de sus competencias (responsabilidad individual frente a la solidaria) mediante distintas fórmulas, ya estén expresamente previstas en normas constitucionales o en los Reglamentos parlamentarios, o generadas espontáneamente mediante usos y costumbres;

– *acusaciones constitucionales* del presidente de la República, los Ministros y otras autoridades por graves infracciones de la Constitución y las leyes;

– proposiciones no de ley o *mociones de impulso* en las que las Cámaras manifiestan al Gobierno su posición y seleccionan fines en la dirección política, participando en la acción de gobierno;

– *intervenciones inaugurales* del período ordinario de sesiones o informes por el presidente, seguidos o no de un debate;

– *controles financieros* como la aprobación de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos, la revisión de la cuenta pública nacional, o las bases para celebrar empréstitos o la deuda nacional;

– *controles sobre nombramientos presidenciales* que deben ser ratificados por el Senado;

– *informes de órganos auxiliares* del parlamento, independientes en el ejercicio de sus funciones (defensores del pueblo, contralorías o tribunales de cuenta u órganos externos de fiscalización, consejos de radiodifusión...), que coadyuvan a la labor parlamentaria de control en cuestiones específicas, y cuya presentación suele abrir un debate e impulsar la toma de decisiones;

– *comisiones mixtas o bicamerales* de relación con órganos o entes;

– y, en definitiva, un largo etcétera de procedimientos, incluso *controles intra-procedimentales*, el segundo artículo que adjunto⁵³ se ocupa de algunos controles internos a los procedimientos parlamentarios, mucho menos estudiados, como pueden ser el Comité para Legislación, o algunas labores de la Comisión de Presupuestos y la Oficina Presupuestaria, que son materialmente controles del Gobierno.

El análisis de la idoneidad, eficacia y oportunidad de cada uno de estos instrumentos de control-responsabilidad política o control-fiscalización, requeriría de todo un tratado. Subrayaré simplemente ahora algunas consideraciones generales, y, más adelante, algunos ejemplos problemáticos de controles en la región.

53 Vid JAVIER GARCÍA ROCA y RENATO IBRIDO, “El control parlamentario...”, ob. cit.

5.3. Todos estos controles forman un *sistema*, responden a fines complementarios, y puede que no todos ellos sean necesarios a la vez, y que, por el contrario, resulte conveniente seleccionar y fortalecer unos frente a otros, de acuerdo con las diversas realidades y experiencias parlamentarias de cada país. No existe más control por simplemente *acumular herramientas*, que es la solución más sencilla, pero puede que no la más eficiente.

Del mismo modo, el poder es por naturaleza “*dinámico*” y tiende a desbordarse, y sus malas prácticas se transforman de tiempo en tiempo, de manera que la regulación de estas herramientas no puede ser “*estática*”⁵⁴. Adviértase, pues, que las normas de procedimiento que regulan los instrumentos de control deben ser conveniente y permanentemente *actualizadas* en sus regulaciones en los *Reglamentos* parlamentarios, para impedir que queden obsoletas o decodificadas en provecho de la potestad reglamentaria de los órganos de dirección.

Si bien la transformación puede igualmente producirse en *usos y costumbres* parlamentarias, una forma espontánea de creación del Derecho, muy típica de corporaciones como las Cámaras, y suficientemente flexible. En España, la reprobación individual de los Ministros no viene prevista en la Constitución ni en los Reglamentos del Congreso y Senado, pero estas iniciativas se tramitan y recopilan en la web del Congreso, reflejando un uso parlamentario muy consolidado; también en Italia y Alemania tuvieron una génesis espontánea y así podría ocurrir en otros países⁵⁵.

La lamentable experiencia de la comisión parlamentaria de investigación del caso Banesto y la actuación del Sr. Mario Conde, quien luego sería condenado criminalmente, pero se dirigía a los parlamentarios displicentemente o con altivez desde la Mesa, llevó a cambiar la situación de los comparecientes, bajándoles del estrado y modificando la escenografía de las comisiones, para que quedara claro quién estaba siendo investigado y respondía de actos presuntamente irregulares. La negativa a comparecer en las comisiones de investigación tuvo que ser tipificada como delito para asegurarse de la autoridad del Parlamento, y un largo etcétera de asuntos. Basten estas muestras de dinamismo y transformaciones.

También la regulación de los controles debe aprovechar las oportunidades que ofrecen los *nuevos medios tecnológicos* —que ya no son nuevos sino fácilmente disponibles—, para facilitar algunas cuestiones. Como, *v. gr.*, puede ser la presentación de preguntas urgentes; o las relaciones de los ciudadanos con sus parlamentarios, permitiendo que les sugieran preguntas, solicitudes de información o enmiendas, o recibir información especializada mediante listas de correo; o la adecuada informa-

54 En este sentido, DIEGO VALADÉS, ob. cit., p. 12.

55 Puede leerse JAVIER GARCÍA ROCA, “La fragilidad de los Ministros (de su competencia y responsabilidad directas)”, ob. cit.

ción institucional a los ciudadanos de la actividad de las Cámaras en sus respectivas webs; o la muy deseable aplicación parlamentaria del principio de transparencia mediante medios informáticos.

Por último, pero no en importancia, sí en virtud del principio presidencial, que pospone o difiere la responsabilidad política al término del mandato, haciendo controlador de la misma al electorado y no al Parlamento⁵⁶, no se desea trasladar mecanismos de control–responsabilidad política (censura, remoción de ministros...) a Iberoamérica, muy probablemente podría bastar con reforzar e implementar con eficiencia otro tipo de controles más cotidianos y ordinarios del ejecutivo⁵⁷. Así son harto habituales en el parlamentarismo –y en el presidencialismo de la región–, los instrumentos que solemos llamar de *control–fiscalización o información*⁵⁸. Reforzar⁵⁹ y consolidar los instrumentos de control–fiscalización en el presidencialismo iberoamericano, para mantener informadas a la minoría y a la opinión pública, puede

56 Algunos creen que este sistema presidencial de “*direct accountability*” supone una “*superior electoral accountability*”, y que basta con la posibilidad de la no reelección del Presidente por los votantes. Esta es –a su juicio– una seria ventaja del presidencialismo. Vid MATHEW SOBERG SHUGART and SCOTT MAINWARING, “Presidentialism and Democracy in Latin America...”, ob. cit., pp. 33–36, donde, sin embargo, aportan un detallado estudio de las facultades presidenciales. ROUSSEAU ya advirtió magistralmente de que los ingleses se creen libres porque votan una vez cada cuatro años.

57 HUMBERTO NOGUEIRA (ob. cit., p. 161) parecía confiar preferentemente –pero hace más de dos décadas– en introducir técnicas de responsabilidad política en Iberoamérica para limitar el presidencialismo como, p. ej., la moción de censura constructiva alemana y española. Sin embargo, veo difícilmente incompatible control–responsabilidad política con presidencialismo, por la rigidez del mandato. Además, de la censura constructiva la experiencia ha revelado que casi nunca prospera y no funciona como exigencia de responsabilidad ni en Alemania ni en España. Concluyo que quizás debemos concentrarnos en el control–fiscalización, según propongo.

58 También NESTOR PEDRO SAGÜES estima que el enorme poder del Presidente –su legitimidad democrática personal–, casi un César republicano, demanda un correlativo incremento del control, y nadie mejor que el Congreso por su carácter representativo para desempeñar ese poder. Vid “Formas de gobierno. Aproximaciones a una teoría del control parlamentario sobre el poder ejecutivo” en JUAN J. LINZ y DIETER NOHLEN, *Reformas al presidencialismo...*, ob. cit., p. 91. Este control –afirma en pp. 92 y ss.– puede hacerse en tres subfunciones: en la elección del Gobierno (subfunción electoral), en lo que llama subfunción cognoscitiva e inspectiva –interpelaciones, solicitudes de información, comisiones de investigación...–, y en una serie de autorizaciones (subfunción integrativa). Pide, asimismo, revitalizar en el presidencialismo y ampliar los instrumentos de control parlamentario. CECILIA MORA-DONATTO, “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario” en *Cuestiones constitucionales*, UNAM, México, 2001, pp.85–113, en la línea que este artículo propone.

Me decanto –con realismo– por reconducir el control en el hiperpresidencialismo iberoamericano a lo que en España e Italia se ha consolidado como denominación tras un largo debate *control–fiscalización* con preferencia sobre el *control–responsabilidad política*.

59 NESTOR PEDRO SAGÜES (ob. cit., pp. 95 y ss.) se refería en 1993 a la “progresiva decadencia” del control parlamentario en la región. Puede que la situación haya mejorado algo en estas dos décadas. Pero es verdad que superar esa decadencia reclama todavía corregir varios defectos que ya entonces denunciaba: Cámaras con buenos medios técnicos, organizativos y personales, unos servicios profesiones de los Parlamentos mejor formados frente a la burocracia presidencial; la colaboración del ejecutivo, un cambio del paradigma cultural; la tenacidad –casi tozudez– de los parlamentarios e independencia respecto del presidente frente a un sistema de lealtades personales; y no dejar el control en manos del partido de la mayoría, poco animando a inspeccionar a su propio presidente.

ser una vía para perfeccionar la democracia representativa y limitar los excesos. Al cabo, tampoco la responsabilidad política ligada a la censura y al cese funcionan bien en buena parte de los parlamentarismos europeos.

La función del Derecho Constitucional, tanto en el presidencialismo como en el parlamentarismo y en cualquier fórmula de división de poderes, no es otra que *controlar al Príncipe*: fiscalizar al poder. El gobierno constitucional es un gobierno *moderado* y representativo desde sus orígenes liberales en ambos hemisferios (Madison, Hume, Locke, Montesquieu...).

Este razonamiento no se altera aunque los mandatarios y gobernantes sean fruto de una mayoritaria elección democrática. Un axioma que quizás algunos de los llamados “*nuevos constitucionalismos*” no advierten con suficiente propiedad. Sin controles, la democracia constitucional no existe; no basta con la regla de la mayoría. El control parlamentario y la responsabilidad política son centrales, junto a los principios de independencia judicial y separación de poderes en un esquema de gobierno democrático, incluso frente a las emanaciones o esquejes del poder constituyente, que no puede actuar cotidianamente realizando funciones ejecutivas –como un poder constituido– sin violar aquellos principios. Hay una división de poderes entre poder constituyente y poderes constituidos y sus funciones no deben mezclarse.

5.4. Reseñemos ahora algunos ejemplos, sin afán alguno de exhaustividad, sino de utilizarlos como banco de pruebas de la *metodología* propuesta. Se trata no de solventar los problemas sino, más modestamente, de advertir la necesidad de mantener la lógica de esta función parlamentaria de control a la hora de debatir sobre las regulaciones y aplicaciones más adecuadas.

Es clásica en México la controversia sobre el formato del *informe presidencial*⁶⁰. La Constitución (artículo 69 en su versión original de 1917, varias veces modificada) establecía que a la apertura ordinaria de una sesión, ordinaria o extraordinaria, del Congreso asistiría el presidente de la República y presentaría un informe por escrito; en el primer caso, sobre el estado general que guarda la administración pública del país y, en el segundo, para exponer las razones que hicieron necesaria su convocación. Una técnica con origen tanto en la Constitución de los Estados Unidos (artículo II, sección 3), que no dispone trámites de procedimiento y simplemente permite al presidente dar “información del estado de la Unión” al Congreso “de tiempo en tiempo”, como en la Constitución de Cádiz.

Se admite generalmente que el informe presidencial mexicano representa un ejercicio de rendición de cuentas al pueblo, pero hasta ahora no había llegado a

60 Entre otros, DIEGO VALADÉS, ob. cit., pp. 379 y ss. Quien vuelve a señalar la influencia de la tradición que emana de la Constitución de Cádiz, y se muestra asimismo favorable a facilitar las relaciones entre Cámara y Presidencia.

configurarse como una modalidad de control-información del Parlamento. Una larga polémica se ha mantenido⁶¹ acerca de si la lectura del informe escrito debería abrir un debate parlamentario, y aceptarse preguntas o interpelaciones de diputados y senadores; o, por el contrario, se trata de un trámite formal y solemne —se ha tachado de ceremonia faraónica—, meramente protocolario tanto en la llegada como en la salida del presidente, que no viene obligado a responder, por más que los parlamentarios tiendan en la práctica a interrumpirlo con frecuencia y se resistan a escuchar como meros convidados de piedra. Algunos defienden que la inclusión de un trámite parlamentario violentaría la separación de poderes presidencial, pues se trata originariamente de un intercambio entre el presidente y el pueblo y no con las Cámaras, siguiendo la tradición de los Estados Unidos. Pero muchos entienden que difícilmente en un sistema representativo el primer representante de la nación puede no dar respuestas a los demás representantes del pueblo y que la ordenación del procedimiento debería transformarse.

Este segundo razonamiento me parece sólido y me hace pensar que algún mecanismo de relación entre órganos debería regularse, entre otras razones, para no ningunear a la opinión pública. Porque el pueblo en realidad no puede dialogar con el presidente si no es a través de sus representantes, ni siquiera votar en ese momento ni hasta la próxima elección presidencial; y porque cualquier procedimiento parlamentario supone por definición oralidad, publicidad y discusión. Todo ello frente al viejo discurso británico y español⁶² del Trono o la Corona del que emanó este instrumento presidencial, respectivamente, en Estados Unidos y en México, pero que no puede tomarse ya como modelo en el siglo XXI; en esto como en tantas cosas, hi la Constitución estadounidense se ha quedado vieja. De no ser así, el presidente podría perfectamente contactar con el pueblo directamente a través de los medios de radiodifusión sin necesidad de la mediación de todo el Congreso.

61 Vid EFRÉN CHAVEZ, “Algunas propuestas de modificación al formato del informe presidencial en México” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 105, 2002, pp. 817-857, donde se da noticia de una veintena de propuestas de reformas de ese artículo 69 de la Constitución nada menos que desde 1917. El autor se preguntaba si la rendición de cuentas que el trámite entrañaba no debería tener la naturaleza de una forma de control y sintetizaba las propuestas doctrinales, pero no se atrevía a formular una tesis. CECILIA MORADONATTO, igualmente, se muestra favorable al control: “La reforma al formato del informe presidencial: ¿parálisis o autismo legislativo?” en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, tomo XI, 2008, pp. 619-645. Así como ELISEO MURO, “El nuevo formato del informe presidencial, un instrumento de control parlamentario en México”, en *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, 2010, quien insiste en la colaboración del Presidente con el Congreso y en la fiscalización y rendición de cuentas.

62 La Constitución de Cádiz de 1812, en sus artículos 121 y 122, establecía que el Rey asistirá a la apertura de las Cortes y hará un discurso en el que les propondrá lo que estime conveniente “y al que el presidente contestará en términos generales”. No veo por qué razones podía contestarse a un Monarca del siglo XIX y no puede responderse a un Presidente democrático de una República. Las instituciones parlamentarias deben transformarse.

Esta herramienta mexicana debería evolucionar y transformarse como ya lo hizo en sus inicios en Estados Unidos cuando Woodrow Wilson volvió a leer personalmente el informe escrito en 1913 en vez de contentarse con enviarlo, o más tarde en 1923 cuando empezó a transmitirse por los medios de comunicación. De hecho desde 1970, la oposición emite allí una respuesta al discurso presidencial a través de los medios. Me pregunto por qué seguir haciéndolo fuera de la Casa y para qué sirve entonces un Parlamento. ¿No es esto una ficción? Las técnicas parlamentarias no pueden permanecer inmóviles según hemos razonado antes en línea de principios.

Restaría por resolver todo lo demás. Pues la Constitución en el texto de 1917 no especificaba un procedimiento. Me pregunto qué tipo de procedimiento parlamentario debería preverse: probablemente un debate muy general y no pormenorizado. Quién debería ofrecer esas respuestas, el presidente o los Secretarios y en otros momentos, y con qué extensión, porque es cierto que la discusión de un informe anual no puede sustituir los controles normales de cada período de sesiones y el debate debería ser relativamente breve. No falta quien cree que son mejores comparecencias frecuentes a informes anuales de carácter extraordinario. Asimismo, con qué intensidad debería producirse la información y el control, que quizás debería contentarse con una información general y el debate, un breve intercambio de opiniones con los legisladores. La separación de poderes no puede querer decir ausencia de control-información, pero caben diversas soluciones. El presidencialismo iberoamericano no debería impedir las relaciones entre órganos siguiendo un entendimiento rígido y separatista de la separación de poderes.

Sin embargo, tras distintos conflictos políticos (algunos diputados impidieron en 2006 que el presidente Fox entrara en el Congreso), la evolución del informe presidencial en México no ha ido en este sentido lógico sino todo lo contrario. Desde ese incidente, el presidente dejó de comparecer en el Congreso para dar lectura al mismo, el informe simplemente se entrega por escrito por el secretario de Gobernación, y la máxima autoridad se comunica directamente con la nación a través de spots en radio y televisión. ¿Es esto razonable en nuestros días o supone un estilo presidencial autoritario? La presidencia de la Cámara ha pedido que el presidente vuelva a la Cámara y se alcance una forma de diálogo y no de enfrentamiento de poderes.

No obstante, el artículo 69 de la Constitución fue finalmente reformado en 2008 y posteriormente en 2014, estableciéndose que, en la apertura de sesiones ordinaria del primer período de cada año del Congreso, el presidente de la República presentará un informe por escrito en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país; y, en las sesiones extraordinarias, informará de los motivos de la convocatoria. Se agrega que cada una de las Cámaras realizará el análisis del informe y podrá solicitar ampliaciones mediante preguntas escritas

y citar a los Secretarios de Estado y a otras autoridades para que comparezcan y rindan informe; la regulación del procedimiento se deja a la Ley del Congreso y a sus reglamentos.

A mi parecer, la nueva previsión de procedimiento es en abstracto bastante correcta y supone un avance frente al texto anterior, siempre y cuando se interprete por convención en el sentido de que no baste con la presentación escrita del informe —lo que sería una transgresión de las normas de corrección o cortesía entre órganos constitucionales—, volviéndose a la lectura y comparecencia inicial, aunque las respuestas gubernamentales a las preguntas parlamentarias las realicen los miembros del Gobierno y no el presidente. Es un camino en el medio de dos entendimientos.

Otro problema semejante ocurre respecto de las *comparecencias ministeriales* en México. La Constitución (artículo 93) obliga a los Secretarios de despacho a dar cuenta del estado de sus respectivos departamentos; y permite a la Cámaras citarlos para que informen “bajo protesta de decir verdad” o para que respondan a preguntas e interpelaciones; y estas obligaciones no se someten a limitaciones constitucionales expresas⁶³. En la práctica, los miembros del Gobierno informan a las comisiones del Congreso, pero —al parecer según Valadés⁶⁴— la aplicación ha sido discontinua y se discute si debería normalizarse. Podría bastar —afirma— con generar un uso o costumbre.

Si volvemos la vista a la lógica de un Gobierno constitucional moderado y representativo, cómo puede justificarse en el siglo XXI que los departamentos ministeriales y secretarías no informen continuamente al Parlamento sobre la acción de gobierno y se sometan a la discusión con las minorías. De no ser así, un Parlamento no merecería el nombre de Parlamento, *su nomen iuris*, al carecer de las facultades que hacen reconocible a la institución. Ese entendimiento separatista del presidencialismo ha devenido obsoleto y responde a argumentos del primer liberalismo estadounidense, propios de otros siglos cuando la sociedad apenas tenía un Estado. La Constitución ya hemos visto que no establece expresamente diques o frenos y con ello debería bastar. Pero la verdadera razón democrática creo es de más peso. Sin información no puede construirse por los parlamentarios la relación de representación política con los electores, ni generarse opinión pública, y este no puede ser un resultado querido por una separación constitucional de poderes, aunque sea rígida. El Gobierno no puede colocar al Parlamento en una situación en que no pueda ejercer sus funciones mediante un entendimiento de las competencias propias que impida ejercer sus competencias al otro. La presidencia y el Gobierno

63 DIEGO VALADÉS, *El control del poder*, ob.cit., pp. 380 y ss, epígrafe “Comparecencias de los miembros del Gabinete e integración de comisiones de investigación”.

64 Ídem.

deben colaborar en el ejercicio de las funciones de las Cámaras salvo excepciones razonables que reclaman una motivación reforzada.

En todo caso, si el presidente no comparece en el Congreso para leer su informe anual y los Ministros obstaculizan sus comparecencias, o las normas limitan en exceso la frecuencia de este instrumento, es fácil percibir que se alcanza una situación de bloqueo institucional que no beneficia a nadie. Si no se quiere que el presidente responda ante el Parlamento en virtud de su elección directa y legitimidad popular, al menos deberían hacerlo con habitualidad los miembros del Gobierno, que carecen de esa legitimidad directa, para mantener una relación entre los órganos supremos. Por lo demás, la responsabilidad diferida, difusa del presidente y pospuesta hasta las nuevas elecciones, el término tasado, no solventa bien el problema de qué hacer mientras tanto cuando la presidencia mengua en su apoyo en las encuestas.

De forma complementaria, el mismo artículo 93, párrafo 3º, de la Constitución de México igualmente prevé la creación de *Comisiones parlamentarias de investigación* a instancias de las minorías (una cuarta parte de los diputados y la mitad de los senadores), pero solo en relación con “organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritarias”, debiendo enviarse el resultado de las investigaciones al ejecutivo federal.

Son evidentes las restricciones que este complejo precepto constitucional contempla. Pese a la evolución que han supuesto varias reformas del mismo, hasta el punto de que Valadés califica esas transformaciones de verdadera “parlamentarización” del sistema presidencial⁶⁵. Pero siguen existiendo obstáculos al control. ¿Qué sentido constitucional tienen esas confusas restricciones? ¿A qué bien constitucional sirve mantener áreas de la acción de gobierno exentas de control?

6. CONCLUSIONES

Es metodológicamente posible –y deseable– comparar presidencialismo y parlamentarismo en materia de controles parlamentarios, pese a las diferencias de principios, y construir normas, aplicarlas e interpretarlas con la voluntad de mejorar los instrumentos de control –muchos de ellos semejantes en ambos continentes–, y de intercambiar experiencias enriquecedoras en la solución de conflictos. Por más que deba operarse con cautela.

Esta conclusión hace que el debate sobre ambas formas de gobierno deba contemplarse de una manera más matizada y realista. El deslinde actual del binomio presidencialismo parlamentarismo, como tipos ideales, debe tener en cuenta la multiplicidad de sistemas presidenciales –y semipresidenciales– de confusa diferenciación que diseñan actualmente las normas constitucionales en Iberoamérica.

65 DIEGO VALADÉS, *El control...*, ob.cit., p. 381.

El presidencialismo originario estadounidense es difícilmente exportable, y el presidencialismo iberoamericano se ha ido parlamentarizando en diversos grados. Esta evolución es natural y hace pensar en la existencia de un *continuum* en la comprensión del binomio de sistemas con distintos escalones y diferencias de grado más que cualitativas. Se advierten tres tendencias: la presidencialización y racionalización del parlamentarismo europeo, la parlamentarización del presidencialismo iberoamericano, y la relativa continuidad e influencia comparada de los Reglamentos y prácticas parlamentarias por encima de fronteras.

Pluripartidismo extremado, representación proporcional, y un entendimiento absolutista de la separación de poderes presidencial que impida los controles parlamentarios son rasgos que pueden resultar incompatibles, y, en todo caso, componen un escenario demasiado complejo que puede generar riesgos de gobernabilidad y peligros para la libertad y la democracia representativa. La solución más sencilla para reducir esa complejidad es deshacerse del tercer ingrediente y abandonar un entendimiento personalista y separatista en exceso de la separación de poderes —que no garantiza bien alguno—, flexibilizando su entendimiento hasta donde sea posible.

Es precisa una colaboración y solidaridad entre poderes en cualquier esquema de gobierno constitucional, y el Parlamento debe, por definición, controlar al Gobierno en una democracia representativa. La duración fija del mandato presidencial y la voluntad inicial de que el presidente responda de forma diferida ante el electorado hacen difícil la presencia de mecanismos de control—responsabilidad política, pero podría bastar con reforzar o implementar mecanismos parlamentarios de control—fiscalización a instancias de la oposición y las pequeñas minorías. Hay un amplio elenco de herramientas y deben seleccionarse y reforzarse aquéllas más adecuadas a las necesidades de cada Parlamento.

Responsabilidad política de los miembros del Gobierno no quiere decir necesariamente el “cese” del titular del cargo, rendir cuentas —someterse al control— supone comparecer en el Parlamento, explicarse, contestar y debatir con las minorías, con contradicción y publicidad, para verificar la acción de gobierno y mantener informados a los ciudadanos, creando opinión pública libre. Sin control parlamentario no puede existir democracia representativa y tampoco en el presidencialismo iberoamericano contemporáneo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, BRUCE. *The failure of the founding fathers. Jefferson, Marshall and the rise of presidentialism*, Harvard U.P., 2005, epígrafe “The original misunderstanding”.
- ACKERMANN, BRUCE. “Los peligros del presidencialismo”, en JUAN J. LIZ, DIETER NOHLEN y otros: *Reformas al presidencialismo en América Latina. ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo*”, Comisión Andina de Juristas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 27.

- ACKERMANN, BRUCE. “The new separation of powers” en *Harvard Law Review*, volumen 13, enero 2000, n.º 3.
- ARAGÓN, MANUEL. “Sistema parlamentario, sistema presidencial y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado” en *Parlamento y control del ejecutivo*, v Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BAR, ANTONIO. *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Civitas, Madrid, 1983. In extenso, vv.AA.: *Gobierno y Constitución*, PABLO LUCAS MURILLO (coord.), Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- BUSTOS, RAFAEL. *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, COLEX, 2001.
- CARPISO, JORGE. “México. ¿sistema presidencial o parlamentario?”, en DIEGO VALADÉS y JOSÉ MARÍA SERNA: *El gobierno en América Latina. ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, UNAM, México, 2000.
- CARPISO, JORGE. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007.
- CHAVEZ, EFRÉN. “Algunas propuestas de modificación al formato del informe presidencial en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 105.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, ALFONSO en el prólogo a Ignacio Torres. *Los órganos de gobierno de las Cámaras*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO. *Reglamentos parlamentarios (1810-1977)*, Iustel, Madrid, 2012.
- GARCÍA ESCUDERO, PIEDAD. “El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa” en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 28, 2011.
- GARCÍA ROCA, JAVIER e IBRIDO, RENATO. “El control parlamentario en Italia. Un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas: el Comité para la Legislación y la Comisión de Presupuestos”, en *El control del gobierno en democracia*, Francesc PAU (dir.), XIX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, Madrid, 2013.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 108, 2000.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del art. 23.2 de la Constitución)” en *Problemas actuales del control*

- parlamentario*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario (1995), Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 14, 2014.
- GARCÍA ROCA, JAVIER. “La fragilidad de los Ministros (de su competencia y responsabilidad directas)” en VV.AA.: *Gobierno y Constitución*.
- GARGARELLA, ROBERTO. “El presidencialismo como sistema contramayoritario”.
- HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN. *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, 5ª reimpresión.
- JEFFERSON, THOMAS. *A manual of parliamentary practice for the use of the Senate of the United States*, 1ª edición de 1801, 2ª edición de 1812.
- MAINWARING, SCOTT y SOBERG SHUGART, MATHEW: *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge U. P., 1997.
- MIKINE-GUETZEVITCH, BORIS. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Ed. Reus, Madrid, traducido del francés en 1934; y *Las nuevas constituciones del mundo*, estudio preliminar, Ed. España, Madrid, 1931.
- MORA-DONATTO, CECILIA. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. XI, 2008.
- MURO, ELISEO. “El nuevo formato del informe presidencial, un instrumento de control parlamentario en México” en *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*, 2010.
- NINO CARLOS S.; GARGARELLA ROBERTO y otros. *El presidencialismo puesto a prueba –con especial referencia al sistema presidencial latinoamericano–*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- NOGUEIRA, HUMBERTO. “Análisis crítico del presidencialismo. Los regímenes presidenciales de América Latina” en *Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la reforma constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 1988.
- NOHLEN, DIETER. “Presidencialismo versus parlamentarismo en América Latina”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 74, 1991.
- STARCK, CHRISTIAN. “El sistema de gobierno parlamentario en Alemania como factor de estabilidad”, en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 87, 2012.

VALADÉS, DIEGO. *El control del poder*, Porrúa-UNAM, México, 1998, 2ª ed. 2006, Prólogo p. XXI.

YAMAMOTO, HIRONORY. *Instrumentos de control parlamentario. Estudio comparativo de 88 parlamentos nacionales*, Unión Interparlamentaria, Suiza, 2007.

ROBERTO GARGARELLA*

Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. Cuando el poder se concentra en la “sala de máquinas” constitucional

SUMARIO

Introducción. I. El “pueblo” en los márgenes de la Constitución. II. “Pueblo” y derechos. III. “Pueblo” y poder. i) Revitalización del Poder Judicial; ii) Revitalización del Poder Legislativo; iii) Consulta directa a grupos desaventajados.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inscribe en una tradición de estudios críticos del Derecho, interesada en reflexionar críticamente sobre el lugar reservado al “pueblo” dentro del Derecho vigente. El mismo se inspira, en particular, en escritos como los de Mark Tushnet, o en textos como los de Roberto Mangabeira Unger, en los que se identifica (lo que Unger denominara como) “el pequeño y sucio secreto” de la vida institucional contemporánea, esto es, la existencia de una “hipertrofia de... prácticas y arreglos contramayoritarios” (Unger 1996, p. 72-73).

Más específicamente, este escrito versará sobre el modo en que el Derecho se ha ocupado de establecer distancia entre “el pueblo” y la Constitución, y los significativos pero limitados –y en parte frustrados– esfuerzos hechos por el mismo constitucionalismo, con el objeto de revertir esa situación. Tensionando de ese modo el aspecto *democrático* de nuestras Constituciones, el Derecho pone en cuestión sus propias premisas, que siempre son premisas *igualitarias*, esto es, decir la idea de que se trata de un pacto entre todos los miembros de la comunidad, que son considerados sujetos dotados de una *igual dignidad moral*.

En la primera parte de mi trabajo, le prestaré atención al modo en que el “pueblo” perdió peso y lugar efectivo –perdió poder de *decisión y control*– en la Constitución, durante los años fundacionales del constitucionalismo (en el caso de los Estados Unidos, las décadas finales del siglo XVIII, y en el caso de América Latina, desde mediados a fines del siglo XIX). Luego, me enfocaré en dos intentos constitucionalmente significativos, destinados a “recuperar” el lugar constitucional del “pueblo”, a través de cláusulas directamente referidas a los derechos sociales y políticos. Sostendré que, aunque auspiciosas, tales reformas pecaron por un defecto fundamental: se trató de una expansión de derechos que dejaba intocada una organización del poder originada en el siglo XVIII. Por ello mismo, dedicaré la última parte del texto a explorar algunos intentos orientados a “reincorporar al pueblo,” que operaron más directamente sobre la organización del poder –sobre

* Sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of Chicago, y Post-Doctorado en la Balliol College, Oxford. Es profesor ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella, y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la UBA. Ha sido profesor e investigador visitante en varias universidades extranjeras, como Columbia University, Universitat Pompeu Fabra, New York University, University of Bergen y University of Chicago.

la “sala de máquinas” de la Constitución—. Aunque en mi análisis me apoyaré, fundamentalmente, en casos latinoamericanos, asumo con cierta confianza que los juicios que haga en torno al constitucionalismo regional tendrán sentido bastante más allá de las fronteras latinoamericanas.

I. EL “PUEBLO” EN LOS MÁRGENES DE LA CONSTITUCIÓN

En esta primera parte, vamos a ver las distintas estrategias ideadas por el primer constitucionalismo latinoamericano para limitar el acceso del “pueblo” al poder. A pesar de las insistentes invocaciones retóricas realizadas por la dirigencia regional, lo cierto es que ella optó por relegar el ingreso del “pueblo” en la Constitución para una etapa posterior: el poder efectivo, por un tiempo extenso, seguiría en manos de una élite pequeña, situada en la cúspide de sociedades muy desiguales. En general, según veremos, ello se debió a la convicción de que solamente de ese modo —impidiendo que el “pueblo” jugara un papel activo en el proceso de toma de decisiones— se podrían asegurar las bases materiales del constitucionalismo, y dotar así de una base firme a la postergada ampliación de los derechos políticos de la ciudadanía.

EL “PRIMER DERECHO CONSTITUCIONAL” Y SUS SECUELAS: EL LIMITADO INGRESO DEL “PUEBLO” EN LA CONSTITUCIÓN

La decisión de limitar el ingreso del “pueblo” en la Constitución fue explícita, en casi toda América Latina, y justificada públicamente por algunos de sus principales doctrinarios. En el capítulo 2 de su obra más importante, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, el argentino Juan Bautista Alberdi —uno de los juristas más influyentes de su tiempo y autor intelectual de la Constitución de 1853— sostenía que se trataba de una necesidad de época, propia de todo el constitucionalismo de la región. Contra alguno de sus colegas, que evaluaban críticamente el modo en que se había desarrollado el Derecho constitucional latinoamericano, Alberdi miraba dicho desarrollo con simpatía y optimismo, y explicaba que el constitucionalismo regional había evolucionado de modo apropiado, conforme a distintas necesidades, exigencias o “angustias”, propias de cada momento.

En tal sentido, Alberdi entendía que el *primer Derecho constitucional* de la región se había ocupado muy especialmente del “drama” inicial de la independencia, y la necesidad de consolidarla. De allí la —para él justificada— concentración de poder que habían promovido estas primeras Constituciones. Decía Alberdi: “La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla”

(Alberdi 1981, 26). El nuevo constitucionalismo, sin embargo —el que era propio de su época— debía orientarse en dirección distinta del primero, conforme a las nuevas necesidades o “dramas,” que tenían que ver, en su opinión, con el crecimiento económico y el desierto (territorios poco poblados, necesitados de mano de obra calificada). En sus palabras:

En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo: hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos (ídem, p. 123).

Esta preocupación económica, de todos modos, desplazaba para más adelante —para una tercera etapa, suponemos— la apertura política, el tiempo de los derechos políticos ampliados. Para Alberdi, las necesidades propias de la época requerían la obtención de “ilimitadas y abundantísimas” libertades económicas, al mismo tiempo que libertades políticas limitadas¹.

Otras figuras decisivas en el constitucionalismo regional, como el venezolano Andrés Bello, o el colombiano José Ernesto Samper, coincidían con esa línea de análisis alberdiano. Bello —el gran autor del famoso Código Civil chileno, de 1852— consideraba que el momento exigía ocuparse de los derechos civiles, porque la ciudadanía se encontraba entonces, en su opinión, más preocupada por los derechos de propiedad (que tendría más que ver con la vida cotidiana de cada uno), que por el derecho de sufragio (que tendía a asociarse con cuestiones más bien alejadas de la vida común)². Ideas similares encontramos en el colombiano Samper, para quien podía resultar razonable la limitación de los derechos políticos, en tanto ello fuera una condición necesaria para consolidar ciertas libertades básicas imprescindibles y prioritarias (Valencia Villa 1992, 154-5).

La confluencia entre estos pensadores reflejaba, en verdad, una coincidencia mucho más amplia, que abarcaba a buena parte de la dirigencia política de la época. En efecto, el esquema institucional entonces defendido fue resultado del encuentro

1 “No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas de adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*”. JUAN BAUTISTA ALBERDI, “Sistema económico y rentístico,” en ALBERDI (1920), t. XIV, pp. 64-65.

2 “Los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades. Ni puede ser de otra manera: los primeros son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco, cuando los negocios que deciden nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes” (JAKSIC, 2001, p. 212).

entre las dos principales fuerzas políticas de la época –liberales y conservadores– que en toda América Latina comenzaron a unir sus fuerzas, luego de décadas de sangrientos enfrentamientos entre los miembros de una y otra facción³.

LA “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN: UN ESQUEMA EXCLUYENTE

El período que se extiende desde mediados hasta fines del siglo XIX en América Latina puede ser considerado el “momento fundacional” del constitucionalismo regional. Fue entonces cuando se dio forma a lo que en buena medida sigue siendo la *matriz fundamental* del constitucionalismo latinoamericano. En particular, allí quedó definida la estructura básica de la organización constitucional del poder –esto es decir, la “*sala de máquinas*” de la Constitución–. La forma de esa “sala de máquinas” fue resultado, entonces, de un pacto liberal-conservador. Dicho pacto, como veremos, se traduciría en órdenes constitucionales antiestatistas⁴; muy protectivos de ciertos derechos civiles (que, como señalaba Alberdi, ponían un especial acento en las libertades económicas –principalmente, protecciones a la propiedad y los contratos–) y, a la vez, muy restrictivos en materia de libertades políticas. Este nuevo y crucial acuerdo constitucional se distinguiría por lo que el mismo incluiría y por lo que dejaría fuera del acuerdo fundamental de la época: tanto los asuntos relacionados con la expansión de las *libertades políticas*, como todo lo relacionado con la denominada *cuestión social* –los problemas derivados de una situación marcada por injustas desigualdades–.

Los modos en que el constitucionalismo latinoamericano decidió limitar las “libertades políticas” de las que hablaba Alberdi, Samper o Bello fueron varios. Algunos de ellos muy típicos del Derecho regional, y otros más comunes y propios del constitucionalismo que llegaba de los Estados Unidos. Dentro de las limitaciones típicamente impuestas en América Latina, mencionaría dos en particular. En primer lugar, la limitación del derecho a la participación política y, en segundo lugar, las limitaciones relacionadas con un sistema político de autoridad concentrada, y por tanto restrictivo de la participación autónoma de las mayorías. De la Constitución norteamericana, según veremos, provendría el “molde” básico del constitucionalismo latinoamericano, que se distinguiría por una sobre-presencia

3 Una pregunta importante que aparece entonces es qué es lo que pudo explicar este repentino encuentro entre facciones enfrentadas. Aquí no me adentraré en el análisis de la cuestión, pero sugeriré en todo caso una posible respuesta, al menos parcial, a dicha pregunta, y que tiene que ver con la creciente presencia de fuerzas radical-democráticas, que comenzaban a reproducir en América Latina los reclamos que se habían hecho conocidos en Europa, con las revoluciones democráticas de 1848 (THOMSON, 2002).

4 Constituciones que, como gráficamente lo expondría el colombiano Samper, se caracterizarían por promover un orden “espontaneísta, antiolectivista, y sobre todo antiestatista” (JARAMILLO URIBE, 1964, p. 50).

de controles, especialmente orientados a “contener” los impulsos “mayoritaristas” del sistema político⁵.

Restricciones directas sobre el sufragio. Sobre el primer tipo de limitaciones, mencionaría que los mecanismos restrictivos del voto fueron diversos, y también distintos para el caso del voto activo (el derecho a elegir) y pasivo (el derecho a ser elegido). Estas restricciones incluyeron, además de las limitaciones informales, como la supresión de las prácticas asamblearias (expresada, por caso, en el cierre de los Cabildos existentes en Buenos Aires, Ternavasio, 2002); el fraude y el uso directo de la fuerza (prácticas demasiado comunes en aquellos años), la exclusión de quienes no sabían leer y escribir, o que no contaban con cierto respaldo económico o posición social. También fue común que se les prohibiera el voto a las mujeres, los esclavos, los niños y aun a los hijos solteros, sirvientes y empleados domésticos. El lugar de residencia (*i. e.*, el voto limitado a los “vecinos” –la gente “decente” en los hechos–), la nacionalidad y hasta la proveniencia étnica también devinieron en razones justificatorias de la exclusión política. Las restricciones relativas al derecho a ser elegido resultaron, por lo normal, todavía mayores que las existentes para el caso de los electores. Aquí aparecieron limitaciones relacionadas con la edad, el ingreso, la propiedad y la capacidad, destinadas a asegurar la elección de los “notables” (ver, por ejemplo, Sábato, 2010; Sábato y Lettieri, 2003). El establecimiento de elecciones indirectas también fue una manera en que, en toda América, se limitaron los derechos políticos de las mayorías. Según Elías Palti, a través de las elecciones indirectas se pretendía transformar el voto, meramente, en “un mecanismo de selección de *los mejores*”, que daba al gobierno representativo el carácter de una “*aristocracia electiva*” (Palti, 2007, 206, cursivas en el original)⁶. Limitaciones como las citadas determinaron que los derechos políticos básicos resultaran, en los hechos, y durante largas décadas, concentrados en un porcentaje muy minoritario de la población⁷.

Restricciones basadas en la concentración del poder. Si las primeras restricciones referidas lo fueron “por abajo” (al afectar los derechos de participación política del electorado), estas segundas se caracterizaron por establecer limitaciones “por arriba,” esto es, por ser limitaciones relacionadas con el vértice del poder político, y que implicaron concentrar la máxima autoridad política en una sola persona,

5 El convencional constituyente argentino Benjamín Gorostiaga expresó entonces que la Constitución por ellos redactada “ha sido vaciada en el molde de los Estados Unidos”.

6 Finalmente, tanto el carácter no obligatorio del voto como, sobre todo, su carácter público o no secreto, conspiraron contra la posibilidad de contar con una participación popular amplia en las elecciones: eran muchos los que temían exponer en público sus preferencias políticas, y así despertar, por caso, la ira de sus empleadores o la de sus adversarios políticos (en momentos en que, como dijéramos, la práctica de la violencia política estaba tan extendida).

7 Para el caso de Argentina, HILDA SÁBATO calcula un 25% de los habilitados para hacerlo, que representaba a su vez a menos de un 5% del total de la población (Sábato 2010, p. 40).

encarnada por el Poder Ejecutivo. La decisión de concentrar el poder sobre el presidente, constituyendo regímenes –así llamados– hiperpresidencialistas representó una variedad típicamente latinoamericana, dentro del constitucionalismo dominante en la época. Dicho cambio fue justificado por la especial necesidad que encontraron los líderes latinoamericanos de resistir los riesgos de la anarquía, la disgregación, y los levantamientos de masas lideradas por caudillos autoritarios. En su obra más importante, las *Bases*, Juan Bautista Alberdi propuso abiertamente alejarse del modelo norteamericano en todo lo relativo a la organización del Poder Ejecutivo, para emular el ejemplo propiciado por Juan Egaña en Chile, desde la autoritaria Constitución de 1833 –Constitución que se había convertido en ejemplar en toda América Latina, por favorecer la estabilidad política en un continente caracterizado por la falta de ella–. Para Alberdi, el ejemplo chileno había permitido reconocer que “entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano” (Alberdi, 1981, 181)⁸. Fue así que en Argentina, como en una mayoría de países de la región, se diseñaron Poderes Ejecutivos especialmente poderosos, que contaban –típicamente, y por ejemplo– con la facultad de declarar el Estado de sitio, y con el poder de disponer la intervención, aún militar, en los estados o provincias rebeldes –poderes estos que no eran aceptados en Constituciones más liberales, como la de los Estados Unidos.

Restricciones generales propias del constitucionalismo liberal. Condiciones como las analizadas hasta aquí fueron típicamente propuestas, en América Latina, por grupos conservadores o liberal-conservadores. Ellos defendían ahora, como lo habían hecho siempre, la organización de un poder concentrado, con una ciudadanía alejada del manejo directo de los asuntos públicos. Tales limitaciones se sumaron a otras, más propias de la tradición constitucional norteamericana, de raigambre más liberal. Estas limitaciones se originaban en la habitual resistencia del liberalismo frente a los riesgos y excesos propios del mayoritarismo –el drama de las “facciones” mayoritarias, que era el que obsesionaba a James Madison– que llevaron a la conformación de sistemas institucionales típicamente contramayoritarios⁹.

De modo muy resumido (sobre un tema que requeriría un amplio trabajo por separado), podría señalar que el “molde” del constitucionalismo liberal que llegó a América Latina desde los Estados Unidos se caracterizó por i) un *sistema representativo* (diseñado a partir de un presupuesto de “desconfianza” en cuanto a las

8 Liberales y conservadores dieron lugar, así, y de manera paulatina, a la formación de un sistema de gobierno peculiar, desafiante del más clásico modelo de “frenos y contrapesos” –un sistema que Carlos Nino denominara hiperpresidencialista (NINO, 1997).

9 En efecto: el riesgo impuesto por una facción minoritaria opresiva era menor, porque a ella se la podía vencer con el voto adverso.

capacidades políticas de las mayorías), caracterizado por las ideas de “distinción” y “separación” entre representantes y representados¹⁰; ii) una concepción sobre los controles al poder —elemento definitorio del constitucionalismo liberal— en donde los *controles* “endógenos” u “horizontales” predominaban largamente sobre los controles “exógenos”, “populares”, que quedaban reducidos habitualmente al voto periódico, ejercido cada varios años;¹¹ iii) un *sistema de “frenos y contrapesos”* —el corazón del sistema de controles internos— orientado a canalizar institucionalmente los conflictos entre distintos sectores de la sociedad, evitando las “mutuas opresiones”;¹² iv) un Poder Judicial que tendió a expandir paulatinamente su propio poder, hasta ganar no solo la capacidad de *invalidar* las decisiones de los poderes políticos, sino también la de pronunciar la “*última palabra*” institucional¹³, y v) un sistema de acceso a los tribunales muy limitado, que llegó a incluir exigencias muy costosas, en términos económicos y de gestión, para el ingreso a los mismos¹⁴.

Llegados a este punto de nuestro análisis, entonces, tenemos un esquema general del modo en que resultó moldeado el constitucionalismo americano, en su variante latina: un sistema que se expresaba en Constituciones que, por un lado, retomaban los rasgos liberales del constitucionalismo del “equilibrio”, los límites al poder (sobre todo al poder de las mayorías) y la neutralidad (religiosa), propios del modelo de los Estados Unidos; y que, por otro lado, impulsaban medidas propiamente conservadoras, como lo eran el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, las fuertes restricciones a la participación popular o la opción por un Estado más comprometido con la cuestión religiosa. En estas contradicciones quedó moldeado el constitucionalismo latinoamericano, al menos hasta comienzos del siglo 20, en donde el estallido de los temas sociales y políticos hasta entonces postergados forzaría cambios decisivos dentro de la propia estructura constitucional.

10 Ideas estas que contrastaban con las nociones de “dependencia” —del representante en el representado; del representante como “embajador” o “delegado”; y del sistema político como “espejo” de la sociedad (MANIN, 1997).

11 Ello, en reemplazo de alternativas previas, también aplicadas, que multiplicaban las instancias del control popular a través de asambleas populares, mandatos imperativos, instrucciones a los representantes, revocatoria de mandatos, rotación obligatoria en los cargos, elecciones anuales, etc.

12 Se trataba de un sistema menos preocupado por preservar el lugar central del Poder Legislativo, dentro de la estructura de poderes (como era propio de los sistemas de “separación estricta” propiciados por los grupos más radicales), que por dotar a cada rama del poder de “herramientas defensivas” equivalentes, de forma tal de evitar el predominio de una sobre las otras.

13 De ese modo, el Poder Judicial abrió espacio para la habitual crítica referida al “carácter contramayoritario” del mismo (BICKEL, 1962).

14 Así, se hizo necesario contar con un abogado, pagar tasas, cumplir con formalismos crecientes; se establecieron rígidas condiciones relacionadas con el *standing* o la legitimidad necesarias para litigar, que se reservaron muy comúnmente para aquellos directamente afectados por una determinada normativa.

II. “PUEBLO” Y DERECHOS

La organización constitucional en general, y la situación de los derechos políticos y sociales, en particular, cambiaría significativamente con la llegada del siglo 20. Si es que aceptamos, siguiendo a Alberdi, que el “primer Derecho constitucional” de la región estuvo dedicado al problema o “drama” de la independencia; y el segundo a atender el “drama” del desierto y el atraso económico; en la nueva etapa –tercera– que se abría, el Derecho constitucional iba a estar dedicado a resolver fundamentalmente cuestiones políticas y sociales que habían sido explícitamente dejadas de lado durante el siglo fundacional del constitucionalismo latinoamericano, incluyendo el acceso de la mayoría al voto, y el resguardo a los grandes dramas derivados de la llamada cuestión social.

SUFRAGIO UNIVERSAL, CONSTITUCIONALISMO
SOCIAL Y EL PECULIAR INGRESO DE LA CLASE
OBRERA EN LA CONSTITUCIÓN

La nueva atención dedicada a los viejos temas postergados –las genuinas aspiraciones políticas y sociales de la mayoría de la comunidad– no fue producto de un mero cambio en la actitud o voluntad de la clase dirigente, sino de un largo proceso marcado por la crisis política y las luchas sociales. La crisis en cuestión era la crisis del viejo paradigma dominante, el de “orden y progreso”, que había llegado a su punto máximo de desarrollo en la década de 1880–90, con la privilegiada asociación que muchos países latinoamericanos establecieron con la Corona Británica. Dicha asociación había producido importantes beneficios mutuos entre Gran Bretaña y América Latina, que quedaron traducidos en un extenso período de crecimiento económico y paz social, conseguido gracias a la contribución económica de las materias primas locales y la garantía política ofrecida por gobiernos de mano dura, capaces de asegurar un férreo disciplinamiento social (Halperín Donghi, 1993).

Con el comienzo del siglo xx, sin embargo, todo aquel viejo proyecto exitoso empezó a crujir. Los nuevos tiempos estarían marcados por la debacle económica del orden internacional, que vendría acompañada por la creciente movilización de los sectores subalternos, que cuestionarían tanto el carácter represivo de los gobiernos de “orden y progreso,” como también la injustificable postergación política y social de la que eran víctimas. Los principales beneficios del antiguo orden habían sido apropiados por las clases dirigentes, y ahora que estallaba una radical crisis económica, que afectaba a buena parte de Occidente, los sectores subalternos pasaban a ser los primeros y principales perjudicados por el cambio de paradigma.

En términos legales, hubo un primer gran hecho diferencial, entre el nuevo siglo que comenzaba y el anterior, que estuvo dado por la llegada *efectiva y progresiva*

del sufragio universal. Hablo de llegada *efectiva* porque el derecho al sufragio ya había sido adoptado en una diversidad de Constituciones, desde el siglo XIX (en algunos casos muy tempranamente, como en la Argentina, Colombia o Nicaragua), pero en todos los casos, y por diversas razones (que incluían limitaciones formales o informales, incluyendo al fraude), la potencia de dicho instrumento había resultado diluida: el mismo recuperaría su fuerza recién en el nuevo siglo. Y hablo de la llegada *progresiva* del sufragio, porque el mismo no se impuso, en un momento y de modo pleno, en la región, sino que en diversos países se fue instalando y abriendo de modos diferentes, y normalmente en etapas sucesivas. Fue común, por caso, que primero se estableciera el sufragio masculino; que el sufragio femenino se adoptara a partir de los años 50 y 60; y que —en países con niveles altos de analfabetismo, como Brasil, Ecuador y Perú— se extendiera el sufragio a los grupos analfabetos recién hacia fines del siglo XX (en los 70 y 80). En definitiva, la extensión del sufragio implicó un cambio enormemente significativo en la vida pública de la región, aún cuando los efectos del mismo se expresaran gradualmente, y de modos diferentes en los distintos países (ver cuadro 1).

Junto con las referencias anteriores, vinculadas con el sufragio y la extensión de los derechos políticos, debemos hacer alusión a los cambios que aparecieron en materia de derechos sociales. En relación con esta historia puede marcarse, sin dudas, una fecha como momento definitivo de ruptura con el viejo orden social. Este momento es el que se dio en México, a partir de 1910, y con los primeros alzamientos revolucionarios, que culminarían con el dictado de la (en algún sentido también revolucionaria) nueva Constitución social. En México, en efecto, y desde comienzos del siglo, se habían producido movilizaciones de sectores obreros, campesinos e indígenas que actuarían, en ocasiones, en coordinación con grupos más politizados, de raíces socialistas, comunistas o anarquistas. Todos ellos repudiaban el orden político vigente, encabezado por el autoritario caudillo Porfirio Díaz, quien, en los hechos, y por más de 30 años (desde 1876), había conducido los destinos del país como un dictador. Los acontecimientos que se sucedieron en estos años de crisis terminal del paradigma de “orden y progreso” resultarían, en muchos casos, extraordinarios pero, para los propósitos de este trabajo, me referiré exclusivamente al dictado de la Constitución de 1917.

La Constitución de 1917 representó un hecho fundamental para el constitucionalismo mundial, ya que ella fue la primera Constitución en el mundo que incorporó en su texto, de manera explícita y muy extensa, una larga lista de derechos sociales¹⁵. De este modo, la Constitución de México de 1917 inauguró el llamado *constitucionalismo social*, que pasaría a ser marca de identidad del constitucionalismo

15 Se trató, entonces, de una Constitución pionera, que apareció en un momento muy especial en el mundo, cuyo nacimiento fue más o menos contemporáneo con el dictado de la Constitución de la República de Wei-

latinoamericano, desde entonces y hasta hoy. En el caso de México, la respuesta dada por la Constitución de 1917 aparecería no solo como respuesta pionera, dentro de la región, sino también como la más radical de todas las que vendrían luego¹⁶. En particular, dentro de la Constitución de 1917 destacarían el artículo 27, que vendría a nacionalizar las riquezas del subsuelo y dar contenido a la reforma agraria, y el muy extenso artículo 123, que establecería la protección de los trabajadores y reconocería entidad a los sindicatos¹⁷.

Ahora bien, aunque es cierto que las innovaciones sociales incorporadas por la Constitución de 1917 representaron un adelanto fundamental en el Derecho regional, también debemos tomar nota de las importantes limitaciones del proyecto en curso. Sintéticamente, lo que diría es que *el notable cambio incorporado por el constitucionalismo regional en materia de derechos, no se tradujo en un cambio de rango similar en materia de organización del poder*. En otros términos, si tomamos en cuenta las dos partes centrales en que se divide cualquier Constitución —una parte que organiza el *bill* de derechos y otra que define la *organización del poder*—, podemos reconocer que el extraordinario avance producido en América Latina desde comienzos del siglo XX afectó centralmente a la sección de los derechos, pero no a la referida a la organización del poder¹⁸.

Finalmente, lo ocurrido en México, en 1917, ilustra un caso bastante más general, que encontraría una clara continuación en todo el resto de América Latina. Para sintetizar con alguna imagen lo ocurrido, podría decirse que desde entonces

mar, en 1919; la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también en 1919, y el paulatino crecimiento del llamado Estado de Bienestar y de la visión económica keynesiana.

- 16 Aunque, cabe notarlo también, la Constitución mexicana aprobada en Querétaro representaría la versión más moderada y “contenida” de las elaboradas por el embrionario constitucionalismo mexicano de la Revolución, primero en Ayala, y luego en Aguascalientes.
- 17 Según el constituyente Pastor Rouaix, uno de los responsables intelectuales del carácter social de la Constitución, estos artículos “fueron el resultado del radicalismo revolucionario... que estaba en todas las conciencias después de las sangrientas luchas que habían transformado a la sociedad mexicana” (ROUAIX, 1959, p. 238).
- 18 La Constitución apareció marcada entonces por un cisma interno, que no resultaría inocuo en relación con el funcionamiento de la misma —se trataría de una Constitución con dos almas—. En esos años, el muy destacado jurista mexicano EMILIO RABASSA describió la Constitución de 1917, justamente, como “un documento con dos partes bien definidas: la liberal y la social”, que pretendía combinar la “filosofía política de (la Constitución) de 1857”, con nuevos aspectos de contenido social, exigidos por los crecientemente influyentes sectores marginados, partícipes de la Revolución social del momento (RABASSA 1986, p. 97). La parte “liberal” de la que hablaba Rabassa remitía a una organización del poder más bien cerrada, anti-rousseauiana si se quiere, hostil al mayoritarismo que se asociaba con los movimientos revolucionarios locales. Rabassa atribuía este proyecto constitucional al líder político por entonces dominante, Venustiano Carranza. En los hechos, Carranza impulsaría un ordenamiento constitucional distinguido por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo (y, en este caso, la ampliación de su base de legitimidad, a partir de la elección directa del presidente), que se alejaba de los aspectos más parlamentarios que el propio Carranza le atribuía a la Constitución de 1857 —más propios de Inglaterra, Francia o España, según decía—. En México, todavía resultaba necesario el recurso a “gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden” a “poblaciones indisciplinadas” (RABASSA, p. 371). En definitiva, el espectacular desarrollo constitucional mexicano, en términos de derechos sociales, venía de la mano —ante todo— de un reforzamiento de los poderes presidenciales en democracia.

el constitucionalismo regional “democratizó” la sección de los derechos constitucionales, a la vez que fortaleció los rasgos más “verticalistas” o “concentrados” de la sección constitucional referida a la organización del poder. O, para utilizar una imagen sociológica, también visible y simple, podríamos decir que lo que ocurrió entonces fue que *la clase obrera ingresó por primera vez en la Constitución, pero que lo hizo exclusivamente a través de la sección de los derechos, y no a partir de la decisiva área referida a la organización del poder*. En otros términos, las reformas constitucionales latinoamericanas se destacaron por las vanguardistas reformas que introdujeron en materia de derechos, a la vez que dejaban la “sala de máquinas” de la Constitución cerrada a la clase obrera.

Ya me he ocupado en otro lugar, y de modo extenso, del modo en que América Latina emuló, poco a poco, el fenómeno constitucional mexicano (Gargarella, 2013). Aquí simplemente recordaría que, poco después del dictado de la Constitución mexicana, varios países de la región optaron por sumarse a este camino más “social,” incorporando en sus textos extensos y profundos compromisos sociales, traducidos en derechos sociales, económicos y culturales. Así ocurriría en Bolivia en 1938; en Cuba en 1940; en Ecuador en 1945; o en Costa Rica también en 1949. Particularmente, los casos de Argentina y Brasil destacarían, en esta etapa, como los otros dos grandes ejemplos de la llegada del constitucionalismo social a la región. Uno de ellos, el de Argentina, estuvo marcado por la presencia del presidente Juan Domingo Perón, y el otro, el de Brasil, por la figura del líder popular Getulio Vargas. Ambos presidentes promovieron el dictado de pioneras constituciones sociales, que incluían un reforzamiento de los poderes presidenciales, junto con numerosas y robustas cláusulas dedicadas a los derechos de los trabajadores, los sindicatos, la organización familiar o la propiedad de los recursos naturales: Perón en 1949; Vargas en 1934 y 1937. Las Constituciones del caso fueron, al mismo tiempo, ejemplo de un constitucionalismo de claro perfil social que a la vez confirmaba la presencia de gobiernos de autoridad concentrada.

CLÁUSULAS DE INCLUSIÓN POLÍTICA EN UN CONTEXTO POLÍTICAMENTE EXCLUYENTE

Si el primer gran intento de cambio, en el cerrado constitucionalismo regional, se orientó a incorporar largas listas de derechos sociales dentro del molde de las viejas Constituciones, el segundo provino de reformas que llegaron a finales del siglo 20, con la pretensión de reforzar un proceso de *inclusión política* que era considerado aún muy limitado. Ese proceso de inclusión política había sido inaugurado a comienzos del siglo XX, con la pretendida inclusión de la clase obrera en la Constitución. Aunque limitado y frustrado, el mismo había implicado ciertos pasos adelante en relación con los sectores trabajadores que, al menos, habían visto

reconocidos sus derechos en el texto constitucional. A fines del siglo XX, y a partir de una concepción del Derecho y la democracia todavía limitadas, los constituyentes latinoamericanos quisieron expandir aquel proceso inclusivo, incorporando en el texto constitucional a los sectores que más notablemente habían quedado al margen del primer movimiento de cambio. Las nuevas Constituciones de finales del siglo XX se abrieron entonces a los sectores indígenas; incorporaron referencias al multiculturalismo; hablaron de modo más explícito de los derechos de las mujeres; hicieron referencias a las minorías sexuales (Bergallo, 2011; Ramírez, 2006; Yrigoyen Fajardo, 2011). La Constitución se abrió así a los grupos postergados entre los postergados —a aquellos que no habían sido “recuperados” en la primera oleada de reformas (que había concentrado sus energías, especialmente, en los desplazados del mundo del trabajo)—. Pasábamos así de Constituciones que habían puesto el acento en *cuestiones político-sociales* a nuevas Constituciones que acentuaban más las *cuestiones identitarias*.

Este segundo y también significativo proceso de cambio apareció inscrito en un paradigma renovado. Dentro de este nuevo paradigma, de inclusión y participación políticas, destacaron algunas reformas excepcionales y tardías, destinadas a extender el sufragio a sectores antes injustamente excluidos del mismo (*i. e.*, iletrados). Más relevantes fueron, en cambio, las numerosas medidas destinadas a incorporar mecanismos de participación popular directa (como las que Uruguay incluía como práctica al menos desde 1917), y que aparecieron por primera vez en las Constituciones de Brasil de 1988 (plebiscito, referéndum, iniciativa popular); Colombia de 1991 (referéndum, plebiscito); Paraguay de 1992 (referéndum, iniciativa popular) o Argentina de 1994 (referéndum, plebiscito y consulta popular).

Iniciativas como las mencionadas representan solo algunos ejemplos de las diversas propuestas participativas incorporadas por las nuevas Constituciones latinoamericanas. Las mismas, por lo demás, ofrecieron novedades aún más fuertes con el último constitucionalismo regional, que incluye las Constituciones andinas de Bolivia 2009, Ecuador 2008 y Venezuela 1999^[19]. De modo especialmente notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización “tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado, cual es la de la “transparencia y control social”. A través de esta instancia, se coordina a todos los organismos de control y se promueven formas diversas de la participación po-

19 La Constitución Boliviana destaca, frente a las otras dos, por otra razón, y es que ella es la más directamente abocada a resolver el gran “drama” (bien identificado) que ha venido afectando a la vida pública del país desde su independencia al menos, cual es el drama de la marginación indígena, lo que implica decir la sección mayoritaria del país, históricamente olvidada o postergada por el constitucionalismo local. Dicha integración —coronada con la elección de un Presidente indígena— alcanza aún a un peculiar reconocimiento de los derechos de la naturaleza, o al propio Tribunal Constitucional Plurinacional, en donde al menos dos de sus siete miembros debe provenir del sector indígena de la población.

pular (que incluyen la facultad popular de revocar un mandato, o las instrucciones obligatorias —la misma Constitución se asume como fijando pautas irrenunciables, que autorizan la revocatoria de los mandatos de quienes no cumplen con su voluntad)²⁰. El caso de Venezuela también nos ofrece un ejemplo importante, en el sentido señalado. Otra vez, nos encontramos con un texto amplio en términos de participación popular. La Constitución abre un amplio campo a la participación, en la sección de los derechos políticos, reservando 4 artículos (del 71 al 74) a regular el “referendo popular”. De modo significativo, y por caso, el art. 72 de la Constitución dispone que:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Vuelve a plantearse, entonces, una pregunta en torno a la productividad o no de las reformas. Quisiera responder a esta pregunta, en lo que sigue, concentrando mi atención en cuestiones que trascienden a los particulares actores y países de donde provienen dichas reformas, para vincularse con preocupaciones más estructurales.

DERECHOS INCLUYENTES VS. PODER CONCENTRADO

El balance que podemos hacer, luego de las largas décadas de vida que lleva el constitucionalismo social en América Latina, y los varios años que llevan las reformas orientadas a favorecer la participación política, no es positivo en general, aún cuando sea necesario distinguir entre unas y otras reformas. Y ello, no solo por razones externas al constitucionalismo, sino también por razones internas a él. Según diré, *el Poder Judicial tendió a poner freno a los derechos sociales, como el poder político tendió a hacer lo propio con los nuevos derechos políticos*, en modos que no debieran resultar sorprendidos, a la luz de la naturaleza propia de la estructura institucional existente.

La situación resulta especialmente clara en relación con el constitucionalismo social, por lo cual comenzaré por referirme a este. Respecto del mismo, hay una primera cuestión que debe analizarse, y que nos interroga acerca de por qué es que esos nuevos derechos quedaron “durmiendo” en nuestras Constituciones, durante tanto tiempo, a pesar de los años que llevan inscritos en ellas; la cantidad de países que los inscribieron en sus textos; el ímpetu con que fueron incorpo-

20 Sin embargo, y frente a tales posibilidades, habrá que decir, en primer lugar, que la salida de la *muerde cruzada* puede darse una vez; es en extremo dramática; requiere de un altísimo porcentaje de votos (dos tercios de los asambleístas); e involucra la “muerte” en el cargo de sus propios promotores.

rados en nuestras Constituciones, y el modo en que fueron ratificados dentro de las mismas, sistemáticamente, cada vez que llevamos a cabo un nuevo proceso de reforma constitucional²¹.

La dificultosa vida de los derechos sociales en la región tiene que ver con muchas cosas, pero aquí me centraré muy especialmente en el peso adquirido por el Poder Judicial en esta historia. Resumiendo drásticamente una historia sinuosa y compleja, diré que el Poder Judicial jugó un rol protagónico en la agonía (y posterior resurrección) de los derechos sociales propios del constitucionalismo latinoamericano. Durante décadas, fueron los jueces los que, en una amplísima mayoría, se dedicaron a señalar que los mismos eran derechos de segunda categoría, y como tales no directamente “aplicables” (*enforceable*) por los tribunales. Ello, luego de considerar a los mismos como categorialmente distintos de los derechos de “primera generación”; luego de señalar a los mismos como los únicos que importaban costos económicos muy altos, para su implementación; y luego de concluir que —a la luz de tales implicaciones presupuestarias— eran los poderes políticos, y no los tribunales, los encargados de lidiar con esos derechos. Y fueron los jueces, también, los que, acorralados por una creciente movilización social, nuevos desarrollos doctrinarios, algunos cambios institucionales y un creciente fenómeno de internacionalización del Derecho (que llegó con nuevas demandas de justicia social), lentamente ayudaron a poner de pie algunos de aquellos viejos derechos sociales adormecidos (Abramovich y Curtis, 2002; Bonilla, 2013; Gargarella, Domingo y Roux, 2006; Langford, 2008).

Trabas similares a las que impuso el Poder Judicial sobre el desarrollo de los derechos sociales, durante décadas, son las que impuso el poder político —y el Poder Ejecutivo en particular— sobre el crecimiento de los más recientes derechos vinculados con la participación política, en los últimos años. En otro trabajo, he apoyado esta afirmación con ejemplos provenientes de los países más salientes en la consagración de derechos constitucionales para la participación popular. Lo que he intentado demostrar es el modo sistemático en que esos derechos fueron bloqueados o socavados por los poderes políticos, y muy en particular por el Poder Ejecutivo concentrado, que estas nuevas Constituciones terminaron por fortalecer (Gargarella 2010; Echeverría 2009; Ávila Santamaría 2011). En ocasiones, dichas limitaciones provinieron de los Poderes Legislativos, que se negaron a reglamentar las cláusulas participativas que habían sido incorporadas en la Constitución (*i. e.*, en relación con la reglamentación del plebiscito, en Argentina, Zayat 2011); en otras, los Ejecutivos concentrados vetaron las iniciativas populares destinadas a poner en práctica las cláusulas constitucionales participativas, o tomaron medidas destinadas a socavar directamente esos

21 Una segunda pregunta, sobre la que también trataré de decir algo, se refiere a por qué, muy lentamente, esos derechos que quedaron “adormecidos” desde su dictado, y durante décadas, fueron despertando de su largo sueño, hacia fines del siglo xx.

nuevos derechos (i.e., en relación con la elección popular de jueces, en Ecuador); y en otras más, los gobiernos locales o las autoridades de gobierno, bloquearon o privaron de sentido a las medidas participativas implementadas (i.e., el derecho de consulta a las comunidades afectadas por emprendimientos mineros, como en Perú o Colombia).

Todas estas limitaciones –algunas, relacionadas con el alcance de los derechos sociales; otras, relacionadas con el alcance de los nuevos derechos políticos– nos hablan, entre otras cosas, del modo en que *una sección de la Constitución terminó activándose para bloquear desarrollos propios de la sección contraria*. Más específicamente, ejemplos como los citados dan cuenta del modo en que los nuevos derechos constitucionales tendieron a ser limitados o socavados por iniciativas provenientes de una organización del poder concentrada, y muy desvinculada del control ciudadano.

Desde parámetros como los descritos, parece claro, la fórmula contemporánea que pretende transformar cada nueva necesidad social que se reconoce, en un nuevo Derecho constitucional, se presenta como limitada y superficial. Para nuestros antecesores, según veremos, resultaba claro que ni bastaba la creación de un nuevo derecho para atender satisfactoriamente una determinada necesidad social desde el aparato jurídico, ni mucho menos era concebible el diseño de una estructura de derechos sin una base asentada en la participación y movilización sociales.

III. “PUEBLO” Y PODER

En lo que sigue, examinaremos algunos de los varios intentos significativos que se propusieron o llevaron a cabo, en los últimos tiempos, con el objeto de revitalizar una práctica institucional todavía demasiado ajena a la “decisión y control” populares. La idea de estas reformas –potenciales o reales– puede ser redescrita, en todos los casos, como una forma de colocar efectivamente al “pueblo” en el centro de la Constitución. En parte, los cambios y propuestas que vamos a explorar aparecieron en reacción a las dificultades propias de los intentos anteriores (*i. e.*, creación de derechos sociales y participativos). A diferencia de las reformas examinadas previamente, las que exploraremos aquí tuvieron una virtud en común: todas ellas se animaron a trabajar sobre la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que las reformas anteriores se habían realizado, más bien, de espaldas a aquella. En otros términos, mientras las reformas previamente examinadas se ocuparon, sobre todo, de reformar el abanico de los derechos constitucionales, las nuevas operaron directamente sobre la organización del poder. El primero de esos intentos –alentado desde la política constitucional– consistió, fundamentalmente, en un nuevo tendido de puentes entre ciudadanos y tribunales, orientado a facilitar el acceso de los últimos a las cortes. El segundo –promovido de modo especial por la doctrina constitucional– se dirigió a revitalizar al Poder Legislativo, en particular,

otorgándole un papel más protagónico en la confección de las políticas públicas—. El último —motorizado desde el Derecho internacional— se dirigió a involucrar directamente a los grupos desaventajados, en la resolución de cuestiones públicas que les concernían directamente. Presento a continuación las iniciativas mencionadas, junto con una breve evaluación crítica de las mismas —destinada a balancear su potencia y alcances— en cada caso.

I. REVITALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

El primer tipo de iniciativas reformistas que vamos a repasar se relacionan con el Poder Judicial. Y aunque son muchas las medidas de cambio que se han impulsado en el ámbito judicial, aquí vamos a concentrarnos en el análisis de algunos cambios implementados en materia de acceso a la justicia. Ello, en razón de la influencia e impacto alcanzado por tales propuestas.

El repaso de la (en parte frustrada) trayectoria de los derechos sociales nos había ayudado a reconocer algunos de los diversos problemas que afectaban a la institución judicial. Se trataba, en buena medida, de problemas vinculados con la estructura judicial, y la (en buena medida buscada) “lejanía” entre sus miembros y el sector popular (lejanía orientada, por caso, a preservar la justicia de las disputas políticas coyunturales, *i. e.*, James Madison en *El Federalista* n.º 49). Por buenas o malas razones, lo cierto es que el diseño judicial acordado se caracterizó por la presencia de jueces seleccionados de forma muy indirecta; que en una mayoría de casos mantienen sus cargos de por vida, y que no están forzados a vincularse y a dialogar con la ciudadanía durante el ejercicio de su mandato. A tales circunstancias deben sumarse, por lo demás, las formas rugosas, complejas, de *acceso a los tribunales* —las cuales terminan por agravar la “distancia” señalada entre “justicia” y “pueblo”—. Estas dificultades de acceso incluyen costos económicos importantes para litigar; la obligatoriedad del recurso a un abogado; formalismos que generan distancia; restricciones al litigio colectivo, y derechos de legitimación (*standing*) muy limitados a aquellos que se encuentran “directamente afectados” por un cierto agravio.

La contracara de esta situación —que sirve entonces para confirmarla— es que cambios aún menores realizados sobre la estructura del Poder Judicial pueden ayudar al fortalecimiento de los débiles vínculos existentes entre ciudadanos y jueces, y así a modificar —al menos en parte— los resultados de la justicia. Son este tipo de cambios los que se fueron imponiendo en diversos países latinoamericanos, orientados de modo muy especial a facilitar el acceso de los más desaventajados a la justicia.

En los países en donde se pusieron en marcha tales cambios, ellos sirvieron, de manera inequívoca, para motivar a los jueces a tomar casos que antes consideraban ajenos, y para orientarlos a decidir de un modo socialmente más consciente, tal

vez, a partir de la enorme cantidad de nuevos casos que han recibido, y que los han confrontado a problemas y presiones sociales que antes no confrontaban. En alguna investigación colectiva que hemos realizado con juristas del “sur global”, hemos podido reconocer la fuerte correlación existente entre los cambios producidos en materia de *standing*, costos y formalidades judiciales, y el surgimiento de una litigación social mucho más potente y de resultados mucho más alentadores (Gargarella *et al.*, 2006; también en Bonilla, 2013; Gauri y Brink, 2008; Langford, 2008).

Solo para mencionar dos casos que probaron ser históricamente muy importantes en la región, mencionaríamos los de Costa Rica 1989 y Colombia 1991. En el primero, una reforma constitucional propició un radical cambio en materia de legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, la reforma permitió que cualquier persona quedara autorizada a abrir un caso ante una nueva Sala del Tribunal Superior –la Sala IV– sin necesidad de recurrir a un abogado; sin necesidad de pagar ninguna tasa; sin necesidad de apearse a argumentos y reglas preestablecidas. La presentación puede ser hecha a cualquier hora del día, en cualquier lengua, sin importar la edad del reclamante, y puede ser escrita en cualquier soporte (Wilson, 2010). Los resultados de tales cambios fueron veloces y extraordinarios: en su primer año de funcionamiento, en 1990, el tribunal recibió 2.000 casos, que pasaron a ser 6.000 en 1996, 13.000 en 2002 y más de 17.000 en 2008: 200.000 casos en los primeros 19 años de funcionamiento –casi todos, en la actualidad, relacionados con la presentación de *amparos* (ídem, p. 68)–.

La situación descrita guarda paralelos significativos con lo ocurrido en el más alto escalón del Poder Judicial, en Colombia, con la reforma constitucional de 1991. En Colombia, como en Costa Rica, una reforma constitucional dispuso la creación de un nuevo organismo judicial –aquí, una Corte Constitucional que vendría a situarse junto a una ya existente Corte Suprema– que pasó desde entonces a jugar un papel absolutamente protagónico en el reforzamiento de derechos sociales, al menos hasta hace tiempos recientes (Bonilla e Iturralde, 2005; Cepeda, 1997; Lemaitre Ripoll, 2009; Rodríguez Peñaranda, 2005; Uprimny *et al.*, 2006). La creación de la nueva Corte colombiana vino acompañada, otra vez, de fuertes cambios en materia de litigio jurídico. Ello así, particularmente, a través de la *acción de tutela*²², que le permite a cualquier persona acceder a la justicia sin ninguna exigencia formal, sin la necesidad de incurrir en costos económicos, sin el requerimiento de contratar a un abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene un interés concreto

22 Aunque la tutela representa la más conocida e influyente de las nuevas vías de reclamo creadas por la reforma, no es la única, ya que la misma fue acompañada por la *acción popular*, la *acción colectiva*, o la *acción de incumplimiento*.

en el asunto por el que reclama. Lo que ocurrió a partir de la puesta en marcha del mecanismo fue explosivo, en Colombia tanto como en Costa Rica: La nueva Corte tomó 236 decisiones en su primer año de funcionamiento, 1992, y 10 años después su promedio estaba bastante encima de las 1.100 (un incremento de casi un 500%). En materia de tutela, la Corte recibió unas 8.000 demandas de protección, en su primer año, y para 2001 la cifra había alcanzado las 133.273 (el número se había incrementado unas 16 veces). El número de decisiones anuales promedio, por parte de la Corte Constitucional, resultó 16 veces más alto, también, que el de las que eran propias de la Corte Suprema antes de la llegada del nuevo tribunal²³.

Los resultados obtenidos en Costa Rica y Colombia, a partir de la radical apertura del Poder Judicial a la ciudadanía que se produjo en ambos casos, son sin lugar a dudas espectaculares: por el número de casos que llegaron a las cortes, por el tipo de casos, por las decisiones obtenidas. De todos modos, el balance más justo sobre lo ocurrido en todos estos años todavía está por hacerse. Por el momento, y desde aquí, propondría una conclusión doble, capaz de rescatar la ambigüedad que me motiva al explorar estos casos.

Por un lado, señalaría que lo ocurrido ratifica, del mejor modo, el tipo de análisis efectuado más arriba, cuando dábamos cuenta de los riesgos propios de mantener una estructura del poder separada de la ciudadanía, y sugeríamos las ventajas derivadas del recuperar el lugar central del “pueblo” en la Constitución. Lo que los ejemplos citados revelan es que la búsqueda distancia entre habitantes y jueces redundó no solo en una sistemática subejecución de los derechos sociales, sino en su directo rechazo desde la esfera judicial. Por ello mismo, la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia, con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera.

Por otro lado, sin embargo, también es cierto que tanto en Costa Rica como en Colombia –países que pasaron a constituirse en ejemplos mundiales en materia de litigio por los derechos sociales– los niveles de pobreza y desigualdad estructural permanecen básicamente inmodificados, luego de todos estos años de activo litigio. Peor aún, según algunos, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana han sido acompañadas por un directo deterioro de los ya inatractivos índices económicos y sociales (Lora y Scartascini, 2010) y, según otros, tales decisiones no impactaron siquiera en la jurisprudencia de los jueces inferiores a ella (López, 2006, p. 62)²⁴. Por supuesto, nadie sostiene que el litigio social debe ser capaz de provocar una radical transformación de la sociedad, sin la producción de otros cambios adicio-

23 Las cifras son de CEPEDA, 2004.

24 Agradezco el diálogo con Antonio Barreto en este punto.

nales, más allá del Derecho. Sin embargo, el contraste entre la espectacularidad de los cambios producidos en el ámbito judicial –arriba resumidos– y la permanencia (o el empeoramiento) de una estructura económico-social profundamente injusta, también llama la atención y nos da razones para preocuparnos.

Por lo demás, también es cierto que los cambios conseguidos dentro del ámbito de la justicia siguen resultando demasiado dependientes de los particulares integrantes del Poder Judicial que reciben esos casos, a la vez que la integración de los tribunales sigue estando demasiado ligada a la vieja estructura de poderes, en donde el presidente sigue jugando un papel decisivo. En ese contexto, las capacidades de la población para intervenir en el proceso litigioso, de modo colectivo, constante, y en diálogo con las diversas autoridades judiciales y políticas involucradas, siguen siendo limitadas en extremo. Como resultado, los litigios de tipo social, originados a partir de problemas estructurales colectivamente sufridos, siguen resolviéndose de modo demasiado habitual a través de litigios individualizados, que resultan sujetos al examen de expertos que los analizan de modo aislado en sede judicial.

Como resumen provisional, diría que la buena noticia que representan ejemplos como los de Colombia y Costa Rica, no alcanzan para alejarnos suficientemente de la tradicional “objeción contramayoritaria”, ni nos facilita razones para pensar en la producción de algún tipo de cambio estructural relevante, empujado desde el Derecho²⁵.

25 La “insuficiencia” propia de las propuestas anteriores para superar la llamada “objeción contramayoritaria” es lo que parece explicar el surgimiento de otras propuestas, orientadas ya no a mejorar el acceso de los ciudadanos a los tribunales, sino a permitir –directamente– la participación de los mismos en la selección de los magistrados. La Constitución que fue más lejos en dicho sentido fue la de Bolivia, que estableció un sistema de elección popular para los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia; el Tribunal Constitucional; el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. Corresponde decir, en todo caso, que tanto en razón del diseño de iniciativas como la boliviana, como por la esperable práctica que se desarrolló desde su puesta en marcha, una experiencia “democratizadora” de la justicia como la mencionada, ha resultado frustrante. El hecho es que, antes de la elección popular de los jueces, los candidatos deben ser preseleccionados por la “Asamblea Legislativa Plurinacional” (conforme al procedimiento establecido en el art. 182 de la Constitución), en donde cada uno de ellos debe llegar a obtener el apoyo de dos tercios de los miembros presentes en la Asamblea. El resultado obvio ha venido siendo que absolutamente *todos* los candidatos a ocupar los cargos judiciales abiertos a la elección popular fueran candidatos ofrecidos por el partido gobernante. Una reforma “democratizadora” impulsada en Argentina por la Presidenta Cristina Kirchner –una reforma finalmente declarada abiertamente inconstitucional por la Corte Suprema argentina, en la parte que aquí nos interesa– mostraba defectos de tonalidad semejante: se trataba de un procedimiento diseñado por el Poder Ejecutivo de turno para vincular la elección de los Consejeros de la Magistratura a las elecciones políticas del momento, que incluía exigencias destinadas exclusivamente a impedir que la oposición al gobierno presentase sus propios candidatos.

II. REVITALIZACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO

El segundo de los intentos que exploraré, destinado a recuperar lugar para el “pueblo” en la Constitución, no se originó en los ámbitos judiciales (como el primero), sino en la doctrina y la práctica del constitucionalismo. Este esfuerzo se ha orientado a revitalizar al órgano legislativo, volviéndolo a colocar en el centro del proceso de toma de decisiones democrático. Algunas de las iniciativas que se han generado en el área han tenido origen en el mundo anglosajón aunque, como veremos, ellas han encontrado pronto eco y continuidades en el constitucionalismo latinoamericano.

En buena medida, estos intentos de volver a poner al Congreso en el centro de la escena constitucional se debieron a la convicción de que el mismo había perdido relevancia, a expensas de las ramas del poder rivales. En el ámbito anglosajón, podría decirse, la pérdida de influencia del legislativo se debió de modo predominante, aunque no excluyente, a la creciente influencia ganada por el Poder Judicial en la práctica de nuestras democracias –sobre todo, a partir de que el mismo asentó su capacidad para invalidar los actos de los poderes políticos, y situó su propia palabra como “final” en el proceso decisorio. En el ámbito latinoamericano, la pérdida de protagonismo del legislativo se debió, de modo predominante aunque tampoco excluyente, al creciente peso que fue ganando el Poder Ejecutivo, diseñado desde sus orígenes como *primus inter pares*, dentro del esquema de “frenos y contrapesos”. Ya sea, entonces, por unas razones u otras, lo cierto es que el Poder Legislativo –considerado, desde el comienzo de su existencia, como “la rama más popular” o “más democrática” de la organización de poderes– perdió autoridad e influencia. Por ello mismo, aquellos interesados en una recuperación del lugar del “pueblo” en la Constitución vieron en el reforzamiento de los poderes del Congreso un modo apropiado de volver a situar al “pueblo” en el centro de la vida constitucional.

La adopción de la *notwithstanding clause* en Canadá –una cláusula que le permite al Congreso insistir con sus decisiones, pese a la negativa que le pueda fijar la justicia– y el paulatino desarrollo de un modelo *Commonwealth* de constitucionalismo, o –más en general– un modelo de *revisión judicial débil*, han contribuido a fortalecer la noción de que el Parlamento tiene un papel crucial que jugar, en la discusión constitucional (Hogg y Bushell, 1997; Hogg, Bushell y Wright, 2007; Sunstein, 2004, Tushnet, 2009, Waldron, 2006). Dicha recuperación del legislativo resultó en parte alimentada y en parte animada por desarrollos doctrinarios varios, dirigidos a resaltar la especial “dignidad de la legislación” (Waldron, 1999); a reivindicar la importancia y papel efectivos del Congreso, frente a las despiadadas críticas que este recibiera desde ciertas áreas del pensamiento académico (Tushnet, 1999) y, en todos los casos, a potenciar las tradicionales críticas “democráticas” a la institución del control judicial de la ley. Por lo demás, el desarrollo del así llamado *constitucionalismo popular* –una doctrina constitucional que implicaba, en parte, una relectura de la

historia del constitucionalismo— apoyó tales esfuerzos reivindicatorios dejando en claro, por caso, que los mismos eran compatibles con la mejor historia del Derecho constitucional (Kramer, 2004, 2005).

En América Latina, por su parte, las últimas décadas nos han permitido reconocer algunos esfuerzos doctrinarios y prácticos paralelos a los recién referidos. En los años 80, por ejemplo, se desarrollaron en la región una vasta cantidad de iniciativas prácticas y teóricas, destinadas a mostrar la posibilidad y deseabilidad de los esquemas parlamentarios. Dichas iniciativas —finalmente frustradas, en una mayoría de casos— encontraban su origen en la certeza de que el presidencialismo (o, más precisamente, lo que desde entonces se denominara el hiperpresidencialismo) había sido responsable principal de la recurrente inestabilidad democrática que había afectado a la región durante todo el siglo XX (Nino, 1987; Linz y Stepan, 1978; Linz y Valenzuela, 1994). Junto a los anteriores, encontramos también trabajos dirigidos a repensar el sistema institucional dominante en la región, desde una perspectiva comprometida con la democracia deliberativa²⁶. Derivados de tales núcleos, también, encontramos florecientes trabajos vinculados con el “constitucionalismo popular,” pero anclados en el estudio de casos y temas propios de la América Latina contemporánea (*i. e.*, Niembro y Alterio, 2013).

Todos estos esfuerzos representan, desde mi punto de vista, importantes pasos adelante en la discusión sobre el control de constitucionalidad y, en general, sobre el funcionamiento de nuestro sistema de toma de decisiones. Por lo demás, desde la perspectiva de este trabajo —orientada a recuperar un papel central para el “pueblo”, dentro del marco de la Constitución—, dichos estudios resultan más que bienvenidos. Ello es así, tanto por el modo en que parten del reconocimiento de las tensiones que se producen entre democracia y control judicial, como por el modo en que objetan el lugar postergado que nuestras democracias constitucionales han reservado para la rama más democrática del poder.

Dicho lo anterior, sin embargo, quisiera terminar de problematizar esta alternativa a la luz de las discusiones que hemos repasado más arriba. Y es que la reivindicación del órgano legislativo no puede hacerse sin llamar la atención sobre la enorme brecha que se ha creado —y expandido en la práctica— entre ciudadanos y representantes políticos; la ampliación del aparato administrativo del Estado; la falta de controles populares sobre dicho aparato administrativo; la carencia de instancias institucionales de diálogo entre pueblo y legisladores; la forma en que la comunicación pública y la comunicación política han quedado dependientes del dinero que se disponga para comunicar.

26 Los estudios del profesor argentino CARLOS NINO, en particular, han abierto importantes caminos y líneas de reflexión en este sentido (NINO, 1991, 1992, 1997), que se han continuado en el trabajo de algunos de sus discípulos.

Cuando advertimos la presencia de factores como los mencionados, luego no podemos sino señalar que la reivindicación del lugar del Poder Legislativo en la discusión constitucional no significa –ni debe tomarse siquiera como aproximación a– la reivindicación del lugar del “pueblo” en dicha discusión constitucional. Por el contrario, los desarrollos que hoy podemos ver de estas “nuevas formas de constitucionalismo” nos dejan enfrentados a sistemas de funcionamiento complejo, no siempre transparente, de difícil comprensión para el ciudadano común, y destinados a quedar, por tanto, en manos de expertos. En definitiva, muchos de quienes criticamos a las maneras tradicionales de control judicial, defendiendo la necesidad de “quitar la Constitución” de las (exclusivas) “manos de la justicia”, no nos involucramos en dicha disputa con el fin de minimizar el papel de la justicia en la discusión constitucional (papel que puede ser todavía relevante) sino para volver a establecer puentes entre la Constitución y el “pueblo”. Del mismo modo, cuando hablamos de construir puentes entre “pueblo” y Constitución, no tomamos la idea de “pueblo” como sinónimo de “Congreso,” asumiendo que este último órgano existe como sucedáneo perfecto o casi perfecto de la voluntad popular²⁷.

III. CONSULTA DIRECTA A GRUPOS DESAVANTAJADOS

Los dos caminos reformistas explorados hasta aquí procuraban modificar el estado de cosas existente en materia institucional, ya fuera fortaleciendo el acceso de los ciudadanos a la justicia, ya fuera recuperando para el Congreso un papel más protagonista. El “remedio” que vamos a examinar a continuación va algo más allá de los anteriores, al salir directamente en la búsqueda de los grupos desaventajados,

27 A la luz de lo dicho, algunas pocas experiencias aparecidas en los últimos años de “diálogos” que involucran a jueces, políticos y organizaciones sociales, representan alternativas alentadoras, que merecen ser defendidas desde una lectura “popular” del constitucionalismo. Uno puede aplaudir, entonces, la decisión de la Corte Suprema argentina de convocar a representantes de la Nación, las provincias, los empresarios y las organizaciones barriales a los fines de definir colectivamente una solución respetuosa de los derechos de millones de ciudadanos afectados, frente a la grave contaminación del Riachuelo, producida por el vertido de sustancias químicas por parte de empresas irresponsables (caso *Mendoza*). Como puede aplaudir, también, lo hecho por la Corte Constitucional de Colombia, al abrir a una discusión socialmente más vasta, tendiente a resolver el drama de los *desplazados*. Tratamientos como los citados son auspiciosos, y hablan de la posibilidad efectiva de concretar procesos de conversación constitucional genuinamente inclusivos, aun –si no especialmente– en contextos difíciles, marcados por la desigualdad y la injusticia social. Sin embargo, la historia que siguió a casos como los citados nos habla también de la limitación de los mismos, en un marco institucional que no solo no alienta, sino que parece trabajar en contra de posibilidades como las citadas. Más específicamente: el sistema de “frenos y contrapesos” no está preparado para promover el diálogo, sino para contener institucionalmente la guerra. No ofrece canales institucionales apropiados para encauzar el diálogo entre poderes, y tiende a obstaculizar, más que a alentar, los vínculos entre ciudadanos y funcionarios públicos. Por lo dicho, uno agradece las instancias de resolución de conflictos dialógicas que, en ocasiones más bien excepcionales, han abierto los tribunales, a la vez que lamenta el hecho de que no haya ninguna buena razón para pensar que esas formas de diálogo inclusivas se conviertan, alguna vez, en prácticas predominantes.

a los que se invita a participar en el proceso de toma de decisiones. Se trata de una manera diferente, enormemente relevante, de dotar de “voz” a grupos relegados, en cuestiones que les conciernen de modo directo, bajo la idea de un “derecho a la consulta previa”.

El derecho en cuestión ha ganado una importancia extraordinaria en tiempos recientes, a partir de al menos dos hechos políticos cruciales. Por un lado, en las últimas décadas del siglo XX, numerosas comunidades indígenas consiguieron tornar más visibles sus reclamos y comenzaron a cuestionar a los gobiernos de turno en razón de derechos que veían desplazados históricamente (ello así, no solo pero muy en particular, en países con población indígena numerosa, como Bolivia, Ecuador, Guatemala o Venezuela). Por otro lado, en los últimos años, muchos países de la región empezaron a explotar intensivamente recursos económicos asociados con la agricultura (*i.e.*, la soja) y, sobre todo, la minería, lo cual implicó, ya fuera una nueva serie de disputas territoriales con aquellas poblaciones indígenas, ya fuera una nueva amenaza sobre su hábitat y su bienestar en relación con la naturaleza. En razón de lo dicho, puede señalarse que las crecientes tensiones que se han generado entre pueblos indígenas y gobiernos decididos a acelerar su desarrollo a través de la explotación de recursos primarios (gobiernos que pueden ser por ello denominados *neodesarrollistas*), representa la principal fuente de conflictos en la América Latina actual. En dicho marco, la puesta en marcha del citado “derecho de consulta” se presenta como una forma atractiva de canalizar tales tensiones, incorporando de modo efectivo a los pueblos afectados a la mesa de toma de decisiones.

El principal apoyo jurídico del “derecho a la consulta” invocado por las comunidades indígenas afectadas fue la Convención 169 de la OIT, que data de 1989, y que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas; a lo que se suma la Declaración de la ONU, de 2007, en torno a los derechos de los pueblos indígenas. La primera norma, en particular, ganó significación y reconocimiento por haber sido acogida por una amplia mayoría de países latinoamericanos, y por el alcance de sus disposiciones. Ella establece, de modo saliente, que los países adherentes al Convenio deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1), asegurando siempre que las consultas se efectúen “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2)²⁸.

28 *Artículo 6*

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los

Por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado recientemente que dicho proceso de consulta constituye ya un “principio general del Derecho Internacional” (caso *Saramaka c. Surinam*, sentencia del 12 de agosto del 2008)²⁹. En el mismo caso, el principal tribunal latinoamericano dejó en claro los alcances que atribuía a la norma en cuestión, señalando que “cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendría un impacto mayor dentro de un territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación no solo de consultar [a la parte indígena o tribal], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (ibíd., párr. 134).

A pesar del valor de estas promesas realizadas desde el Derecho, orientadas a generar cambios directamente al interior de la organización del poder, lo cierto es que la práctica efectiva del derecho de consulta se convirtió, desde su puesta en marcha, en una que es resistida por el poder, y diluida en su potencia. Por ejemplo, según James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas en materia de derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de los problemas que llegan a su atención se refieren a “la falta de consulta adecuada a los pueblos indígenas, en particular sobre decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo o de extracción industrial de recursos naturales en sus territorios”³⁰.

El testimonio de Anaya representa una expresión importante de un problema mayor, vinculado con las diversas formas en que los Estados que ratificaron el Convenio 169 se ocuparon de eludirlo cada vez que se les reclamaba el uso de las herramientas de consulta. Dos ejemplos cercanos y relevantes, en este sentido, los representan los quince años de disputa en torno al derecho de consulta reclamado por el pueblo u’wa, en el este de Colombia, en torno a un proyecto de explotación de petróleo; o la más reciente disputa surgida en Perú, 2009, a partir de la no con-

niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

29 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf.

30 <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.

sulta a los pueblos indígenas amazónicos en relación con proyectos mineros que los afectaban de modo directo. En otras ocasiones, el Estado nacional y los gobernantes de turno trivializaron el sentido de las consultas, convirtiendo a las mismas en meras presentaciones de sus proyectos, frente a grupos indígenas; o manteniéndose simplemente indiferentes a las opiniones expresadas por los últimos³¹.

El hecho es que, a resultas del nivel de trabas impuestas y hostilidades demostradas por el poder establecido, en relación con el derecho de consulta indígena, muchas comunidades afectadas han comenzado a resistirse o a negar su participación en relación con los procesos de consulta organizados desde el Estado. En otras ocasiones, las propias comunidades han organizado “consultas de buena fe”, entre grupos afines, seguidas de un referéndum, pero en todo caso directamente al margen del Estado.

DECISIÓN Y CONTROL EN MANOS DEL “PUEBLO”

Todas las iniciativas examinadas en la última parte de este trabajo compartían una virtud muy importante –sobre todo, si se las compara con las reformas examinadas en la segunda parte de este trabajo. Me refiero a su vocación por llevar adelante cambios en el área de la Constitución que más necesidad tiene de ser reformada, esto es, el área relacionada con la organización del poder. En este sentido, podemos decir que, en esta ocasión, los esfuerzos reformistas se encontraron bien dirigidos. Lo dicho, sin embargo, no pretende ocultar los obstáculos que han hallado estas reformas para convertirse en cambios plenamente exitosos.

En relación con los dos primeros tipos de reforma estudiados –reformas dirigidas al Poder Judicial y al Poder Legislativo– podríamos decir que las mismas, a pesar de su importancia, pueden ser criticadas por haber sido innovaciones que dejaron básicamente intacta la antigua estructura decisoria, incorporada en aquellas viejas Constituciones modeladas en el siglo 18. En otros términos, ambos tipos de reforma compartieron la virtud de “ingresar” en la “sala de máquinas”, a la vez que el vicio de mantener intacto el viejo sistema de funcionamiento –digamos, para

31 Según CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO y otros investigadores que se han ocupado del tema, los obstáculos que se advierten en la implementación efectiva de estos derechos de consulta derivan fundamentalmente de dos fuentes relacionadas, por un lado, con la existencia de “normas de naturaleza y contenidos muy diversos que, de hecho, frecuentemente chocan entre sí”, y que incluyen, desde reglas de “derecho duro” (p. ej., leyes nacionales y tratados internacionales), vinculantes estrictamente para los estados, hasta normas de “derecho blando” o “derecho suave” (p. ej., reglas operativas de organismos financieros multilaterales y códigos de responsabilidad empresarial de firmas multinacionales), que operan más como guías de conducta que como estándares jurídicos en sentido propio”. Por otro lado –agregan– aparece el problema de ver al derecho de consulta como un todo, sin reconocer que el mismo refiere a “un procedimiento con varios pasos y dilemas (desde la publicidad de los pormenores de un proyecto económico que se planea ejecutar en territorio indígena, hasta los participantes y la duración de la consulta), en cuyos detalles se juega el nivel de protección a los derechos de los pueblos y comunidades resguardadas” (RODRÍGUEZ GARAVITO et al., 2010).

seguir con la metáfora, dejaron intacto el manejo de las “palancas y controles”-. Como resultado, quienes tomaban las decisiones conforme al viejo esquema institucional, continuaron tomándolas conforme a las nuevas propuestas.

Frente a estas dos primeras vías de cambios, la tercera línea de reformas explorada –que ilustramos con el caso de la “consulta previa” a los pueblos indígenas– representa un camino más interesante y promisorio, pero aún muy limitado. Resulta claro, por un lado, dónde es que reside lo interesante de este tipo de reformas: ellas vienen a “transferir” poder directamente al ciudadano de a pie, a los grupos afectados. Aquí sí, podemos decir, se advierte la posibilidad de expandir el poder de *decisión y control* del “pueblo”, dentro de la Constitución.

Una reforma de este tipo, conviene decirlo, se alinea con otras que se han dado en la región, particularmente en estos últimos años, y a las cuales también hemos aludido: la afirmación de nuevas herramientas participativas (derechos de iniciativa popular); la creación de un nuevo tipo de controles (i.e., derechos de revocatoria); la instauración o el reconocimiento de las formas de la justicia indígena; etc. Nos encontramos aquí con reformas importantes, bien orientadas, y que en algunos casos han ofrecido resultados interesantes. Sabemos que Uruguay cuenta con una larga y notable historia de consultas populares; que en Venezuela –durante el gobierno de Hugo Chávez– y en Bolivia –durante el gobierno de Evo Morales– se produjeron intentos significativos de revocatoria de mandatos; sabemos que en algunos casos, como el de Colombia, la justicia indígena se ha ido articulando de un modo atractivo, con la justicia más tradicional y establecida (en parte, gracias a los notables esfuerzos de la Corte Constitucional). Todas estas iniciativas son merecedoras de elogio, y uno solo puede desear la expansión y el fortalecimiento de propuestas tales.

De todos modos, para todos los casos, conviene llamar la atención acerca de los límites que parecen propios de propuestas tales. Y es que la preservación de una estructura de poderes tan concentrada, en el marco de sociedades tan desiguales, provoca que estas interesantes acciones sobre las “palancas y controles” del poder tiendan a quedar a la merced de quienes ocupan las posiciones principales dentro de esa “sala de máquinas”. En otros términos, si las sugeridas reformas sobre los Poderes Judicial y Legislativo terminaban resultando limitadas, en razón de su *timidez* –ellas no se animaban a cuestionar la estructura de jueces y legisladores tradicional, que permanecía intacta– estas últimas terminan apareciendo como fallidas en razón de su *modestia* (se trata de reformas minimalistas, que no van tan lejos como debieran). Mientras las primeras no cuestionaban a los Poderes Judicial y Legislativo tradicionales, estas no alcanzan a abarcar al Poder Ejecutivo, y corren el riesgo, por tanto, de quedar a la merced de la autoridad de este. Las tensiones que se sucedieron, una y otra vez, entre los gobiernos establecidos y los pueblos originarios consultados, en razón de proyectos de explotación económica impulsados por los primeros, y que terminaron habitualmente con la desconsideración de la

opinión de los últimos, reflejan bien el tipo de inconvenientes de los que hablamos. No se trata de la posibilidad de que una herramienta institucional no funcione de modo óptimo –ninguna herramienta puede prometer resultados justos o perfectos en ningún caso, ni es ello lo que se espera. Se trata de un problema más estructural, esto es, que en razón de las diferencias de poder y capacidades entre gobiernos establecidos y grupos desaventajados, las herramientas participativas tienden a ser doblegadas por el poder predominante.

En definitiva, cuando no se modifica la raíz del problema que analizamos –la distancia que separa al “pueblo” del aparato del poder– luego, el poder establecido queda con amplias capacidades para mantener su capacidad de influencia sobre el proceso decisorio. Puede ocurrir entonces que un presidente todopoderoso organice de modo entusiasta una consulta popular, confiado en impedir resultados que le sean adversos; que la justicia indígena solo se mueva dentro de los estrechos márgenes que le permita la justicia tradicional; o que los gobiernos de turno conviertan las consultas indígenas en hechos insignificantes, privados de todo sentido. Recuperar para el “pueblo” un lugar central, dentro de la Constitución, no nos lleva a objetar las reformas minimalistas ya producidas, pidiendo que no se repitan, sino a reclamar que sean reforzadas, exigiendo que alcancen las áreas que hasta hoy se han resistido a alcanzar.

CUADRO I
DERECHO ELECTORAL DE ACUERDO CON SU INTRODUCCIÓN³²

País	VOTO UNIVERSAL	Voto secreto	VOTO OBLIGATORIO	
	HOMBRES	MUJERES	ANALFABETOS	
Argentina		1949		1912
Bolivia	1952	1952	1952	1956
Brasil	1932	1932	1988	1932
Chile	1925	1949	1925	1925
Colombia	1853/1836	1957		1853
Costa Rica	1913	1949		1925
Ecuador	1861	1929	1978	1861
El Salvador	1883	1939		1950
Guatemala	1865	1945		1956
Honduras	1894	1954		1894
México		1958		
Nicaragua	1803	1957		1962
Paraguay	1870	1967		1967

32 Fuente, DIETER NOHLEN, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm.

País	VOTO UNIVERSAL	Voto secreto	VOTO OBLIGATORIO		
	HOMBRES	MUJERES	ANALFABETOS		
Perú	1931	1955	1979	1931	1931
Rep. Domini- cana	1865	1932		1962	1924
Uruguay	1918			1918	1915
Venezuela	1894	1946		1946	1958

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Barcelona: Trotta, 2002).
- ALBERDI, J. B. *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad, 1920.
- ALBERDI, J. B. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra: Buenos Aires, 1981.
- ANAYA, J. Conferencia sobre el derecho de consulta, <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>, 2013.
- ÁVILA SANTAMARÍA (ed.). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2009.
- BERGALLO, P. “Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina”, en *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 1611-1642, 2011.
- BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Conn.: Yale University Press, 1962.
- BONILLA, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BONILLA, D. & ITURRALDE, M. *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2005.
- CEPEDA, M. “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, 3 *Washington University Global Studies Law Review* 259, 2004.
- ECHEVERRÍA, J. “El Estado en la Nueva Constitución,” en S. Andrade et al, eds., *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

- GARGARELLA, R.; DOMINGO, P; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres: Ashgate, 2006.
- GAURI, V. & BRINKS, D. (eds.). *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GEARTY, C. & MANTOUVALOU, V. *Debating Social Rights*, London: Hart Publishing, 2011.
- HALPERÍN DONGHI, T. *The Contemporary History of Latin America*, Duke: Duke University Press, 1993.
- HOGG, P. & BUSHELL, A. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures", 35 *Osgoode Hall L. J.* 75, 1997.
- HOGG, P.; BUSHELL, A. & WRIGHT, W. "Charter Dialogue Revisited, -Or much Ado About Metaphors," 45 *Osgoode Hall L. J.* 1, 2007.
- JAKSIC, A. *Andrés Bello. La pasión por el orden*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2001.
- JARAMILLO URIBE, J. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá: Editorial Temis, 1964.
- KRAMER, L. "Popular Constitutionalism", Circa 2004, 92 *California Le Review* 959, 2004.
- KRAMER, L. "The People Themselves", en *Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford U.P., 2005.
- LANGFORD, M. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LEMAITRE RIPOLL, J. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- LINZ, J. & STEPAN, A. (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.
- LINZ, J. y VALENZUELA, A. *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.
- LÓPEZ, D. *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis-Universidad de Los Andres, 2006.
- LORA, E. y SCARTASCINI. *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá: Fedesarrollo – Alfaomega, 2010.

- MANIN, B. *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MONTALVO, J. *Selections from Juan Montalvo*, ed. por MacDonald Spindler, F. & Cook Books, Temple: Center for Latin American Studies: Arizona State University, 1984.
- NIEMBRO, R. y ALTERIO, M. *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México: Porrúa, 2013.
- NINO, C. *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
- NINO, C. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992.
- NINO, C. *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press, 1997.
- NOHLEN, D. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/democratizacion%20del%20sufragio.htm, 2010.
- PALTI, E. *El tiempo de la política. El siglo xix reconsiderado*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.
- PETIT MUÑOZ, E. *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*, Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1956.
- RABASA, E. *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, México: IJ-UNAM, 1986.
- RABASA, E. “Historia de las Constituciones mexicanas,” en J.L. Soberanes Fernández, *El Derecho en México. Una visión de conjunto*, tomo I, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- RAMÍREZ, S. *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires: Capital Intelectual, 2006.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, en *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, 1669-1698, 2011.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (ed.). *Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2010.
- ROUAIX, P. *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, México: Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959.

- SÁBATO, H. *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.
- SÁBATO, H. & LETTIERI, A. (comps.). *La vida política en la Argentina del siglo XIX. Armas, votos y voces*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- SUNSTEIN, C. *The Second Bill of Rights*, Basic Books, New York, 2004.
- TERNAVASIO, M. *La revolución del voto. Política y elecciones en Buenos Aires, 1810-1852*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- THOMSON, G. (ed.). *The European Revolutions of 1848 and the Americas*. Edited by Guy Thomson. London: Institute of Latin American Studies, 2002.
- TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2009.
- UNGER, R. *What Should Legal Analysis Become?* London, Verso, 1996.
- UPRIMNY, R. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en R. Uprimny, C. Rodríguez y M. García. *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Norma, 2006, pp. 147-200.
- VALENCIA VILLA, A. *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*, Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1992.
- VILE, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press, 1967.
- WALDRON, J. *The Dignity of Legislation*, New York: Cambridge University Press, 1999.
- WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review,” *Yale Law Journal* 115, 2006.
- WILSON, B. “Explaining the Rise of Accountability Functions of Costa Rica’s Constitutional Court,” en S. GLOPPEN et al, *Courts and Power in Latin America and Africa*, New York: Palgrave, 2011, pp. 63-82.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización,” en C. Garavito comp., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

ZAYAT, D. “Mecanismos semidirectos de participación,” en R. Gargarella (ed.). *La Constitución en el nuevo siglo*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ*

*Reformas constitucionales y la racionalización
de los sistemas de gobierno presidenciales en América Latina*

SUMARIO

I. El presidencialismo en América Latina. II. Las reformas constitucionales y el sistema de gobierno. III. El presidencialismo argentino. IV. El hiperpresidencialismo y la baja calidad institucional en algunos países de latinoamérica.

I. EL PRESIDENCIALISMO EN AMÉRICA LATINA¹

Una de los aportes más notables de la Convención de Filadelfia que sancionó la Constitución de 1787 de los Estados Unidos fue la adopción del presidencialismo, que fue un modelo seguido especialmente en las repúblicas latinoamericanas.

Refiere Nohlen que “El presidencialismo aparece en América Latina en un momento en que se establece un sistema de separación de poderes conjuntamente con la formación del Estado nacional. El órgano preeminente es entonces el presidente, gracias a cuyo ejercicio centralista del poder se produjo el proceso de formación nacional (*nation building*), en algunos casos con mucho éxito, como por ejemplo en Chile. Se generó toda una tradición presidencialista en la región. Sin embargo, esta tradición presidencialista latinoamericana no es un mero fenómeno institucional, fundamentado en la historia del siglo XIX, sino que se encuentra arraigada en valores, preferencias y patrones culturales ampliamente compartidos en las sociedades latinoamericanas”². También ha sido evidente que por nuestra cultura constitucional y política, el presidencialismo funcionó de manera muy distinta, hasta degenerar como lo veremos luego en algunos países, en un “hiperpresidencialismo”, prácticamente exento de controles.

Para nosotros es menester *clasificar los sistemas presidencialistas de la región*, para tener un mejor conocimiento de ellos. Partimos de la base de que es un grave error considerar una uniformidad a América Latina en esta materia. Así lo indican, por otra parte, las distintas encuestas y estudios comparados al respecto, *v. gr.*, de Latinobarómetro, Calidad Institucional o percepciones sobre corrupción.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Vocal del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Ex Convencional Constituyente de la Nación.

1 Aquí seguimos lo expuesto en nuestra obra *Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2012, Director ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, en el Cap. XVII sobre “El Poder Ejecutivo”.

2 DIETER NOHLEN, “El presidencialismo: análisis y diseños institucionales en su contexto”, *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, Celsap, USA, Volumen 6, diciembre 2012, pp. 49-76.

Diego Valadés, en su libro *Gobierno de Gabinete*³, clasifica los sistemas presidenciales latinoamericanos desde una perspectiva constitucional en 3 tipos: *el tradicional, el transicional y el democrático*.

Y así los caracteriza: “El tradicional corresponde al ejercicio autoritario del poder, altamente concentrado en la persona que ocupa la titularidad de la presidencia, con relación al cual los controles políticos y jurisdiccionales no representan una garantía eficaz para los derechos fundamentales; el transicional corresponde a una etapa de desarrollo en que existen controles jurisdiccionales eficaces, pero donde los controles políticos no han alcanzado un pleno desarrollo; en el democrático están presentes los controles políticos y jurisdiccionales”. Solo ubica en el tercer tipo a Chile, Uruguay y Costa Rica, ubicando al resto de ellos en el tipo transicional, salvo la República Dominicana, que en su punto de vista pertenece al tipo tradicional.

Por nuestra parte, a dicha clasificación agregamos el cuarto tipo, que denominamos *hiperpresidencialista*, conforme lo analizamos más adelante. Este tipo de presidencialismo opera más allá de los límites constitucionales y carece de adecuados controles por parte de los otros poderes estatales.

Ya veremos que no obstante el diseño institucional de racionalización consagrado en reformas constitucionales de algunos de estos países (como Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua o Argentina), en el decurso de estos últimos años se ha perfilado con nitidez un régimen hiperpresidencialista.

Tanto, como lo veremos más adelante, que se han producido nuevas reformas constitucionales en algunos casos, como Venezuela y Nicaragua, para establecer las reelecciones indefinidas de los presidentes. Y acaba de aprobarse un proyecto de reforma para posibilitar otra reelección de Evo Morales en Bolivia, aunque todavía debe someterse a referéndum durante 2016. Y es probable que ocurra lo mismo en Ecuador. En consecuencia, creemos que aquella clasificación de Valadés debe ser modificada y actualizada, ya que dichos países, en nuestro concepto, integran esta categoría.

Con respecto al *presidencialismo “racionalizado”*, se observa en las normas constitucionales de la región por la presencia de ministros, que coloquialmente pueden ser designados como gabinetes y que reciben estos nombres, según lo expone Valadés: Consejo de Ministros (Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela); Consejo de Gobierno (Colombia); Consejo de Gabinete (Panamá); Gabinete de Ministros (Argentina). Sostiene que en estos casos “el gabinete es un órgano colegiado, integrado por ministros, con atribuciones establecidas en la Constitución y, en algunos casos, en la ley. Los gabinetes no son

3 Editado originalmente en México en 2003 y en nuestro país por RUBINZAL CULZONI, Buenos Aires, 2008, que tuve el honor de prologar.

órganos autónomos, en tanto que sus integrantes dependen esencialmente de la confianza del presidente; pero su presencia y funcionamiento atenúan los efectos de la concentración del poder en manos del presidente”.

Al estudiar las *funciones del Gabinete*, muestra que 14 de las 18 Constituciones latinoamericanas desconcentran el poder del presidente a través de esta institución, pues solo en los casos de Chile, Ecuador, México y República Dominicana se mantiene el modelo presidencial original⁴.

Y al sintetizar dichas funciones, opina que “el gabinete va dejando de ser solo una instancia de administración para convertirse en un espacio donde se discuten y adoptan las definiciones políticas del gobierno”.

Consideramos que, desde el *punto de vista normativo*, es evidente que se produjo en la mayoría de los países de América Latina una “parlamentarización de los sistemas presidenciales”, conforme lo observamos en los estudios recién citados de Valadés, donde propuso el Gobierno de Gabinete, pero que además publicó posteriormente otro libro con este título⁵, que complementa el anterior.

Allí, el distinguido jurista mejicano considera la responsabilidad de los Ministros y Secretarios de Estado a través de otras instituciones parlamentarias como la presencia de los Ministros en el Congreso (Cap. II), el voto de confianza (Cap. III), las preguntas, interpelación y moción de censura (Cap. IV) y la disolución del Congreso (Cap. V), con un análisis de Derecho comparado a nivel mundial, que muestra la inserción de estos institutos en sistemas presidenciales.

Sostiene que con la expresión “parlamentarización” se quiere significar: a) el proceso constructivo de un sistema de naturaleza parlamentaria; b) la incorporación de instituciones de oriundez parlamentaria en otro tipo de sistema político, con el propósito de asimilarlo al parlamentario; c) la adopción de instituciones de origen parlamentario, pero preservando la estructura básica del sistema receptor”.

Por lo anterior, debe distinguirse entre parlamentarización del sistema constitucional y parlamentarización del sistema presidencial.

En el primer caso, toda la estructura constitucional del poder político tiende a adecuarse al sistema parlamentario, que es incorporado de una manera inmediata o gradual para sustituir el sistema vigente (presidencial o tradicional); en el segundo,

4 Dice que 1988 fue un año muy significativo para los cambios operados, ya que allí comenzó el proceso de reformas constitucionales en los dieciocho países con sistemas democráticos, que implicara la adopción de 6 nuevas constituciones y de amplias reformas en 8 países más. Y que en los otros 4 países, las Constituciones de Costa Rica (1949) y Uruguay (1967) presentan clara orientación democrática y la de México (1917) ha tenido además cambios paulatinos. En cuanto a la de República Dominicana (1966), la considera como la de mayor rezago, aunque agregamos nosotros, ya ha comenzado su proceso de reformas, donde hace algunos años participamos en un Seminario Internacional con los Profesores DIEGO VALADÉS, DANIEL ZOVATTO y ARTURO VALENZUELA.

5 DIEGO VALADÉS, “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Colegio Nacional, México, con ediciones de 2007 y 2008.

subsiste la estructura existente, pero se le agregan algunas instituciones de control político, incluso modificadas, de origen parlamentario”⁶.

Y al abogar por la racionalización del sistema presidencial, a través de la incorporación de estas instituciones, dice: “El sistema preferible es aquel que puede ser mejorado mediante un ejercicio de inteligencia y de responsabilidad colectiva; las innovaciones que generan contrastes insuperables en el ámbito cultural en el que se producen y se basan en procesos incomprensibles para sus destinatarios, son contraproducentes. Construir un sistema parlamentario para remediar los defectos de un sistema presidencial, tiene mucho de absurdo. ¿Quién podría diseñar un buen sistema parlamentario, acerca del que no se tiene experiencia, si no puede corregir un mal sistema presidencial, con el que sí se está familiarizado? En otras palabras, si no se puede corregir lo que se conoce, cómo poder construir lo que se desconoce. Estoy a favor de la racionalización de los procesos del poder, no de la irracionalidad de sustituir de raíz lo que bien puede ser enmendado. Además, cuando se importan modelos que carecen de implantación en su medio cultural, se produce un efecto negativo: los nuevos instrumentos son conocidos por unos pocos”⁷.

Desde la politología, el profesor de Heidelberg escribe en igual sintonía: “No obstante, el hecho de que la vigencia de formas parlamentarias sea una experiencia casi desconocida en América Latina no es, por cierto, una argumentación para rechazar la posibilidad de su ensayo en nuestros días. Sin embargo, es ineludible destacar dos problemas. En primer lugar, las pocas experiencias parlamentaristas que hubo son negativas. En Chile, al período 1891-1925 se le denomina “parlamentario”, aunque de esa modalidad de gobierno solo tenía la capacidad del parlamento para censurar a los ministros (no así al jefe de gobierno, que es la característica clave de un sistema parlamentario), y el juicio predominante sobre él es de haber producido una gran inestabilidad para gobernar y una oligarquización de la política. En segundo lugar, las posiciones favorables a la aplicación de un sistema parlamentario actualmente son minoritarias, así como las condiciones político-institucionales para lograrla. Así lo demuestran los debates en varios países de América Latina en los últimos años. Por lo tanto, las perspectivas para lograr una reforma de tal envergadura han sido reducidas (cf. Nohlen/Fernández, 1991 y 1998). Solamente en Brasil parecía posible una reforma de este tipo (cf. Lamounier/Nohlen, 1993),

6 DIEGO VALADÉS, “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, ob. cit., p. 5. Ya veremos oportunamente que la tercera acepción es la que corresponde al régimen político argentino, ya que luego de la reforma de 1994, se ha mantenido el presidencialismo, pero se lo ha “parlamentarizado”, con la incorporación de nuevas instituciones, además de las que ya existían, para atenuar y racionalizar el hiperpresidencialismo que hemos soportado.

7 Cfr. DIEGO VALADÉS, “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, ob. cit., p.230. Creemos que esta argumentación, sumada a la de Nohlen en su respuesta a los críticos del presidencialismo, es de aplicación a quienes pretenden en nuestro país suplantar el sistema presidencial por uno de tipo parlamentario.

pero fue rechazada en 1993 por referéndum. En resumen: las razones para mantener el presidencialismo radican en la cultura política, la tradición, la experiencia histórica y la estructura política latinoamericanas. Ante este trasfondo, el balance del presidencialismo no es tan negativo como afirman sus críticos. Más peso tiene aún el argumento de que el parlamentarismo no promete una mayor funcionalidad (Thibaut, 1996), antes al contrario: en vista de los sistemas de partidos poco estructurados, de su falta de arraigo y representatividad sociales, del poco prestigio de los parlamentos, junto a su tendencia a la irresponsabilidad en los presupuestos, además de la fuerte necesidad de política de reformas económicas y sociales, un tipo de sistema de gobierno con arraigo casi nulo en la cultura política causaría riesgos incalculables. Para América Latina, me pareció más conveniente buscar fórmulas de adecuación funcional del sistema dentro del molde presidencial (Nohlen, 1990), en renovar el presidencialismo con la finalidad de flexibilizar las relaciones entre el presidente y el parlamento y de mejorar por este medio la gobernabilidad (Nohlen/Fernández, 1991 y 1998). Ya al iniciarse el debate, Rolando Franco (1990, p. 152) preveía que, citando al autor de estas líneas, “la resistencia de la institución presidencial y lo arraigado que se encuentra en la cultura política (Nohlen, 1990, p. 17), terminarán triunfando, siendo razonable tal vez “trabajar sobre la realidad presidencial en cada contexto político e institucional y buscar fórmulas de adecuación funcional del sistema sin alterar su naturaleza presidencial (idem)”. En términos generales, el debate institucional en América Latina ha tomado este rumbo. Iniciándose con la crítica al presidencialismo y la propuesta de su sustitución, ha pasado por la refutación de estos planteamientos para considerar sistemas de gobierno supuestamente intermedios (véase Arias/Ramacciotti, 2005), por ejemplo, el semipresidencialismo, hasta llegar a pensar más a fondo en cómo hacer funcionar el presidencialismo (véase Ellis/Orozco Henríquez/Zovatto, 2009)”⁸.

Estas modificaciones constitucionales incorporadas a partir de fines de la década de los 80 del siglo pasado, en el contexto de la tercera ola democrática que abarcó a América Latina⁹, fueron el resultado del debate sobre presidencialismo y parlamentarismo, que enfrentó a politólogos como Linz y Valenzuela, que criticaron duramente al presidencialismo, mientras que Nohlen y Sartori se opusieron al cambio del sistema por uno parlamentario. Este debate no se ha acallado y posiblemente no acabe nunca¹⁰.

8 Cfr. DIETER NOHLEN, “El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto”, ob. cit., p. III.

9 A las que nos referiremos en el punto siguiente de manera específica.

10 En este sentido, véase el trabajo indicado de NOHLEN, y en particular, su punto III “Notas metodológicas sobre la crítica al presidencialismo”. Asimismo, puede observarse el libro “El gobierno en América latina: ¿Presidencialismo o parlamentarismo?”, DIEGO VALADÉS, JOSÉ MARÍA SERNA Coordinadores, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 y el artículo de MANUEL GARCÍA MANSILLA y RICARDO RAMÍREZ CALVO, “Presidencialismo vs. Parlamentarismo—Una discusión acerca del sexo de los ángeles”, Academia

Nosotros hemos valorado positivamente esta tendencia del constitucionalismo latinoamericano que se advierte en estas reformas constitucionales, claramente dirigidas a racionalizar, renovar y atenuar el presidencialismo¹¹, mediante la inclusión de estos institutos del sistema parlamentario.

Pero conforme a nuestra metodología interdisciplinaria para el estudio de esta materia, necesitamos acudir a una perspectiva politológica, porque además es muy extensa la brecha que separa las normas de su vigencia real, en América Latina y particularmente en nuestro país. *Es que más allá de los problemas muy complejos del diseño constitucional, en algunos de nuestros países debemos agregar lo propio de una deficiente cultura constitucional y de la legalidad.*

En tal sentido, esta es la clasificación propuesta por Dieter Nohlen¹²:

TIPO DE PRESIDENCIALISMO	EJERCICIO DEL PODER
Hiperpresidencialismo o dominante	Concentración del poder en el Ejecutivo, aunque la constitución no lo prevé, supresión de los controles horizontales, ejercicio del poder con altos ingredientes personalistas y plebiscitarios al borde de un sistema constitucional-democrático, estilo de decisión jerárquico-decisional

Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009. No pueden olvidarse asimismo los debates entre SCHMITT y KELSEN, como asimismo, las críticas al presidencialismo efectuadas por NORBERTO BOBBIO.

11 Esta tendencia incluso alcanzó a los Estados Unidos, cuna del presidencialismo, con la propuesta renovadora lanzada por BRUCE ACKERMAN, que sostiene un “constrained parliamentarianism”, o sea un parlamentarismo restringido. (“The new separation of powers”, Harvard Law Review, Boston, vol. 113, n.º 3, enero de 2000, pp. 634 y ss.).

12 Cfr. DIETER NOHLEN, “El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto”, ob. cit., p. x. Por nuestra parte, en el Seminario titulado “Making Presidentialism Work”, realizado en el Distrito Federal de México con la organización conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e International IDEA, entre los días 6 y 8 de febrero de 2008, luego de hacer referencia a la Presidencia como “institución”, indicamos que también se puede analizar a la misma en relación a la “persona” que la ocupa, desde el punto de vista de la realidad política, en relación a su mayor o menor fortaleza. Cuando hablamos de presidencialismo “fuerte” o “racionalizado o atenuado” nos referimos al conjunto de las atribuciones que la Constitución reconoce al Presidente, y en ese sentido, en general se puede sostener que la Presidencia-institución ha sido fuerte a partir del modelo norteamericano, pudiéndose distinguir sin embargo distintas gradaciones de fortaleza en las Constituciones latinoamericanas, que van desde la considerada más fuerte (precisamente la chilena) hasta las que han recibido atenuaciones por la reducción de competencias y especialmente, por la incorporación de instituciones típicas del parlamentarismo, como la nuestra, entre muchos otros casos señalados por DIEGO VALADÉS en sus obras “Gobierno de gabinete” y “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”. Asimismo, se puede clasificar la “fortaleza” o “debilidad” política de los Presidentes, especialmente en relación a sus liderazgos y al mayor o menor poder frente al Congreso, la opinión pública, la prensa, etc. En tal sentido, señalé como Presidentes políticamente débiles a los que pierden las elecciones legislativas y quedan en minoría en las dos Cámaras del Congreso norteamericano. Esta cuestión está especialmente vinculada al sistema de partidos políticos y en principio, no debe observarse necesariamente como disvaliosa para el funcionamiento de las instituciones. En este sentido, sostuve en relación a México, que la “debilidad” política de los Presidentes Fox y Calderón, ha sido positiva para el funcionamiento del sistema republicano y la división y equilibrio de los poderes, en razón del tripartidismo existente (PAN, PRI y PRD), que ha fortalecido al Congreso y que ha impulsado una más notoria independencia del Poder Judicial. Por este mismo criterio, formulé mi oposición a la idea de que los Presidentes deben también ser Jefes de sus respectivos partidos políticos.

TIPO DE PRESIDENCIALISMO	EJERCICIO DEL PODER
Reforzado o racionalizado	Fuerte poder ejecutivo en cuanto a competencias, resultante de reformas constitucionales, racionalización del proceso político en función de agilizar políticas de desarrollo; estilo de decisión mayoritaria
Puro o equilibrado	Modelo estadounidense, poderes equilibrados entre el Ejecutivo y el Legislativo, funcionamiento muy dependiente del sistema de partidos, estilo de decisión mayoritaria
Atenuado	Poderes constitucionalmente equilibrados entre Ejecutivo y Legislativo, pero el proceso político más determinado por otros factores, especialmente por el tipo de sistema de partidos; estilo de decisión mayoritaria
Parlamentarizado	No tanto determinado por elementos constitucionales de origen parlamentarista (por ej., figura de un primer ministro, voto de censura, capacidad de disolver el Parlamento), sino por la práctica política (por ej., gobiernos de coalición), estilo de decisión negocial y de compromiso

Asimismo, conforme a su metodología de análisis del presidencialismo en su contexto, expresa: “No basta, sin embargo, considerar los sistemas presidenciales solo por sí mismos. Para valorar el funcionamiento de las instituciones, conviene tomar en cuenta el entorno en el que actúan como sistema y su interrelación con él. El contexto debe entenderse en sentido múltiple. Hay que pensar primero en el Estado, su tamaño (Estado vs. mercado), su estructura (Estado unitario o federal), su capacidad de implementación de los resultados del sistema presidencial (Estado fuerte o débil)”... “Hay que pensar, en segundo lugar, en la democracia como concepto genérico por encima del sistema de gobierno, en su modelo (en la dimensión representativa o directa/plebiscitaria), en las formas de participación política informales, en la sociedad civil, su evolución y patrones de comportamiento, y en la cultura política en general, todo lo que incluye la cuestión de su consolidación”¹³.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL SISTEMA DE GOBIERNO PRESIDENCIALISTA

En estas reformas constitucionales de América Latina se ha mantenido como forma de gobierno el régimen presidencialista, pero se produjo la incorporación de instituciones de tipo parlamentario.

Deben recordarse las opiniones de Linz, Valenzuela y Stepan¹⁴ acerca de los problemas de gobernabilidad que atribuyeron al presidencialismo, agravados por un sistema electoral proporcional para el poder legislativo, lo que requería, según

¹³ Cfr. DIETER NOHLEN, “El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto”, ob. cit.

¹⁴ Cfr. J. LINZ y A. STEPAN, “The breakdown of democratic regimes”, Baltimore, John Hopkins University Press, 1978 y J. LINZ y A. VALENZUELA, “La crisis del presidencialismo”, Alianza Universidad, 1994.

estos autores, un cambio hacia el gobierno parlamentario, para hacer más estables los sistemas políticos democráticos.

Sin embargo, este tránsito no se produjo. Solo se introdujeron algunas instituciones de tipo semiparlamentario o semipresidencialista, como la censura de ministros o la posibilidad de disolver el parlamento como respuesta a esta medida o la creación de un Jefe de Gabinete de Ministros, como lo hicieron las constituciones uruguayana de 1966, guatemalteca de 1985, colombiana de 1991, peruana de 1993, argentina de 1994, ecuatoriana de 1998, venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009^[15].

Por otra parte, también desde los ámbitos doctrinarios, se ha respondido críticamente a estos intentos de cambio de la forma de gobierno, al señalarse que el presidencialismo no es uniforme en América Latina y que además existen mecanismos y fórmulas para que el mismo funcione con mayor eficacia¹⁶.

Mas allá de estas reformas, reiteramos que el problema del “hiperpresidencialismo” es uno de los más graves en nuestra región, aunque ello no se presenta en todos los países, como ya hemos adelantado.

En relación con los sistemas electorales, en cuanto a la elección de presidente de la República se observan en América Latina dos sistemas: el de mayoría simple o relativa y el de mayoría absoluta o especial a dos vueltas, que es el más difundido.

En efecto de 18 países hay 13 que imponen mayorías especiales, de los cuales hay ocho (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) que exigen 50% más uno de los votos, mientras que otros cinco (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua) requieren entre el 35 y 45 % de los votos para ganar en primera vuelta.

En consecuencia, solo tienen el sistema de mayoría relativa para esta elección Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

Se deduce de ello que la tendencia en este período ha sido consolidar el sistema especial de mayorías absolutas o especiales de doble vuelta, para otorgar mayor

15 Cfr. DANIEL ZOVATTO G., ob. cit., pp. 59/60. Véanse también las siguientes obras: “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina”, DANIEL ZOVATTO, Coordinador, editado por la UNAM e IDEA Internacional, en México, 2006, y “Tratado de derecho electoral comparado de América Latina”, DIETER NOHLEN, DANIEL ZOVATTO, JOSÉ OROZCO y JOSÉ THOMPSON, Compiladores, editado por la UNAM, Universidad de Heidelberg, IDEA Internacional, Instituto Federal Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Fondo de Cultura Económica, México, 2007, 2ª edición.

16 Véase M. FERNÁNDEZ y D. NOHLEN, “El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América latina”, Nueva Sociedad, Caracas, 1998. El conocido politólogo alemán considera que el método aplicable a esta materia es el histórico-empírico y en consecuencia se opone al trasplante de experiencias políticas y electorales que no se correspondan con las realidades de cada sistema. Asimismo, véase el libro de Dieter Nohlen titulado “Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos”, publicado por el Tribunal Federal Electoral y el Instituto Federal Electoral de México y la Fundación Friedrich Naumann, México, 1999. A su vez, Giovanni Sartori había propuesto un semipresidencialismo para la región, al oponerse tanto al presidencialismo como al parlamentarismo. (En su trabajo “Neither Presidentialism nor Parliamentarism”, en el libro de LINZ y VALENZUELA, ya citado *The Failure of Presidential Democracy*, 1994, Baltimore and London, pp. 106-118).

legitimidad a los electos. Asimismo, se ha señalado también que otra tendencia ha sido la de posibilitar las reelecciones presidenciales en 12 de los 18 países, ya sea en forma inmediata o después de algún período¹⁷.

Con respecto al sistema electoral aplicable a los *órganos legislativos*, hay que distinguir entre países con sistema unicameral o bicameral.

En el primer caso encontramos a Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela y en el segundo a Argentina, Brasil y México que son federales y que tienen Senado, lo mismo que otros países unitarios que no obstante ello también lo tienen, como Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Deteniéndonos específicamente en el sistema electoral de la Cámara Unica o de la Cámara de Diputados en el sistema bicameral, Zovatto señala que hay 10 países con tendencia proporcional (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela) y ocho con tendencia mayoritaria (Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana).

Asimismo el autor sostiene que se puede indicar que en América Latina predominan los países que tienen listas cerradas y bloqueadas, como Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay¹⁸.

También se han producido modificaciones constitucionales en torno a la *posibilidad de la reelección presidencial*. En esta cuestión de hondas consecuencias en el régimen político se ha admitido mayoritariamente la posibilidad de las reelecciones en 14 países, con las siguientes modalidades actualmente vigentes:

- a. Reelección inmediata por un solo período: Argentina, Brasil, Ecuador, Honduras¹⁹ y República Dominicana.
- b. Reelección luego de un mandato presidencial: Chile, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú y Uruguay.
- c. Reelección indefinida: Venezuela y Nicaragua²⁰.

17 Cfr. DANIEL ZOVATTO G., obr. cit., pp. 62/63. Véanse también las siguientes obras: *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, DANIEL ZOVATTO, Coordinador, editado por la UNAM e IDEA Internacional, en México, 2006 y *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, DIETER NOHLEN, DANIEL ZOVATTO, JOSÉ OROZCO y JOSÉ THOMPSON, Compiladores, editado por la UNAM, Universidad de Heidelberg, IDEA Internacional, Instituto Federal Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Fondo de Cultura Económica, México, 2007, 2ª. edición.

18 Cfr. DANIEL ZOVATTO G., ob. cit., pp. 64-68. Para un análisis más detallado de los sistemas electorales, véase este mismo trabajo referenciado y los indicados en la nota anterior. Por nuestra parte, consideramos que luego de las reformas producidas en Ecuador y Bolivia, se han incorporado mayores elementos del sistema mayoritario para las elecciones legislativas.

19 Según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, con fecha 22 de abril de 2015, que dispusiera la inaplicabilidad de los artículos constitucionales que prohibían la reelección presidencial. (Cfr. DANIEL ZOVATTO, “Esclavos del pueblo o de las instituciones”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 3 de octubre de 2015).

20 Según la reforma constitucional de 2014, que modificara el art. 147.

d. Reelectiones por un tercer período y con tendencia a la de carácter indefinido: Bolivia²¹ y Ecuador²². En Argentina se intentó sin éxito una reforma constitucional para posibilitar lo mismo en 2013^[23].

e. Prohibición de reelección: Guatemala, México, Paraguay y recientemente Colombia, según reforma de junio de 2015, que antes posibilitaba una sola reelección.

Es menester señalar que este notable cambio de tendencia ha sido acompañado por un diseño constitucional de atenuación del presidencialismo, como lo vimos anteriormente.

No obstante esto, se aprecia claramente que existe un grupo de países liderado por Venezuela, que ha consagrado ya en sus Leyes Supremas la reelección indefinida o los terceros mandatos, además de otros rasgos de hiperpresidencialismo, lo que para nosotros afecta los principios del Estado constitucional y democrático de Derecho.

En efecto, Venezuela había admitido en 1999 la posibilidad de una sola reelección inmediata, para un período de 6 años, pero mediante el Referendum n.º 1 de 2009, modificó su art. 230 para permitir una reelección indefinida del presidente y en otras normas, de cargos electivos como Gobernadores y Alcaldes. Asimismo, este proceso tendiente a posibilitar nuevas reelecciones ha influido notoriamente en los casos de Nicaragua, Ecuador, Bolivia y Argentina.

Creemos que los ejemplos observados en nuestro país y América Latina de aquellos que han buscado perpetuarse en el ejercicio del poder, ilustran acabadamente sobre las profundas lesiones causadas por dichas actitudes a la cultura política democrática y calidad institucional de nuestros pueblos²⁴.

21 En Bolivia, pese a lo indicado en el art. 168 y a la disposición transitoria del art. 411, se interpretó inconstitucionalmente que el primer mandato de Morales no se contabilizaba, lo que habilitó el tercer mandato en el 2014. Y ya se ha postulado por sus seguidores del MAS la idea de otra reelección –del 2020 al 2025–, para lo que es necesaria una reforma constitucional, que acaba de aprobarse con fecha 26 de septiembre de 2015, aunque falta el posterior referéndum previsto para 2016.

22 En Ecuador, no obstante lo prescrito por el art. 144, se habilitó el tercer mandato del Presidente Correa y ya se está planteando una modificación constitucional para avanzar hacia la reelección indefinida en 2017.

23 Así fue planteado por diversos representantes del oficialista Frente para la Victoria, que no pudieron concretar el intento ante la derrota política sufrida en la elección legislativa de 2013.

24 Adolfo Rodríguez Saá fue 18 años Gobernador de San Luis, a partir de 1983, en razón a que la Constitución posibilitaba la reelección indefinida, hasta su modificación operada en 2006, que incluyó a la Provincia en la solución mayoritaria de una reelección inmediata por un solo período. Sin embargo, en el año 2003, fue elegido Gobernador su hermano Alberto, que ejerció por dos períodos más, y ahora se presenta nuevamente para el cargo en estas elecciones de 2015. Y lo propio había ocurrido antes en la Provincia de Santiago del Estero, donde fueron Gobernadores Carlos Juárez y su mujer Nina Aragonés, durante varios períodos. Actualmente, Gildo Insfrán, Gobernador de Formosa, lleva casi 20 años en el poder y alcanzará los 24 al final de su sexto mandato, para el que se ha presentado en estas elecciones de 2015, habida cuenta que es una de las Provincias que permite la reelección indefinida. Con relación al problema del nepotismo, algunas Constituciones provinciales –como la de Córdoba en su art. 129, con criterio republicano que compartimos–, prohíben la posibilidad de que integren la fórmula de Gobernador y Vicegobernador un matrimonio o algún pariente del Gobernador hasta segundo grado. Ante la inexistencia de normas similares en el orden federal, nosotros

Es menester dejar de lado esas prácticas agonales de conservación del poder a cualquier precio²⁵, para poner el énfasis en el ejercicio de una política arquitectónica que se base en el cumplimiento estricto de los principios republicanos y de las reglas de juego electorales, lo que es esencial para una clara, transparente e indiscutible legitimidad democrática.

III. EL PRESIDENCIALISMO ARGENTINO

A. EL PRESIDENCIALISMO EN EL TEXTO ORIGINARIO DE 1853

La Constitución Nacional, sancionada en 1853, estableció una forma de gobierno representativa, republicana y federal en el art. 1º, en base al modelo de la constitución norteamericana.

Debemos señalar en cuanto al primer aspecto de la forma representativa, que en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron institutos de democracia semidirecta como la iniciativa y la consulta popular, en los arts. 39º y 40º.

En relación a la forma republicana, se dispuso la clásica separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El presidente y Vicepresidente de la República eran electos de manera indirecta por colegio electoral, con un mandato de 6 años y sin reelección inmediata, hasta la reforma de 1994, que estableció una elección directa a doble vuelta, con un mandato de 4 años y posibilidad de una reelección inmediata. Además, se diseñó una atenuación del fuerte presidencialismo consagrado en 1853.

El Poder Legislativo está compuesto por dos Cámaras: de Diputados, que representan al pueblo de la Nación, y de Senadores, que representan a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires.

El Poder Judicial está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con nueve miembros y los demás tribunales inferiores.

tuvimos en 1973 la fórmula integrada por Juan Domingo Perón y María Estela Martínez de Perón y en otra expresión de nepotismo, la designación de Cristina Fernández de Kirchner como su sucesora por parte del Presidente Néstor Kirchner, al finalizar su mandato en 2007. Y lo propio ocurre ahora con la Provincia de Santiago del Estero, donde ante la imposibilidad de la reelección del Gobernador Zamora, asumió el gobierno su mujer.

25 Ejemplo de ello fue el intento de mantenerse en el poder del expresidente de Guatemala Alvaro Colom en 2011, al intentar la candidatura de su mujer Sandra Torres, pese a que la Constitución lo prohibía, para lo cual se divorciaron, lo que finalmente no fuera aceptado por el Tribunal Supremo Electoral, en un fallo que refleja verdadera independencia del Poder Judicial. De la misma manera que es menester resaltar la digna actitud del Tribunal Constitucional de Colombia en el mismo año, que también rechazó igual intento de una segunda reelección por parte del presidente Álvaro Uribe.

Nuestro sistema es presidencialista, ya que en la Ley Suprema se mantiene en el art. 87 –luego de la reforma constitucional de 1994– el mismo texto del anterior art. 74 de 1853, que dispone que “el Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “presidente de la Nación Argentina”.

Se ha planteado un debate en el Derecho argentino en torno a la “unipersonalidad” del Poder Ejecutivo o a su carácter “colegiado”, o sea, del presidente y sus Ministros. La mayoría de la doctrina –a la que nos sumamos– se inclina por la primera posición con base en el texto constitucional (Montes de Oca, González, Bidegain, Bidart Campos, Romero, Linares Quintana, Badeni, Quiroga Lavié, etc.), aunque sostienen la segunda otros autores (Matienzo, Marienhoff, Ekmedjian, Cordeiro Pinto, etc.). Por su parte, Sagüés piensa que tiene un carácter “compuesto”, con base en la obligación del refrendo ministerial impuesto por el art. 100 para la validez de los actos presidenciales, y por tanto también defiende la naturaleza colegiada²⁶.

El modelo inicial del texto histórico de 1853 fue, como lo hemos dicho, el de la Constitución de Filadelfia de 1787, pero con algunas modificaciones que establecieron un presidencialismo aún más fuerte en sus competencias, por la influencia de Juan Bautista Alberdi que siguió el antecedente de la Constitución Chilena de 1833^[27].

El presidente tuvo 4 jefaturas: del Estado, del Gobierno, de la Administración y de la ciudad de Buenos Aires. Actualmente, luego de la reforma de 1994, conserva las tres primeras.

26 Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 1, 2ª. Ed., ob. cit., pp. 445-446.

27 Decía ALBERDI en Las Bases en su Cap. XXV, titulado “Continuación del mismo objeto. Extensión relativa de cada uno de los poderes nacionales. Papel y misión del Poder Ejecutivo en la América del Sur. Ejemplo de Chile”: “Lo peor del despotismo no es dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la Constitución es inmutable. Dad al Poder Ejecutivo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución”. “Este desarrollo del poder ejecutivo constituye la necesidad dominante del derecho constitucional de nuestros días en Sudamérica”. (Cfr. “Bases”, Editorial Plus Ultra, 3ª. Ed., Buenos Aires, 1981, pp. 179 y ss.). En todo el Capítulo se observa cómo Alberdi confiaba en un Ejecutivo fuerte para poder lograr la paz y la vigencia de la Constitución, poniendo como ejemplo al modelo chileno, considerablemente más fuerte que el sistema presidencial norteamericano. Y expresaba: “Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano” (Cfr. ob. cit., p. 181). Y más adelante afirmaba: “Yo no vacilaría en asegurar que de la constitución del poder ejecutivo, especialmente, depende la suerte de los Estados de la América del Sur. Llamado ese poder a defender y conservar el orden y la paz, es decir, la observancia de la Constitución y de las leyes, se puede decir que a él sólo se halla reducido el gobierno en estos países de la América antes española” (ob. cit., idem, p. 182). Asimismo se refirió expresamente a las diferencias con el presidencialismo norteamericano en su libro “Estudios sobre la Constitución argentina”, en su célebre debate con Domingo Faustino Sarmiento. Así como antes objetamos los conceptos del gran tucumano en torno al federalismo centralizado, ahora hacemos lo propio desde nuestra convicción republicana en relación a su más que fuerte presidencialismo, aunque comprendemos aquél contexto histórico y su idea imperiosa de superar la anarquía.

En cuanto a las atribuciones del presidente, remitimos al capítulo siguiente, para su análisis exhaustivo, lo que no impide que mencionemos ahora algunas, para su caracterización.

La Ley Suprema le otorga atribuciones de carácter colegislativo al Poder Ejecutivo —a cargo del presidente—, ya que puede presentar proyectos de ley, además de promulgar y publicar los sancionados por el Congreso (art. 99 inc.3). También está facultado para vetar las leyes (art. 83).

Asimismo, el presidente debe realizar anualmente la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso para dar cuentas del estado de la Nación (art. 99 inc. 8) y puede prorrogar las sesiones ordinarias y convocarlo a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9).

El presidente tiene facultades reglamentarias para ejecutar las leyes (art. 99 inc. 2) y excepcionalmente puede dictar decretos de necesidad y urgencia, “cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos” (art. 99 inc. 3).

Por otra parte, el Congreso puede delegarle facultades legislativas en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado y según las bases que fije (art. 76).

Aunque la importancia del Congreso y trascendencia de sus funciones es indiscutible, también en nuestro país se aprecia que el centro de gravedad del poder corresponde desde hace tiempo al Poder Ejecutivo.

Ello se ha producido por diversas causas, entre las que señalamos: a) las interrupciones del orden constitucional que significaron el cierre del Congreso; b) el liderazgo del Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea; c) las emergencias políticas, económicas y sociales que disminuyeron el protagonismo del Congreso y d) la crisis de la representación política que afecta al prestigio del mismo.

No podemos además dejar de señalar que en la Presidencia de Menem, en sus dos períodos (1989-1999), se dictaron aproximadamente 500 decretos de necesidad y urgencia que afectaron gravemente la función legislativa²⁸. Y esta práctica tan negativa fue continuada por el resto de los presidentes que le sucedieron. A ello deben sumarse las delegaciones legislativas efectuadas por el propio Congreso, que también significaron una resignación del cumplimiento de sus funciones frente a un Ejecutivo que ha legislado por decretos, con notoria intensidad, desde la fecha indicada.

28 Mientras que entre 1853 y 1989 se calculan en 25 el número de decretos de necesidad y urgencia dictados.

B. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA ATENUACIÓN DEL PRESIDENCIALISMO

Por ello se comprende que uno de los objetivos principales de la reforma constitucional de 1994 fue la atenuación del presidencialismo, como incuestionablemente se observara en todo el proceso preconstituyente y en las manifestaciones vertidas en la propia Convención²⁹.

En este aspecto, debe destacarse la exposición del Convencional Raúl Alfonsín, que presidió el Bloque de la Unión Cívica Radical, al exponer en la Sesión Plenaria en que se trató el Núcleo de Coincidencias Básicas, donde sostuvo que a los fines de la interpretación de la Constitución, era importante conocer la intención de los Constituyentes de su bloque³⁰. Y afirmó lo siguiente: "... Es necesario ser muy preciso en la definición de las ideas que tuvimos en cuenta al apoyar este Núcleo de Coincidencias Básicas... En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente. Por ello —a nuestro criterio— cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, debe interpretarse de forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio las facultades del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad de promulgar parcialmente las leyes. Cuando exista alguna duda interpretativa entre las facultades del presidente y del Congreso, los jueces y demás intérpretes —a nuestro juicio— deberán dar prioridad a la solución que privilegia el Congreso, ello puesto que la intención de estas reformas es fortalecer el Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes. Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura y de la independencia y de las facultades de la Auditoría General de la Nación, aunque no contradiga el texto que sancionamos, debe interpretarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. Por el contrario, las facultades del Congreso en el control del gobierno deben interpretarse

29 Pueden verse los discursos pronunciados por los dos miembros informantes de la Comisión del Núcleo de Coincidencias Básicas, Enrique Paixao y Alberto García Lema, en representación de los partidos políticos mayoritarios que impulsaron la reforma constitucional. ("Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo v, pp. 4882 y siguientes, donde se reproducen las Sesiones Plenarias de la Convención). Paixao, al referirse a las dos formas y realidades de la concentración del poder mencionó el "hiperpresidencialismo" del Poder Ejecutivo Nacional y el modo "unitario de vida institucional" y luego indicó que la exposición se referiría a la propuesta para superar el primero de esos problemas (ob. cit., p. 4883).

30 Cfr. "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Tomo v, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, p. 5.155.

ampliamente. Se debe tener presente que nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponía en peligro nuestra República a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa. Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración del poder político en el Ejecutivo y por la idea de que por medio del sufragio se delega al presidente el Derecho de hacer todo lo que le parezca adecuado... No puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienden a construir la base de una nueva y más amplia democracia al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales. A modo de ejemplo, podemos afirmar que la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis; que la elección directa del presidente, los senadores y el Intendente de la ciudad de Buenos Aires amplía la legitimidad democrática; que la modificación del sistema de selección y nombramiento de los jueces y la constitucionalización del Ministerio Público y de los organismos de control de la administración pública tienden a mejorar los mecanismos de control del poder. Nuestra intención con estas reformas es también la de fortalecer el federalismo. Al limitar las atribuciones presidenciales para ordenar la intervención federal al modificar el Senado se establecen organismos y mecanismos más aptos para de las autonomías provinciales y municipales”³¹.

*Para nosotros, con base en una interpretación armónica y sistemática*³², ese objetivo fue instrumentado a través de un diseño que incluyó las siguientes modificaciones institucionales en el texto supremo:

1. Privación de una de sus Jefaturas al presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2. Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que por razones de brevedad no podemos analizar y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, basta mencionar la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser

³¹ Cfr. “Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”, Tomo v, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, pp. 5.155-5.156.

³² Véase HERNÁNDEZ ANTONIO M., “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario” en el libro *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Advocatus, 2005, pp. 49 y ss. y “Balance de la reforma constitucional de 1994”, La Ley, 24 de agosto de 2009, La Ley 2009-E, 895, Buenos Aires.

removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

3. Reducción de las atribuciones del presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y el procedimiento establecido para los ministros de la Corte Suprema.

4. Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder, como otro objetivo del federalismo³³.

5. Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6. Reducción del mandato del presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el Derecho comparado, incluso latinoamericano y en nuestro constitucionalismo provincial.

7. Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99 inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8. Creación del Jefe de Gabinete de Ministros, como institución de origen parlamentario introducida en el sistema presidencialista, con la finalidad de mitigar nuestro hiperpresidencialismo y asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como se sostuvo en los debates de la Convención Constituyente.

Más adelante, nos detendremos específicamente en esta institución³⁴. De cualquier manera, su incorporación en la reforma de 1994 tuvo el objetivo de atenuar nuestro presidencialismo y no de cambiar el sistema hacia uno semipresidencialista o parlamentario³⁵. Similares propósitos han tenido las reformas constitucionales operadas en otros países de sistema presidencialista³⁶.

33 Véase HERNÁNDEZ ANTONIO M., *Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997 y *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

34 Mas allá de la importancia de la institución, insistimos en una interpretación armónica y sistemática de la Constitución, en cuya virtud se trata de otra de las medidas incluidas en el diseño para atenuar el presidencialismo, pero de ninguna manera la única, como parecen sostener buena parte de los comentaristas de la reforma de 1994.

35 Se trató de una renovación del presidencialismo, para atenuarlo y racionalizarlo, como ha ocurrido en otros países de América latina y del mundo, según lo ha demostrado DIEGO VALADÉS en sus obras citadas. De todas maneras, este diseño no buscó el tránsito de un sistema presidencialista a uno mixto con mayores ingredientes

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención Constituyente, consideramos que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en los hechos una atenuación del hiperpresidencialismo.

Si bien efectivamente funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5 (o sea, por la eliminación de su jefatura sobre la Ciudad de Buenos Aires, por la intervención del Consejo de la Magistratura en la elección de los jueces, por las mayores competencias y autonomía de Provincias y Municipios y por la jerarquización de los órganos de control) no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, que se manifiesta en las delegaciones legislativas, el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia, las emergencias y los llamados “superpoderes”, que más adelante analizaremos. Asimismo, la práctica institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa, ya que no impidió su caída.

Consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del

-
- de parlamentarismo, como lo había intentado especialmente CARLOS S. NINO, que desde el Consejo de Consolidación de la Democracia, creado por el Presidente Raúl Alfonsín en 1986, con sus dos Dictámenes, preconizaba una reforma constitucional en este aspecto, siguiendo los modelos de Francia, Portugal y Finlandia. (Véase además el extenso análisis que efectúa el destacado jurista en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 595 y ss.). De todas maneras, debe quedar claro que nunca Nino postuló la adopción de un sistema parlamentario. Más recientemente ha insistido con estos lineamientos PABLO RIBERI en su artículo “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político” (*Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003, pp. 291/315). En relación con estas cuestiones, véase el interesante artículo de MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA y RICARDO RAMÍREZ CALVO, *Presidencialismo vs. Parlamentarismo- Una discusión acerca del sexo de los ángeles*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009.
- 36 Recuérdense las obras de DIEGO VALADÉS antes citadas, donde analiza los casos de Perú (quien primero introdujo este tipo de instituciones), Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, en América Latina, que han renovado el presidencialismo en las reformas constitucionales, dentro de 48 casos observados en el derecho constitucional comparado, lo que le permite fundamentar su denominación de “presidencialismo parlamentarizado”. También sostiene que se advierte una presidencialización de los sistemas parlamentarios. En la exposición efectuada por el jurista mejicano en el Seminario sobre Presidencialismo antes citado, insistió en introducir reformas al sistema constitucional de su país para incorporar el Gobierno de Gabinete, además de otras instituciones que había mencionado Jorge Carpizo, en la Mesa Redonda que también integrara. Valadés recordó la tradición y tendencia autoritaria del presidencialismo, que mereciera las críticas de Kelsen y Bobbio y abogó por la racionalización de su poder. El Senador Carlos Navarrete, del PRD, que también formó parte de dicha mesa junto a los citados juristas y a otros dos Senadores del PAN y del PRI, fue particularmente elocuente en su análisis del presidencialismo exacerbado durante el gobierno del PRI, que recién finalizara con la presidencia de Fox en el 2000. Por ello, hemos incluido dentro del hiperpresidencialismo dicha etapa.

presidente. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis” en 2003, donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa, para impedir el uso conjunto de los mismos, en relación con el llamado “corralito”, que fue para nosotros la más grave y grosera violación de derechos constitucionales producida por una emergencia económica en nuestra historia³⁷.

El avance incontrolado de la concentración del poder en el Poder Ejecutivo ha alcanzado su máximo desarrollo a partir de la sanción de la Ley de Emergencia 25.561, sancionada por el Congreso en 2002, que originara una delegación sin precedentes al presidente, en una amplísima cantidad de materias (económicas, financieras, bancarias, administrativas, de fijación de precios y tarifas, de renegociación de los contratos, etc.) y que hasta la actualidad ha sido prorrogada cada año, pese a que el gobierno se jacta del buen funcionamiento de la economía y del superávit fiscal.

Pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, en Argentina se gobernó por muy pocas personas (la titular del Poder Ejecutivo y unos pocos colaboradores por medio de decretos (delegados o de necesidad y urgencia), sin el debido control político por parte del Congreso ni de la Corte Suprema de Justicia. Por eso, aunque desde hace tiempo padecemos este fenómeno del hiperpresidencialismo, hemos atravesado últimamente su faz más aguda.

En relación con esto último, debemos mencionar *tres modificaciones legislativas efectuadas en el año 2006*, que fueron muy significativas y que para nosotros profundizaron esta patología.

Nos referimos en primer lugar a la Ley 26.122, reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia, que posibilita que sea más fácil la legislación por decreto que por ley, ya que para el primer caso solo se requiere que una sola de las Cámaras otorgue su aprobación, mientras que en el segundo caso es necesaria la voluntad de las dos. Asimismo no se estableció plazo alguno para que se expida el Congreso ni para una caducidad de los decretos no ratificados. Creemos que dicha

37 Véase nuestra obra *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones, la 1ª. de RUBINZAL CULZONI, Buenos Aires, 2002 y la 2ª del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni, México, 2003, donde efectuamos un análisis de las emergencias sufridas en nuestra historia institucional y, en especial, de la última económica, cuyos efectos todavía continúan y que creara el “corralito” financiero y bancario a partir de fines de 2001. Más recientemente, debe destacarse el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Camaronera patagónica”, de 2014, que también interpreta adecuadamente la Ley Suprema al limitar las delegaciones legislativas en materia tributaria.

ley es inconstitucional porque: a) no respeta el espíritu del art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema; b) viola el art. 82 de la Constitución, que prescribe que “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”; y c) contradice abiertamente el objetivo de la reforma de 1994 antes analizado, de atenuación del presidencialismo³⁸.

En segundo lugar, se sancionó la Ley 26.080 que modificó el número de miembros del Consejo de la Magistratura, para reducirlo de 20 a 13 y con alteración del equilibrio ordenado por el art. 114 de la Ley Suprema, lo que significara un avance del Poder Ejecutivo sobre los otros sectores, que ha afectado la independencia del Poder Judicial, valor fundamental para el sistema republicano.

En tercer lugar, también dicho año se modificó el art. 37 de la Ley de Administración Financiera 24.156, para posibilitar que el Jefe de Gabinete de Ministros pudiera cambiar el destino de las partidas, en lugar de la atribución que solo le puede corresponder al Congreso, lo que ha significado desde entonces, una gravísima lesión a una de las más importantes competencias de dicho órgano estatal.

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática³⁹.

C. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

Habíamos expresado en el punto anterior que la atenuación del presidencialismo diseñada en la última reforma constitucional incluyó, entre otros aspectos, la introducción de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros.

Ello fue consecuencia del Acuerdo de Olivos que así lo había previsto, lo que se trasuntó luego en la aprobación por el Congreso de la Ley Declaratoria de la Necesidad de la reforma 24.309 de 1993, en cuyo art. 2 Apartado A se prescribió el tema como uno de los habilitados, dentro del llamado Núcleo de coincidencias

38 Por otra parte, la mayoría oficialista en la Comisión Bicameral Permanente, ha impedido un verdadero control de los decretos por parte del Congreso, por lo que se ha acentuado la práctica de un gobierno por decretos, en lugar de leyes. Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario “La Nación” de Buenos Aires, el presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 Decretos de Necesidad y Urgencia frente al envío de solo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia hay que sumar otra enorme cantidad de decretos delegados —en razón de la ley de emergencia económica citada— lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decretos en nuestro país, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro Estado de Derecho.

39 Véase al respecto lo que expusimos en el Cap. 1 de la obra *Derecho Constitucional*, ya citada, que dirigimos, en el punto V sobre Cultura constitucional y en nuestras obras *Las emergencias y el orden constitucional*, en sus dos ediciones de la UNAM de México de 2003 y de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, y la *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, antes citada.

básicas, sostenido por las dos fuerzas políticas mayoritarias, o sea, el peronismo y el radicalismo⁴⁰.

Dicha habilitación tuvo como antecedente la propuesta de incorporación de la figura efectuada anteriormente, por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por el presidente Alfonsín por Decreto 2446 del 24 de diciembre de 1985 y coordinado por el Dr. Carlos Santiago Nino en su Dictamen Preliminar.

Allí se expresó en torno al Régimen presidencialista que “estaba entroncado en nuestras tradiciones” y que presentaba “ventajas considerables” así como “desventajas notorias”, y que: “El Consejo consideró y descartó la idea de aconsejar la sustitución lisa y llana del régimen presidencialista por una parlamentario. Ello hubiera constituido una innovación demasiado sustancial. Se ha preferido aconsejar la adopción de un régimen mixto, que atenúe las debilidades funcionales del régimen presidencialista mediante la inserción en él de características propias de los regímenes parlamentarios”⁴¹.

En cuanto a las características salientes del sistema presidencialista mixto sugerido, se sostuvo: “La necesidad de desconcentrar el cúmulo de tareas que hoy agobia al presidente y de dar más flexibilidad a la institución presidencial en situaciones de tensión o crisis, muestra la conveniencia de instituir la figura de un Jefe de Gabinete, presidente del Consejo de Ministros o Primer Ministro. Aquí se abre la primera opción: o bien el Jefe de Gabinete es una creación facultativa del presidente, esto es, un órgano dotado de atribuciones libremente delegadas por este último, o bien es un Primer Ministro a quien la Constitución atribuye las funciones de Jefe de la Administración Pública, además de las que le pueda delegar el presidente. Las recordadas deficiencias de la estructura presidencialista señaladas al comienzo se atenúan de manera más eficaz mediante la figura de un Primer Ministro dotado por la Constitución de las atribuciones premencionadas. Una segunda opción se abre aquí. Se trata de decidir si el Primer Ministro y el Gabinete son o no responsables ante el Parlamento. Más precisamente, ante la Cámara de Diputados. Se puede atenuar el peso de la figura del presidente estableciendo que debe necesariamente recabar el consentimiento previo de la Cámara de Diputados para designar al Primer Ministro y al Gabinete. Pero ello no es aconsejable; se procura conservar características centrales del régimen presidencialista y tal pedido anticipado de confianza limitaría excesivamente la posición del presidente”⁴².

40 Para el análisis de la reforma de 1994, véase la obra *Derecho Constitucional*, 2 Tomos, Director ANTONIO MARÍA HERNANDEZ, ya citada, en su Tomo I, Cap. II sobre Poder Constituyente, donde nos detenemos en el Acuerdo de Olivos y su significado.

41 “Reforma Constitucional- Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”, Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 49. El Dictamen fue presentado al Presidente Alfonsín con fecha 7 de octubre de 1986.

42 Cfr. “Reforma Constitucional - Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”,

La Convención Nacional Constituyente de 1994 incorporó esta nueva institución en los arts. 100 y 101, prescribiendo el primero de ellos:

“El Jefe de Gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

1. Ejercer la administración general del país.
2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del Ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.
3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que correspondan al presidente.
4. Ejercer las funciones y atribuciones que la delegue el presidente de la Nación.
5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.
6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y el Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.
7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto Nacional.
8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que disponen la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.
9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.
10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.
11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritas que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.
12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.
13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción

pp. 49/50. Consideramos de gran importancia estas enunciaciones del documento, que nos indican el sentido de la propuesta y especialmente, la última frase, donde se aclara que se pretendían conservar las características centrales del régimen presidencialista. Expresamos esto, a los fines de precisar la naturaleza de la institución incorporada en 1994, que se inscribe bajo nuestro punto de vista, en la tendencia general que señalamos en América Latina, de racionalizar y atenuar los sistemas presidenciales, mediante la incorporación de instituciones de regímenes parlamentarios. Mencionamos, asimismo, que entre otros documentos publicados junto al Dictamen, se encuentra el “Informe sobre la práctica constitucional de dos sistemas semi-presidenciales”, del Dr. Nino, referidos a Francia y Portugal. Queda en claro, en consecuencia, que en modo alguno ni el Consejo ni su Coordinador abogaron por el tránsito a un sistema parlamentario.

estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. El Jefe de Gabinete de Ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio”.

Por su parte, el art. 101 ordena: “El Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir al Congreso una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras”.

Fue Miembro Informante de la Comisión de Coincidencias Básicas sobre esta nueva institución el Convencional Enrique Paixao, quien expresó inicialmente que la reforma constitucional estaba justificada por dos realidades históricas: la concentración de poder en el Ejecutivo y las violaciones de nuestro federalismo. Y al referirse al primer problema, sostuvo: “La primera de esas reformas, en consecuencia, consiste precisamente en incorporar al Poder Ejecutivo una figura que, desagregando las tradicionales facultades que hoy están estructuradas en cabeza del presidente de la Nación, dé al órgano ejecutivo del gobierno nacional mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis y la garantía de que el pluralismo ha de ser el modo permanente en el ejercicio del poder por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Las cuatro jefaturas que nuestra Constitución pone en cabeza del presidente de la Nación —la del Estado, la de la administración, la de gobierno y la militar— son desagregadas en esta reforma constitucional que hoy considera esta Convención Constituyente. La creación de la figura de un ministro como Jefe de Gabinete es el procedimiento elegido para desagregar la jefatura administrativa —una de las cuatro que mencioné—, que quizás no es más importante por su gravitación política, pero sí por el peso de su labor en la vida cotidiana. Estamos proponiendo una figura que, dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del presidente, estamos incorporando un órgano afectado específicamente a la tarea de administración activa... En esa figura quedan asentados los poderes reglamentarios vinculados con la administración, queda asentada la participación en el poder reglamentario del Poder Ejecutivo... En un segundo tramo de su actuación, esa figura está colocada en un lugar que la transforma en el punto de contacto permanente entre el órgano ejecutivo y el Congreso de la Nación... Con esta figura estamos dando al sistema institucional argentino la imagen central que caracteriza a los sistemas parlamentarios, la imagen del ministro que informa de la marcha de la cosa pública al órgano parlamentario, y que lo hace con regularidad, sin dramática y, sobre todo, con eficiencia. Finalmente, como una señal de la función de puente entre el presidente y el Congreso de la Nación, debo decir que la reforma que ponemos a consideración de este cuerpo incluye la posibilidad de que el Congreso remueva al Jefe de Gabinete, quien tendrá responsabilidad política

ante el Poder Legislativo”. Y concluyó así: “Este primer resguardo de atenuación del hiperpresidencialismo argentino queda muy sintéticamente presentado ante esta Convención Constituyente”⁴³.

Por su parte, el Convencional Raúl Alfonsín dijo al respecto: “... A modo de ejemplo podemos afirmar que la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis...”⁴⁴.

Las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros, consignadas especialmente en el art. 100 que hemos transcrito anteriormente, han sido clasificadas por Armagnague⁴⁵ en:

a) Poderes de gobierno: tiene a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, ejerce la administración general del país, refrenda y legaliza junto al ministro del área correspondiente los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de validez. Además es responsable de la recaudación de las rentas de la Nación y la ejecución del presupuesto nacional. En este sentido, dirige la acción del gobierno en materia económica al determinar los mecanismos para la percepción de los impuestos y al llevar a cabo las obligaciones gubernamentales respecto de su inversión.

b) Poderes de administración: efectúa los nombramientos de los empleados de la administración pública, entre ellos, subsecretarios y directores generales de todas las áreas del Poder Ejecutivo. Convoca, coordina y prepara las reuniones de gabinete, las cuales preside en ausencia del presidente. Ejerce las funciones que el presidente le delegue.

c) Funciones políticas: concurre a las sesiones del Congreso y participa en sus debates sin voto. Presenta al Congreso una memoria detallada del estado de la Nación y produce los informes y explicaciones verbales y escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

d) Facultades colegislativas: previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete envía al Congreso los proyectos de

43 Cfr. *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Tomo v, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, pp. 4883/4884. De dicho informe surge con claridad que el objetivo de atenuación del hiperpresidencialismo tuvo un diseño comprensivo de diversos institutos, uno de los cuales fue el Jefe de Gabinete de Ministros, por lo que en modo alguno puede reducirse aquél a esta sola figura. Insistimos por el contrario, en una interpretación armónica y sistemática de la Constitución, como la que efectuamos al tratar este tema en el punto respectivo, que encuentra también su fundamentación en la intervención del Convencional Paixao.

44 Cfr. *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Tomo v, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, Sesiones Plenarias, pp. 5.155-5.156.

45 JUAN F. ARMAGNAGUE, *Curso de Derecho constitucional argentino y comparado*, La Ley, ob. cit., pp.333/4. Debe destacarse que el Profesor de Mendoza fue también Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

ley de Ministerios y Presupuesto Nacional. Asimismo, dicta los actos y reglamentos necesarios para el ejercicio de sus atribuciones, refrenda los decretos reglamentarios de las leyes, como así también los reglamentos de necesidad y urgencia en las materias permitidas, los reglamentos delegados, los decretos que dispongan la prórroga de sesiones del Congreso, o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa”.

Aclaremos asimismo que el Jefe de Gabinete de Ministros ejerce las competencias específicas mencionadas en los arts. 100 y 101 de la Ley Suprema, además de las genéricas correspondientes a todos los Ministros, prescriptas en los arts. 102, 103, 104 y 106, que más adelante analizaremos.

Seguidamente el autor pone de relieve la importancia política del Jefe de Gabinete ya que puede “flexibilizar el régimen político” y “contribuir a solucionar los problemas de gobernabilidad generados por el hiperpresidencialismo”. En este aspecto, se detiene en el análisis de los problemas de bloqueo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, con pérdida del consenso del presidente, que pueden llevar a la caída del sistema institucional, lo que puede ser evitado con la designación de un representante de la oposición en este cargo, con lo cual “se institucionalice un gobierno de coalición”. Asimismo, enfatiza que “la presencia periódica del Jefe de Gabinete en el Congreso da raigambre constitucional al principio republicano de informar sobre los actos de gobierno”. Igualmente, destaca el significado político del voto de censura, con la posibilidad de la remoción del Jefe de Gabinete, por parte del Congreso.

También afirma que esta figura desconcentra el Poder Ejecutivo y que “la escena política puede ser protagonizada, de este modo, de manera principal, por el presidente y el Jefe de Gabinete, sin superposición ni menoscabo de sus respectivas investiduras”⁴⁶.

Por nuestra parte, hemos destacado al analizar la reforma constitucional de 1994 que otro de los objetivos de la misma fue la de fortalecer al Congreso, lo que evidentemente se concretó con las mayores competencias asignadas, además de lo relacionado con esta nueva figura, atendiendo a su obligación de informar mensualmente y de la posibilidad de su remoción por un voto de censura.

Débase puntualizar la magnitud del cambio operado en nuestro sistema presidencial al consignarse en la Ley Suprema la presencia periódica del Jefe de Gabinete ante cada una de las Cámaras. Ello es así por cuanto aunque se había consagrado la posibilidad de las llamadas “interpelaciones” a los ministros, en nuestra historia institucional fue escasísimo el número de las concretadas, ya que casi siempre el oficialismo las impidió, en detrimento de las funciones de control político del Congreso.

46 Cfr. JUAN F. ARMAGNAGUE, *Curso de Derecho constitucional argentino y comparado*, ob. cit., pp. 334-346.

En esta misma línea de análisis, en relación a los cambios producidos en el diseño normativo para atenuar el hiperpresidencialismo, consideramos de especial trascendencia la *mención del “gabinete”*, efectuada en los incisos 4, 5 y 6 del art. 100. En efecto, allí se ha consignado que deben producirse: a) “acuerdos de gabinete” para que el Jefe de Gabinete pueda “resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo” (inc. 4) y para el tratamiento de los proyectos de Leyes de Ministerios y de Presupuesto (inc. 6) y b) “reuniones de gabinete de ministros”, presididas por el presidente y en su defecto, por el Jefe de Gabinete de Ministros.

Luego de realizar un análisis comparativo en América Latina sobre esta cuestión, que por cierto incluye a nuestro país, dice Valadés⁴⁷: “Esa amplia gama de funciones asignadas constitucionalmente a los gabinetes denota que, paulatinamente, se van superando las inercias del presidencialismo tradicional y que el gabinete va dejando de ser una instancia de administración para convertirse en un espacio donde se discuten y adoptan las definiciones políticas del gobierno”.

Y más adelante, agrega estas agudas reflexiones, que pensamos de especial aplicación para nuestra realidad: “La operatividad de las normas constitucionales en cuanto a las facultades de los gabinetes no depende únicamente de la receptividad de los presidentes ni de la autonomía de los ministros; depende también del entorno político y cultural en el que se actúe. Bagehot advirtió que “los gobiernos de gabinete educan a la Nación”, y puede agregarse que, en la medida en que una sociedad está políticamente educada, la integración del gabinete corresponde a una mejor selección... Entre mayores sean los niveles de información y los incentivos que se tengan para participar en las decisiones políticas, más propicias serán las circunstancias para que los sistemas constitucionales alcancen la plenitud de sus resultados potenciales. Las tesis conservadoras que descalifican prematuramente los cambios normativos porque no se traducen en la transformación subitánea de la realidad, desconocen la relación entre la norma y la cultura”⁴⁸.

Esta nueva figura ha provocado un intenso debate doctrinario⁴⁹ sobre distintos aspectos como su importancia, naturaleza y funcionamiento en el orden de la realidad. Por razones de brevedad, nos limitaremos a exponer sintéticamente nuestro punto de vista.

En tal sentido, *distinguimos entre el diseño constitucional y su vigencia sociológica* y, en consecuencia, estimamos que:

47 Cfr. DIEGO VALADÉS, *El gobierno de Gabinete*, Rubinzal Culzoni Editores y Universidad Nacional Autónoma de México, Santa Fe, 2008, p. 44.

48 Cfr. DIEGO VALADÉS, ob. cit., p. 47. También el autor recuerda la siguiente expresión de Alberdi: “Las instituciones escritas son los títulos de propiedad de un tesoro del que los pueblos toman posesión poco a poco” (ob. cit., p. 47, nota 42).

49 Cfr. HARO RICARDO, *Constitución, poder y control*, UNAM, México, 2002, pp. 129 y ss.

a. En cuanto a la importancia de la institución, no dudamos en sostener ello por las razones antes expuestas, donde conforme su diseño asimismo destacamos: 1. El propio texto de la Constitución, que ubica al Jefe de Gabinete en una posición de notable jerarquía política e institucional, con una evidente preeminencia sobre los otros Ministros, tal como lo indica el título del Cap. IV: “Del Jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo”. 2. La calidad, extensión y trascendencia de sus funciones, especialmente prescritas en el art. 100. 3. La clara opinión expresada al respecto por parte de los sectores políticamente mayoritarios de la Convención Constituyente, que no puede ser desconocida en una adecuada tarea de interpretación constitucional.

b. En cuanto a su naturaleza, reiteramos que esta institución del Jefe de Gabinete se inscribió en la tendencia mayoritaria en América Latina de avanzar hacia un presidencialismo parlamentarizado como diseño constitucional, donde sin abandonarse el sistema presidencial, se incorporaron algunas instituciones originadas en el parlamentarismo, con el objetivo de flexibilizarlo y racionalizarlo, como lo señalara Valadés⁵⁰. Esta institución tiene características propias y no puede ser asimilada a un Primer Ministro, Canciller o presidente de Gobierno de los más conocidos regímenes parlamentarios. Asimismo fue el resultado de un proceso especial y de los acuerdos alcanzados entre los partidos políticos mayoritarios que suscribieron el Núcleo de Coincidencias Básicas, que modificaron las propuestas iniciales del Consejo de Consolidación de la Democracia, más cercanas a un modelo semipresidencialista. Mas allá de esto, ya hemos puntualizado las indudables potencialidades que la figura presenta en torno a la posibilidad de mejorar sustancialmente la calidad de nuestra política, basada casi siempre en lo agonal en lugar de lo arquitectónico. *Finalmente, volvemos a insistir en que consideramos un notorio desconocimiento de los propósitos y opiniones del constituyente, además de una falta de aplicación de criterios sistemáticos y armónicos para la interpretación, el afirmar que la atenuación del hiperpresidencialismo solo se diseñó a través de este único instituto.*

c. En relación al funcionamiento de la institución en el orden de la realidad, un balance a más de 20 años de esa trascendental reforma de 1994, se concluye en que esta figura en particular no ha logrado en el orden de la realidad política modificar nuestro hiperpresidencialismo. Diversas razones así lo indican: 1. En primer lugar, la reglamentación de esta normativa fue efectuada de manera restrictiva en cuanto a las funciones y competencias antes mencionadas, inconstitucionalidad que se suma a que fue efectuada por Decreto 977/95 del presidente de la República, en lugar de una Ley del Congreso, como lo sostiene Daniel Sabsay⁵¹. 2. En la práctica, los

50 En sus obras ya citadas *El gobierno de gabinete y El presidencialismo parlamentarizado*.

51 Cfr. “El Poder Ejecutivo”, en *Derecho Constitucional*, de ALBANESE, DALLA VIA, GARGARELLA, HERNÁNDEZ y SABSAY, ob. cit., pp. 615 y ss.

presidentes han continuado ejercitando un notorio hiperpresidencialismo. Una prueba de ello es que, en algunos casos, ni siquiera se han realizado reuniones de Gabinete⁵². 3. Los distintos funcionarios que ocuparon esta alta función no alcanzaron la jerarquía política e institucional que el cargo impone. 4. El Congreso ha permitido de manera inconcebible que los últimos Jefes de Gabinete ni siquiera den cumplimiento a una de sus principales obligaciones, como es la de concurrir alternativamente una vez por mes a cada una de las Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno. 5. Tampoco la institución pudo cumplir su rol para evitar una crisis política e institucional, como la que conllevó la caída del presidente De la Rúa en 2001⁵³. 6. En definitiva, se ha tratado de otra prueba más de las sistemáticas violaciones constitucionales que nos caracterizan como una sociedad anómica⁵⁴.

D. EL HIPERPRESIDENCIALISMO

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación “hiperpresidencialismo”, tanto en Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros, *este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional.*

Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. En su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional”⁵⁵ expuso con visión interdisciplinaria en el Cap. III destinado a la “Organización del Poder” estos 3 acápites: a) Actual organización del poder en la Argentina⁵⁶, con énfasis en lo jurídico-constitucional, donde analizó el hiperpresidencialismo en contexto, con la presidencia hipertrofiada, el debilitamiento del Congreso, el sistema de los partidos políticos y el sistema electoral, el proceso de sumisión de la administración de justicia, la declinación relativa del federalismo y las formaciones corporativas; b) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su legitimidad democrática⁵⁷, con énfasis en lo filosófico, donde analizó aspectos como la dispersión de la soberanía,

52 Como durante las presidencias de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.

53 Ya que muy tardíamente el presidente ofreció al peronismo la Jefatura de Gabinete, cuando era inminente su caída en 2001.

54 Cfr. HERNÁNDEZ ANTONIO MARÍA, ZOVATTO DANIEL y MORA y ARAÚJO MANUEL, *Encuesta de Cultura Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México e Idea Internacional, México, 2005.

55 Que lleva como subtítulo “Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional” y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

56 Cfr. NINO CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho constitucional*, ob. cit., pp. 497-569.

57 Cfr. NINO CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., pp. 569-617.

el deficiente procesamiento del consenso, los problemas de la mediación imperfecta y de la apatía política y el empobrecimiento del debate público y c) Evaluación del hiperpresidencialismo argentino desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia”⁵⁸, con énfasis en lo politológico, donde analizó la estabilidad en relación a la personalización del poder, la rigidez del sistema y las válvulas de escape, los bloqueos entre los poderes del Estado y la dinámica de confrontación de los partidos y la dificultad para formar coaliciones y luego la eficacia del hiperpresidencialismo.

Al referirse a la *presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853*, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: “Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos *de jure*”⁵⁹.

En su aguda visión de este fenómeno del hiperpresidencialismo en la práctica institucional de nuestro país, Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado.⁶⁰ Por eso consideraba que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa”⁶¹.

*Pensamos que muchos de sus conceptos tienen hoy plena vigencia, y en particular señalamos que el problema del hiperpresidencialismo corporativo sigue siendo el más grave de nuestro sistema constitucional, ya que ahora, luego de la reforma de 1994, que incorporara instituciones para atenuarlo, se observa con mayor nitidez la violación de la letra y espíritu de la Ley Suprema*⁶².

58 Cfr. NINO CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., pp. 617-653.

59 Cfr. NINO CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 529.

60 Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 562-566.

61 Cfr. NINO CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 605.

62 Todo ello se interrelaciona y contribuye a la conformación de una presidencia hegemónica, como lo ha

En relación con América Latina, por cierto que los gobiernos *de facto* contribuyeron a la consolidación del hiperpresidencialismo. Pero también en los gobiernos electos por el pueblo puede observarse esta deformación patológica de las instituciones. *Es lo que ha ocurrido en nuestro país desde hace tiempo y que ahora se comprueba con un análisis de la realidad, como lo hemos efectuado. Y es lo que se aprecia en otros países de América Latina, como Venezuela, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, Brasil⁶³ y Colombia.* También incluimos en dicha enumeración a *México*, durante el período de gobierno del PRI como partido hegemónico, hasta fines del siglo XX, pero no en la actualidad, ya que el tripartidismo existente ha significado un notorio avance institucional y democrático para el país, con un adecuado funcionamiento de la división de los poderes y del sistema republicano y un especial fortalecimiento del Congreso. Más allá que con la Presidencia de Peña Nieto del PRI se está notando una mayor concentración de poder en el Ejecutivo y una tendencia a la centralización del país.

Para nosotros, resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados que se observa en la mayoría de las reformas constitucionales producidas en América Latina, así como la necesidad de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

Creemos que nuestros problemas se vinculan no tanto con el diseño normativo de la institución⁶⁴, como con nuestros comportamientos políticos, que exhiben una deficiente cultura democrática.

señalado además NATALIO BOTANA, en diversos artículos periodísticos en el diario *La Nación* y en sus libros, destinados a la república y en particular, en el último titulado *Poder y hegemonía*, Emecé Editores, Buenos Aires, 2007. Véase también ALBERTO BIANCHI, “La deuda institucional”, *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, diciembre 2007, tomo 67, n.º 2, pp. 42/55.

63 Así lo ha considerado el Prof. MARCELO FIGUEIREDO de la Universidad Católica de San Pablo y Presidente de la Asociación de Constitucionalistas Demócratas de Brasil, en la Mesa Redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, celebrada en Porto de Galinhas, Pernambuco, entre los días 23 y 25 de noviembre de 2009.

64 ROBERTO GARGARELLA ha desarrollado la tesis acerca del inadecuado diseño en las reformas constitucionales producidas en América Latina, ya que si bien se ha ampliado el reconocimiento de derechos, se ha descuidado la “sala de máquinas”, como denomina el funcionamiento de la parte orgánica, lo que ha permitido la concentración del poder. Cfr. “La sala de máquinas de la Constitución. Constitucionalismo latinoamericano”, Kats Editores, Buenos Aires, 2014, y el artículo de su autoría “Notas sobre el presidencialismo argentino a la luz de Constitución de 1994” en el libro *¡Que veinte años no es nada!*, EUDEBA, BERNAL, PIZZOLO Y ROSSETTI, Coordinadores, Buenos Aires, 2015.

IV. EL HIPERPRESIDENCIALISMO Y LA BAJA CALIDAD INSTITUCIONAL EN ALGUNOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Ya en el orden de la realidad de los sistemas presidenciales latinoamericanos, se observa que en violación de los textos constitucionales, se han impuesto dos fenómenos correlativos: el del hiperpresidencialismo y el de la debilidad de los órganos legislativos, como lo indicó el Índice de Desarrollo Democrático de América Latina para 2007, que difundió la Fundación alemana Konrad Adenauer, que mide el grado de desarrollo de los derechos políticos y el bienestar de 18 países de la región.

Se advierte allí que “se ha ido acentuando la concentración de atribuciones y poder en la figura presidencial” y “la caída simultánea de las instituciones parlamentarias de las democracias de la región” y que el “hiperpresidencialismo” alienta una democracia “débil, inestable y de menor legitimidad, además de desalentar la im pronta democrática”.

La clasificación en orden decreciente indicó en las mejores posiciones a Chile, Costa Rica y Uruguay y en las peores a República Dominicana, Venezuela y Nicaragua⁶⁵.

Otros índices que también se pueden consultar y que son coincidentes son los de Latinobarómetro, los de Calidad Institucional y los de Percepciones de la Corrupción.

Nuestra región no es uniforme en esta materia, observándose una notoria distancia entre los distintos países, aunque se aprecia que los peor calificados son aquellos que practican el hiperpresidencialismo.

Existe un apoyo a las instituciones democráticas, pero es evidente el reclamo por la elevación de la calidad de la democracia y de las instituciones.

Dos fenómenos que muestran también la *baja calidad institucional* en algunos países de la región son el *corporativismo* antes señalado, a lo que se suman las *democracias delegativas*⁶⁶. Estas se diferencian de las representativas, pues se otorgan amplios poderes por el electorado a los presidentes, que gobiernan prácticamente solos o con un pequeño círculo y sin los controles de los otros poderes⁶⁷.

Coincidente con ello se observa asimismo el *carácter sumamente centralizado de nuestros federalismos*. En el caso de Venezuela, México, Argentina y Brasil, es evidente este proceso, aunque estos últimos ejemplos no pueden compararse con el primero, donde ya es muy difícil catalogar a dicho país como federal⁶⁸.

65 Prólogo de ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, a la obra *Gobierno de Gabinete* de DIEGO VALADÉS, RUBINZAL CULZONI, Buenos Aires, 2008.

66 Alejadas del modelo de democracia deliberativa que impulsaba Carlos S. Nino.

67 GUILLERMO O'DONNELL, “La democracia delegativa”, *La Nación*, 28 de mayo de 2009.

68 Para un análisis de los sistemas políticos federales, véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap. I.

En cuanto a la calidad institucional, a nivel internacional se tienen en cuenta 8 aspectos para configurar el índice, comenzando con la vigencia del Estado de Derecho, la rendición de cuentas, la percepción sobre la corrupción, la libertad económica, la facilidad para hacer negocios, la libertad de prensa, la competitividad, etc. Y en relación con los datos de 2015, tenemos este orden decreciente para nuestra región⁶⁹: Chile, n.º 22; Costa Rica, n.º 38; Uruguay, n.º 43; Perú, n.º 63; Colombia, n.º 82; México, n.º 88; El Salvador, n.º 92; Brasil, n.º 96; República Dominicana, n.º 101; Guatemala, n.º 107; Nicaragua, n.º 114; Paraguay, n.º 124; Honduras, n.º 130; Argentina, n.º 137; Bolivia, n.º 139; Ecuador, n.º 151; Haití, n.º 165; Cuba, n.º 173 y Venezuela, n.º 184.

De ahí que desde hace algunas décadas se comprenda que la política y las instituciones importan para el buen funcionamiento de la democracia y que ello es sustancial para el desarrollo económico, social y humano de América Latina⁷⁰.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAGNAGUE, JUAN F. *Curso de Derecho constitucional argentino y comparado*, La Ley, obr. cit., págs.333/4. Debe destacarse asimismo que el Profesor de Mendoza fue también Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

FERNÁNDEZ, M. y NOHLEN, D. *El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América latina*, Nueva Sociedad, Caracas, 1998

HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997 y *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

HERNÁNDEZ, ANTONIO M., “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario” en *A diez años de la reforma de la Constitución Nacional*, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial Advocatus, 2005, pp. 49 y ss y *Balance de la reforma constitucional de 1994*, La Ley, 24 de agosto de 2009, La Ley 2009-E, 895, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA. *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap. I.

69 Partiendo del primer puesto correspondiente a Suiza, y teniendo presente que el último n.º 193 es de Corea del Norte.

70 Véase el libro *La política importa: democracia y desarrollo en América Latina*, del Banco Interamericano de Desarrollo e IDEA Internacional, J. MARK PAYNE, DANIEL ZOVATTO, MERCEDES MATEO DÍAZ, Washington, D. C., 2006, entre otras publicaciones. Adviértase también que desde la economía se han comenzado a valorizar las instituciones como condición del desarrollo. Recuérdese que así lo habían señalado inicialmente MONTESQUIEU y ADAM SMITH en el siglo XVIII y MAX WEBER en el siglo XIX. Y que David Hume escribió que lo que separa la civilización de la barbarie es el cumplimiento o no del principio *pacta sunt servanda*.

LINZ, J. y STEPAN, A. *The breakdown of democratic regimes*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1978 y J. Linz y A. Valenzuela, *La crisis del presidencialismo*, Alianza Universidad, 1994.

NOHLEN, DIETER. “El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto”, *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, Celsae, USA, Volumen 6, diciembre 2012, pp. 49-76.

NOHLEN, DIETER. “El presidencialismo: Análisis y diseños institucionales en su contexto”, obr. cit., pág. x. Por nuestra parte, en el Seminario titulado “Making Presidentialism work”, realizado en el Distrito Federal de Méjico con la organización conjunta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e International IDEA, entre los días 6 y 8 de febrero de 2008.

O'DONELL, GUILLERMO, *La democracia delegativa*, La Nación, 28 de mayo de 2009.

PAYNE, J. MARK, ZOVATTO, DANIEL; DÍAZ, MERCEDES. *La política importa- Democracia y desarrollo en América Latina*, del Banco Interamericano de Desarrollo e IDEA Internacional, J. MARK PAYNE, DANIEL ZOVATTO, MERCEDES MATEO DÍAZ, Washington DC, 2006.

SAGÜÉS, NÉSTOR. *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 1, 2ª ed.

VALADÉS, DIEGO. *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Colegio Nacional, Méjico, con ediciones de 2007 y 2008.

ZOVATTO G. DANIEL. *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, editado por la UNAM, Universidad de Heidelberg, IDEA Internacional, Instituto Federal Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Fondo de Cultura Económica, México, 2007, 2ª edición.

CAPÍTULO VIII

PODER LEGISLATIVO:
ELEMENTOS PARA SUPERAR LA CRISIS
DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

ÁNGEL J. SÁNCHEZ NAVARRO*

*La iniciativa legislativa popular:
algunas consideraciones desde España*

SUMARIO

I. Introducción. II. La iniciativa legislativa popular: 1. Concepto y naturaleza: A) La iniciativa legislativa popular como iniciativa popular: un mecanismo minoritario, y no un derecho fundamental; B) La iniciativa legislativa popular como iniciativa legislativa; C) La iniciativa legislativa popular y el derecho de petición; 2. La iniciativa legislativa popular en el Derecho comparado: A) Consideraciones generales; B) Examen de los casos particulares. III. Conclusiones: la iniciativa legislativa popular en la democracia contemporánea

I. INTRODUCCIÓN

Estas páginas pretenden estudiar la iniciativa legislativa popular (ILP). Una figura a primera vista modesta, relativamente poco frecuente en el Derecho comparado, a la que la amplia Constitución española de 1978 dedica un único párrafo (el artículo 87.3), para definir un instrumento cuya utilización ha sido muy escasa¹. Todo lo cual parece descartar cualquier ambición a la hora de examinar esta figura... que, sin embargo, entronca directamente con principios profundamente arraigados en la historia del pensamiento político occidental.

En efecto, ya el artículo 6 de la *Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 afirmaba que “la ley es expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a concurrir directamente, o por medio de sus representantes, a su formación”. Se situaba así en primer plano el protagonismo ciudadano en la formación de la ley, si bien, al incorporar el principio representativo, contradecía la famosa tesis roussoniana según la cual “toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado, es nula; no es una ley”.

Por consiguiente, este instituto, aparentemente humilde, hunde sus raíces en uno de los principales problemas teóricos de los regímenes constitucionales de nuestro tiempo: el papel de los ciudadanos en el ejercicio de un poder que se proclama democrático. Y se sitúa en un punto en el que confluyen corrientes teóricas de profundísimo calado: permite invocar fórmulas de democracia directa, de raíz roussoniana, en un contexto de sociedades de masas con sistemas políticos basados en el principio de la representación, y en permanente evolución.

Esta significación teórica de la figura obliga a un particular esfuerzo de comprensión y ubicación: el Derecho Público configura instituciones y mecanismos

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid; Subdirector de Publicaciones y Documentación, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Correo-e: angeljsn@der.ucm.es.

¹ Véase *infra*.

que plasman y tratan de realizar principios y valores que es preciso identificar y tener presentes a la hora de valorar su sentido, su funcionamiento y su eficacia.

En ese marco, el análisis detallado de esos mecanismos (como la ILP) no puede limitarse, por supuesto, a describir su configuración en un sistema concreto, sino que ha de extenderse hasta plantear cuál es su sentido global: su fundamento —político—, su posición y su alcance dentro del sistema político, considerado en su conjunto. Es necesario, en definitiva, precisar ese sentido que, partiendo de postulados teóricos, no es sin embargo abstracto ni puramente teórico, sino concreto y práctico. Solo así será posible evaluar, con criterios técnico-jurídicos, la regulación y la eficacia de esta figura.

II. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

I. CONCEPTO Y NATURALEZA

Habitualmente, el acercamiento a la iniciativa legislativa popular se centra en su naturaleza de iniciativa *popular*, subrayando su condición de instrumento de participación directa o inmediata de los ciudadanos en el sistema político democrático-representativo. Sin embargo, desde su denominación, esta figura presenta una segunda dimensión definitoria, relativa al ámbito objetivo en que se proyecta: es una iniciativa *legislativa*, cuyo estudio exige adoptar una perspectiva mucho más precisa, circunscrita al marco jurídico positivo de cada ordenamiento en concreto, y en particular al procedimiento de elaboración de la ley como expresión de la voluntad popular. En definitiva, en la ILP confluyen dos figuras distintas: la *iniciativa popular* y la *iniciativa legislativa*; su definición requiere delimitar el área en que ambas coinciden, y su naturaleza estará marcada por tal coincidencia.

A. LA ILP COMO INICIATIVA POPULAR: UN MECANISMO MINORITARIO, Y NO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Desde esta perspectiva, la ILP es una de las variantes que puede adoptar la iniciativa popular, concebida como uno de los mecanismos típicos de intervención directa del pueblo en el circuito democrático representativo (electoral-parlamentario). En estos términos, la comprensión de esta figura exige partir de un concepto muy amplio, como los que utilizan B. Kaufmann y M. D. Waters (“el derecho de iniciativa [popular] es el derecho de los ciudadanos a plantear un asunto en la agenda política de una entidad política”)².

2 KAUFMANN, B.; y WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. Durham, N. C., Carolina Academic Press, 2004, p. xi.

En cualquier caso, para precisar la naturaleza y el alcance de esta figura, es inexcusable señalar que, en términos jurídicos, la iniciativa popular no constituye un derecho en sí misma, sino un mecanismo de participación política (directa) popular, que los diversos ordenamientos pueden prever (o no) y articular con formas y alcances muy distintos. En efecto, la prevalencia del modelo representativo en las democracias contemporáneas es tal que numerosas democracias desconocen por completo esta figura, que aparece pues como facultativa y complementaria respecto de las instituciones de democracia representativa.

Otra cosa es que los (pocos) países que sí contemplan esta posibilidad la configuren como un derecho instrumental respecto del derecho fundamental (este sí, ampliamente reconocido) a “participar en el gobierno de su país” (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Así pues, aunque su denominación aluda al *pueblo*, la titularidad de tal derecho es individual, si bien “debe ser ejercido, necesariamente, de modo colectivo”³.

En cuanto a sus posibles modalidades, son múltiples: la iniciativa popular puede utilizarse para plantear un referéndum sobre cuestiones no legislativas; para someter una propuesta (constitucional o legislativa) a referéndum, o al Parlamento; incluso, para “solicitar que una determinada ley... sea sometida a referéndum, para su derogación o confirmación”⁴.

En cualquier modo, nuestra atención no se centra en la iniciativa popular como tal, sino en aquella calificada como legislativa (por su objeto), cuya función propia es la de *iniciar* el procedimiento legislativo, según pasamos a exponer.

B. LA ILP COMO INICIATIVA LEGISLATIVA

La ILP aparece, pues, como una de las variantes de iniciativa popular, caracterizada porque permite a un conjunto de ciudadanos iniciar el procedimiento destinado a elaborar una ley. Una variante que, a su vez, admite múltiples perfiles y matices, confirmando la amplitud y heterogeneidad de este concepto que comprende, en síntesis, múltiples mecanismos que, en función del concreto contexto constitucional e institucional en que se articulen, permiten a los ciudadanos influir en las decisiones políticas mediante el planteamiento de algún asunto para su posterior debate y, en su caso, aprobación como ley.

En definitiva, desde este punto de vista, la ILP aparece como una variedad de otra especie más general, la iniciativa legislativa, a la que la amplia Constitución

3 CUESTA LÓPEZ, V.: *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 195-196.

4 BIGLINO CAMPOS, P.: “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional [REDC]*, n.º 19, 1987, p. 77.

española (CE) de 1978 le dedica un único artículo (el 87, cuyo tercer apartado regula la “iniciativa legislativa popular”⁵).

No obstante, esa escasa atención no puede llamar a engaño: el estudio de la iniciativa legislativa en general, y de la ILP en particular, presenta cuestiones de gran calado político y jurídico: “el análisis del procedimiento de elaboración de la ley es uno de los aspectos más relevantes del concreto ejercicio de la soberanía en un régimen político determinado”⁶. Y ese procedimiento se desencadena, siempre, a partir de un acto de iniciativa, cuyo ejercicio traduce una posición de poder político según expresa el clásico aforismo: “iniciar la ley es reinar”⁷.

En ese sentido, la iniciativa legislativa puede definirse como “la facultad de someter al poder legislativo proyectos o proposiciones de ley a efectos de su adopción por el Parlamento”, expresando un poder atribuido a las autoridades públicas, o un derecho de participación democrática atribuido a ciudadanos o grupos de ciudadanos⁸.

Pues bien: en este punto, los diversos ordenamientos vigentes en cada Estado, y en cada momento histórico, pueden presentar variaciones. Así, en España, a partir del citado artículo 87 CE, la doctrina define la iniciativa legislativa como “el acto mediante el cual se pone en marcha obligatoriamente el procedimiento legislativo”⁹. Sin embargo, a partir de ahí se ha discutido la naturaleza jurídica de la facultad atribuida por dicho precepto a las Comunidades Autónomas y, en lo que aquí nos interesa, a los ciudadanos.

Porque, como ya se ha apuntado, los ordenamientos jurídicos pueden atribuir tal facultad, básicamente, a dos tipos de sujetos: primero, a los “institucionales” (Cámaras legislativas, Gobiernos, entes locales), que pueden actuarla en el ejercicio (y al servicio) de sus *funciones*; en segundo lugar, a los ciudadanos (iniciativa popu-

- 5 1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.
2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de Ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.
3. Una Ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.
- 6 GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P.: “La iniciativa legislativa en la Constitución española de 1978”, en *REDC*, núm. 59. Madrid, 2000, p. 60.
- 7 Expresión atribuida a Royer-Collard, que recuerdan M. ARAGÓN REYES (“La iniciativa legislativa”, en *REDC*, núm. 16. Madrid, 1986, p. 289) y P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (ob. cit., p. 68). De ahí que B. Mirkine-Guetzévitch, como Léon Blum, considerase que la clave del régimen parlamentario inglés es “el monopolio *de facto* de la iniciativa legislativa, de la producción legislativa que el Primer Ministro inglés tiene en sus manos” (*Les constitutions européennes*, ob. cit., p. 21).
- 8 Comisión de Venecia: *Rapport...*, ob. cit., p. 3.
- 9 ARAGÓN REYES, M.: “La iniciativa legislativa”, ob. cit., p. 288.

lar), en el ejercicio de sus *derechos* (específicamente, del derecho a la participación política o democrática).

Esta distinta naturaleza de la iniciativa legislativa (en el ejercicio de una función, o en el ejercicio de un derecho) justifica su diferente articulación jurídica: las autoridades públicas constituidas no necesitan acreditar la función pública que ejercen, al servicio de un “interés general” democráticamente definido. Por el contrario, los ciudadanos pretenden ejercer un derecho individual a participar en el procedimiento de adopción de decisiones colectivas, lo que exige la mediación de procedimientos de integración y reducción de la complejidad social (esencialmente, la recogida de firmas que acreditan el alcance colectivo de la iniciativa, la cual se configura pues como “una función *pública*, pero no *estatal*”¹⁰).

De este modo, la iniciativa legislativa de las instituciones se formaliza mediante los mecanismos usuales que permiten la adopción de acuerdos, reflejando la mayoría existente en cada caso. Pero las iniciativas ciudadanas, pese a su carácter colectivo, por definición no expresan un interés general definido a partir de la voluntad mayoritaria de los miembros de un órgano, sino un interés que, en términos clásicos y en absoluto peyorativos, podríamos denominar como *parcial o particular* (en tanto procede de una parte, y no del conjunto, de los ciudadanos).

Esa misma diferencia cualitativa, que hace de la ILP una iniciativa, en principio, minoritaria, explica su carácter problemático. Al fin y al cabo, esta figura permite insertar en el circuito democrático representativo (orientado a la definición de la voluntad mayoritaria, como expresión del “interés general”) propuestas, por definición, particulares, que solo podrán convertirse en ley si obtienen un “apoyo político suplementario”, más allá del inicialmente expresado por sus firmantes¹¹. Y explica, igualmente, su tratamiento en el ordenamiento español vigente, así como el amplio debate doctrinal sobre su naturaleza.

En efecto, inicialmente, la referencia expresa de la CE 1978 a la “iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley” hizo prevalecer la posición según la cual “la iniciativa popular se perfecciona cuando la Mesa del Congreso de los Diputados recibe la notificación que acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos”¹². Como lógica consecuencia, “el proyecto inicial de Ley Orgánica reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular excluía el trámite de la toma en consideración porque, como se señalaba en su exposición de motivos, al ser la Iniciativa Popular por mandato constitucional perfecta, no cabe la toma en consideración por el Congreso”¹³.

10 BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 1982 (2ª ed.; 1ª ed.: 1965), p. 421 (cursivas en el original).

11 Cfr. Comisión de Venecia, *Rapport...*, ob. cit., especialmente los puntos 74 y 116.

12 BIGLINO CAMPOS, P., “La iniciativa...”, ob. cit., pp. 125-126.

13 M. HERRERO LERA, “Artículo 87: Iniciativa legislativa”, en ALZAGA VILLAMIL, Ó. [Dir.]: *Comentarios a la*

No obstante, la exigencia de conciliar una propuesta en principio “particular” con los procedimientos de adopción de la ley como expresión de la voluntad general (vale decir: mayoritaria) condujo finalmente a someter la “iniciativa”, una vez cumplimentados todos sus requisitos, a la toma en consideración por parte del Congreso. Ello ha inclinado la balanza doctrinal en sentido contrario, de modo que actualmente la concepción mayoritaria considera que en el ordenamiento español tal facultad no es, en rigor, de “iniciativa legislativa” sino de (mera) “iniciativa para la iniciativa” o “propuesta de iniciativa”: la facultad de presentar una “proposición de ley” no constituye, por sí misma, una “iniciativa legislativa”, en tanto nuestro Derecho exige que tal proposición –ya sea de origen popular, autonómico o parlamentario– sea asumida por el Congreso de los Diputados mediante su “toma en consideración”, momento en que la iniciativa legislativa se perfecciona, y el procedimiento legislativo se inicia como tal.

Es claro que el legislador español podría optar por una articulación diferente, eliminando la toma en consideración de tales iniciativas legislativas. Pero ello no modificaría su naturaleza (derivada de su formulación en principio particular y minoritaria) ni podría alterar el dato característico del sistema parlamentario, que es “el monopolio *de facto*... de la producción legislativa” por parte de la mayoría parlamentaria (Mirkine-Guetzévitch). Dicho en otros términos, el origen popular de la iniciativa no puede condicionar la potestad legislativa de las Cámaras, y aquella solo llegará a convertirse en ley si estas asumen –modificándolo o no: ese es otro punto– su contenido¹⁴.

Así las cosas, el ordenamiento español no permite concebir la ILP como mecanismo de democracia directa, en tanto su incidencia sobre la decisión final es mínima, limitándose a la iniciación de un proceso que puede truncarse de raíz en cuanto el órgano representativo deba conocer del mismo. De ahí que Biglino Campos la considere “como una institución de democracia participativa, con una naturaleza distinta... de las propias de la democracia directa”; “proyección del derecho fundamental a la participación política del artículo 23.1... articulándose como facultad reconocida a los ciudadanos de impulsar el procedimiento legislativo”¹⁵.

Así definida, la figura se aproxima notablemente al derecho de petición. Ello obliga a prestar cierta atención a la relación entre ambas figuras, para acabar de perfilar –esta vez, por contraste– el concepto y la naturaleza de la que nos ocupa.

Constitución española de 1978. Madrid, Cortes Generales-Edersa, t. VII, 1998, p. 287. Desde un planteamiento similar, otros autores criticaban también la toma de consideración parlamentaria de las ILP.

14 En términos de R. PUNSET, “La iniciativa no es un acto de potestad legislativa, ni el poder de proponer cabe asimilarse al de disponer” (“Iniciativas popular y regional y fase introductoria del procedimiento legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 22. Madrid, 1981, p. 216).

15 Ob. cit., pp. 94 y 96.

C. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL DERECHO DE PETICIÓN

En todo caso, la aparente similitud entre ambas instituciones no puede llamar a engaño: ambas se distinguen por sus “orígenes radicalmente diversos” (una surge con la Revolución francesa; otra “remite al mundo medieval”); porque “obedecen a una lógica diferente” (la petición “parte de una consideración reverencial de un poder público alejado y distante... del que se solicita una determinada gracia”; la iniciativa constituye un mecanismo de participación de la ciudadanía en el ejercicio del poder); por sus efectos (“el derecho de petición se consume con su ejercicio y la iniciativa legislativa popular... desencadena... un proceso legislativo”¹⁶). Por último, también por sus titulares (“Toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad”, en las peticiones; los “ciudadanos españoles mayores de edad inscritos en el censo electoral”, en la iniciativa legislativa: artículo 1 de sus respectivas leyes orgánicas).

Incluso cuando el derecho de petición (artículo 29 CE) se ejerce con carácter colectivo y se dirige a las Cámaras, la diferencia es obvia: una “Comisión (...) examinará cada petición, individual o colectiva, que reciba el Congreso de los Diputados y podrá acordar su remisión” a otros órganos, según proceda; o archivarla sin más trámites (art. 49 del Reglamento). Así pues, la petición no permite iniciar el procedimiento legislativo, ni siquiera proponer tal iniciación. Otra cosa es que la ILP pueda concebirse como una “evolución moderna” de aquel venerable derecho; o que cualquiera de los sujetos legitimados para iniciar un proceso legislativo —por ejemplo, algún grupo parlamentario— pudiera asumir como propia una petición, articulándola como proposición de ley sometida —por supuesto— a la correspondiente toma en consideración por parte de la Cámara.

2. LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR EN EL DERECHO COMPARADO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya se ha señalado, la iniciativa legislativa popular goza de escaso relieve en el Derecho comparado. En realidad, se trata de un instrumento poco extendido, que ampara figuras muy heterogéneas en ordenamientos muy diversos¹⁷.

16 LUIS AGUIAR DE LUQUE, “Democracia directa e instituciones de Democracia directa en el Ordenamiento Constitucional Español”, en *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEP, 2001, pp. 91-92.

17 M. A. FERNÁNDEZ FERRERO menciona como “países democráticos con tradición en iniciativa legislativa popular” a Suiza, Estados Unidos, Italia, Austria, Alemania y Liechtenstein (*La iniciativa legislativa popular*).

A nuestro juicio, esta diversidad –tanto de la figura de la ILP como de las estructuras políticas y constitucionales en las que se inserta– limita cualquier intento de comparación, que puede acabar limitándose a enunciar coincidencias y diferencias. De hecho, algunas de las monografías dedicadas a la ILP carecen de conclusiones, en el sentido usual del término¹⁸.

En consecuencia, no procede aquí una descripción detallada de la concreta articulación jurídica de la ILP en cada uno de esos Estados. Por el contrario, sí es posible subrayar aquellos elementos contextuales que pueden facilitar una mejor comprensión de las diferencias existentes entre cada país, y por tanto la posibilidad de extraer algunas conclusiones de carácter general, útiles para el debate sobre el funcionamiento de los sistemas representativos contemporáneos. A tal efecto, examinaremos, primero, los dos países con una experiencia más extensa e intensa en este ámbito (Estados Unidos de Norteamérica y Suiza); a continuación, tres países centroeuropeos con cierta tradición en esta materia (Austria, Alemania y Liechtenstein) y, por último, el caso italiano, seguramente el más próximo a España. Fuera del marco estatal, se aludirá también a la iniciativa ciudadana europea, por su novedad y por afectar directamente a España.

B. EXAMEN DE LOS CASOS PARTICULARES

a. Parece lógico iniciar el examen por los *Estados Unidos de Norteamérica y Suiza*. Seguramente no haga falta insistir en las diferencias existentes entre estos regímenes políticos y constitucionales y el español, pese a lo cual no está de más recordar que, en Estados Unidos, sus primeras manifestaciones son locales, incorporándose más tarde al plano estatal.

Suiza es generalmente considerada como la auténtica cuna de estas técnicas, que han influido poderosamente en la articulación de su sistema político y constitucional, hasta el punto de escribirse que “Suiza no creó el referéndum; el referéndum creó Suiza”¹⁹. Aquí se preservaron “mecanismos de decisión de democracia directa” (asambleas populares, consultas populares), junto a “mecanismos híbridos

Madrid, CEPC, 2001, pp. 123-178, véase también FERRÁN CAMPS, *La iniciativa legislativa popular*. Barcelona, Mediterrània, 1997, pp. 75-124). CUESTA LÓPEZ incluye también otras “nuevas democracias” (Polonia, Hungría, Eslovenia), y a Portugal (Ley 17/2003, de 4 de junio, sobre la iniciativa legislativa de los ciudadanos portugueses: ob. cit., p. 288). Además, FERNÁNDEZ FERRERO considera también otros en países “sin tradición democrática”, tanto latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) como de Europa Central y Oriental. Añádase a ellos la iniciativa ciudadana europea introducida en el ámbito comunitario por el Tratado de Lisboa de 2007 (*Vid.* BILBAO UBILLOS, J. M.: “La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)”, en VINTRÓ CASTELLS, J. y BILBAO UBILLOS, J. M.: *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*. Madrid, CEPC, 2011).

18 Véanse, por ejemplo, las de FERNÁNDEZ FERRERO y CAMPS.

19 KAUFMANN, B.; y WATERS, M. D., ob. cit., p. 118.

federal-democráticos, tales como los referendos comunales y cantonales, algunos de los cuales se remontan hasta el s. xv”. Y son estas propias y antiguas tradiciones democráticas, anteriores a la Revolución francesa, las que explican que “la idea de democracia directa cayese en suelo tan fértil”.

En la evolución histórica suiza, estas instituciones fueron estableciéndose de manera gradual, iniciándose en los niveles inferiores de gobierno (municipios, cantones), para ascender luego al nivel federal. Así las cosas, no extraña que se considere que Suiza “posee la experiencia de legislación ciudadana más amplia, más variada y más global del mundo”; con un elevado prestigio entre su ciudadanía.

Lógicamente, estos países difícilmente pueden servir como términos de comparación válidos para España, ya que sus dinámicas políticas están (histórica y estructuralmente) vinculadas a la existencia de estas técnicas de democracia directa.

b. El segundo grupo de Estados incluye a *Liechtenstein*, *Austria* y *Alemania*. Sobre el principado, baste señalar que su Constitución, de 1921, diseña una monarquía constitucional y recoge —por influencia suiza— la iniciativa popular, tanto legislativa como de reforma constitucional. La peculiaridad de este Estado excusa prácticamente cualquier comentario acerca de estos instrumentos, que existen a nivel nacional y local y se utilizan con frecuencia.

Austria ofrece también algunos datos de interés: nuevamente, la ILP (reconocida en 1920), ha sido más fecunda en los planos regional y municipal que en el federal; y suele articularse en dos momentos de recogida de firmas (primero, para iniciar el proceso; posteriormente, para que los votantes puedan suscribirla). Las iniciativas que alcancen las 100.000 adhesiones se someten al Consejo Nacional para iniciar su tramitación... que raras veces llega a buen término: “normalmente proceden de los partidos de oposición o de grupos extraparlamentarios”, por lo que no encuentran el apoyo de la mayoría.

Tampoco Alemania proporciona demasiados argumentos sobre la utilidad de la ILP, que no existe en el ámbito federal; en los *länder*, su articulación se ajusta al modelo austriaco de pasos sucesivos. Si llega al Parlamento, este puede aprobarla o no, supuesto este último en que la iniciativa se someterá a referéndum, pudiendo el Parlamento plantear una propuesta alternativa que se somete también a los electores.

c. El modelo de *Italia* merece un tratamiento diferenciado, esencialmente por la proximidad (política e institucional, más que geográfica) entre ambos países. La experiencia italiana, y su sólida doctrina al respecto, influyeron explícitamente en la configuración española de las técnicas de participación directa (y, en particular, de la ILP).

De cualquier modo, tal experiencia y los amplios términos en que Italia prevé la iniciativa popular fueron probablemente elementos decisivos a la hora de limitar su ámbito en España. A ello contribuyó una cierta confusión entre diversas figuras de democracia —o participación— directa existente durante el período constituyente,

que aún no ha desaparecido por completo, según confirma, especialmente, el debate sobre la iniciativa legislativa popular. Porque Italia, que frecuentemente aparece como referencia en este punto, no ofrece una experiencia muy distinta, ni mejor que la nuestra, hasta el punto de que una monografía italiana sobre esta figura se abría señalando que “el primer dato que emerge” ante el estudioso de la ILP “es su infravaloración, la poca atención, en algunos casos incluso la verdadera *liquidación* que este instituto ha sufrido en el curso del desarrollo de nuestro ordenamiento, desde 1947, y de nuestra historia política”²⁰.

En efecto, la previsión constitucional contenida en el artículo 71 de su Constitución de 1947 (“el pueblo ejercerá la iniciativa de las leyes mediante la propuesta por cincuenta mil electores como mínimo de un proyecto redactado en forma articulada”) no fue desarrollada hasta 1970, cuando se aprobó una ley reguladora que deja la ILP, en última instancia y al igual que en España, absolutamente en manos del legislativo, “quien adquiere solamente el compromiso de estudiar la iniciativa y aprobarla o rechazarla”²¹; en la práctica, su utilización ha sido también escasa, y poco eficaz en términos normativos.

d. Finalmente, cabe mencionar aquí la relativamente reciente *iniciativa ciudadana europea*, cuya inserción en el marco de la *Unión Europea* determina ya un contexto profundamente diferente, en tanto el principio democrático se articula de manera necesariamente distinta, y la organización institucional no se basa en el principio de separación de poderes.

A pesar de esas diferencias estructurales, el triunfo del principio democrático también alcanza a este ámbito: por más que resulte simplificador, cabría decir que la evolución institucional de la Unión tiende a otorgar al Parlamento la posición central que en los sistemas nacionales se concreta no solo en la función legislativa, sino también en otra aún más importante, como es la representativa²².

Ahora bien: obviamente, el entramado institucional comunitario no puede responder al esquema clásico de la división de poderes por la presencia de intereses comunitarios propios, distintos de los nacionales. De ahí que el principio de “equilibrio institucional” no se dirija –como en el ámbito nacional– a garantizar la libertad política, sino a que el interés comunitario (fundamentalmente representado por la Comisión) no pueda ignorar los intereses nacionales, representados más directamente en el Consejo y, en distinta medida, en el Parlamento. De este modo, el equilibrio institucional en la UE no se basa en una separación de poderes orgánica, sino en una interacción equilibrada de los representantes de los diversos

20 BEZZI, D., *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 1.

21 Véase FERNÁNDEZ FERRERO, M. Á., ob. cit., p. 158.

22 Según el artículo 10.1 del texto consolidado del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), “el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”.

intereses presentes en la UE (el Parlamento Europeo, representante de los pueblos de Europa; el Consejo, representante de los Gobiernos de los Estados miembros; la Comisión, representante del interés comunitario: arts. 10.2 y 17.1 TUE). Y, en lo que a la adopción de las leyes se refiere, este juego de intereses se traduce en que el monopolio de la iniciativa legislativa se reserva a la Comisión, quedando el ejercicio de “la función legislativa y la función presupuestaria” en manos del Parlamento Europeo y del Consejo, conjuntamente (arts. 17.2, 14.1 y 16.1 TUE).

Todo ello subraya la esencial diferencia entre los Estados “clásicos” y el contexto en que se inserta la iniciativa ciudadana europea, cuyo fundamento se encuentra en el mismo Tratado de la Unión Europea: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos” (artículo 10.3). Este derecho a la participación se concreta en el artículo 11.4 TUE, el cual dispone que “al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de *invitar a la Comisión Europea*, en el marco de sus atribuciones, a que presente *una propuesta adecuada* sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión...”²³, ajustándose a los procedimientos y condiciones fijados según el artículo 24.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En aplicación del mismo, un reglamento de febrero de 2011 dispuso que su aplicación comenzaría el 1 de abril de 2012, y que las adhesiones “se recabarán... en un plazo no superior a doce meses” (arts. 25 y 5.5²⁴). Así pues, esta figura es muy reciente, pero su funcionamiento revela ya la existencia de dificultades²⁵, lo que no impide precisar algunos de sus –peculiares– rasgos característicos.

Así, el artículo 2.1 del Reglamento reproduce los términos ya observados en el TUE, reiterando pues que se trata de una mera “invitación” que se hace al titular –monopolista– de la iniciativa legislativa, y que este podrá atender o no. En cuanto a los ciudadanos firmantes, han de ser al menos un millón, nacionales de algún Estado miembro, con edad para votar y procedentes de al menos un cuarto de los

23 Las cursivas han sido añadidas.

24 Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana (DOUE de 11 de marzo).

25 La página web oficial habilitada al efecto (<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome>) recoge los datos de todas las iniciativas planteadas hasta el momento, distinguiendo tres categorías:

las “obsoletas”: 10 retiradas y 13 que no obtuvieron los apoyos necesarios;

las “cerradas”: hasta la fecha, 3 han conseguido las firmas requeridas (concretamente, entre 1'1 y 1'7 millones), siendo presentadas a la Comisión, la cual ha hecho públicas sus conclusiones sobre las materias que tratan (vivisección, dignidad de la vida humana desde su concepción y derecho al agua); mientras que en otras dos ya se ha superado el plazo para la obtención de firmas, pero no han sido presentadas, desconociéndose si se han obtenido las necesarias (aunque es probable que no sea así); y

las “abiertas”, que en el momento actual (julio de 2015) son solamente tres.

Estados de la Unión (siete, sobre veintiocho: un anexo concreta el número mínimo de firmantes que deben proceder de cada Estado).

La iniciativa ha de ser registrada por unos “organizadores” (“al menos, siete... residentes en, al menos, siete Estados miembros”, artículo 3.2 R.), y seguirá un procedimiento fundamentalmente por vía electrónica, que facilita la superación de la (requerida) dispersión geográfica, permitiendo de paso simplificar y hacer más directo el proceso a través de la señalada página web.

Finalizado el plazo, la iniciativa ciudadana que cumpla los requisitos deberá someterse a examen de la Comisión, la cual

- “a) la publicará sin demora en su registro;
- b) recibirá a todos los organizadores a un nivel adecuado para que puedan explicar en detalle las cuestiones que plantea la iniciativa ciudadana;
- c) en el plazo de tres meses, recogerá en una comunicación sus conclusiones finales de carácter jurídico y político sobre la misma, las medidas que en su caso se proponga adoptar y las razones para actuar así o para no hacerlo”. Esta comunicación “será notificada a los organizadores, así como al Parlamento Europeo y al Consejo y se hará pública” (art. 10 R).

Como es evidente, y seguramente también inevitable, la Comisión mantiene el control absoluto de la iniciativa, que –la definición no engañaba– se configura, exclusivamente, como una *invitación*, aproximándola –aún más, si cabe, que el modelo español– al concepto clásico de petición.

Cumplidas todas esas etapas, el artículo 11 prevé la celebración de una “audiencia pública”, en la cual “los organizadores tendrán la posibilidad de presentar la iniciativa ciudadana... en el Parlamento Europeo, si procede con otras instituciones y otros órganos de la Unión que deseen participar”, asegurándose “que la Comisión esté representada a un nivel adecuado”. Nuevamente, y aún con mayor claridad, la iniciativa se dirige más a suscitar el debate público e institucional (acceso directo a la Comisión, comunicación pública de esta sobre aspectos políticos y jurídicos, y audiencia posterior, también pública, en el Parlamento), que a innovar el ordenamiento.

Recapitulando, pues, puede reiterarse que –como se apuntaba ya al iniciar este apartado– la principal conclusión que cabe extraer de este breve repaso es, seguramente, que apenas cabe extraer conclusiones de los concretos mecanismos utilizados por cada sistema, dada la diferencia de los contextos institucionales y sociales existentes entre ellos, que en gran parte explican las enormes variaciones apreciables entre los distintos supuestos y la diversa funcionalidad de la iniciativa legislativa popular en cada caso.

Pese a ello, cabe señalar algunos puntos cuyo diverso tratamiento, aquí o allá, puede resultar más o menos llamativo, atractivo o no, como son:

- i. El variable número de firmantes.
- ii. La diversidad de requisitos formales.
- iii. La existencia o no de límites materiales, y su mayor o menor amplitud.
- iv. El régimen de los promotores de la iniciativa, y las posibilidades de contribuir a esta con fondos públicos.

Además, cabe resaltar también otros aspectos, como el relativo a sus costes: en general, la utilización de estos mecanismos de “democracia directa” es costosa, porque exigen una considerable actividad de organización y recogida de firmas.

III. CONCLUSIONES: LA ILP EN LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA

Todo lo anterior permite esbozar algunas reflexiones que, a modo de conclusión, puedan resultar útiles para analizar un ordenamiento determinado en esta materia, permitiendo pasar del examen de los principios abstractos al de sus proyecciones concretas, susceptibles de una evaluación que atienda no solo a su fidelidad al principio, sino también a su virtualidad real.

En este sentido, es cierto que el estudio de la ILP ha partido siempre –y, seguramente, no pueda ni deba ser de otra manera– de su vinculación profunda con el principio democrático. Ahora bien: probablemente, ese mismo punto de partida ha generado en torno a esta figura unas expectativas tan elevadas –incluso, tan excesivas–, que han lastrado notablemente su desarrollo, desembocando en una lógica decepción a la hora de su valoración.

En otras palabras, la iniciativa legislativa popular aparece como un mecanismo de participación democrática directa inserto en un contexto de democracias representativas, y su consideración y evaluación depende, en gran parte, de las concepciones globales que se sustenten sobre el funcionamiento mismo de los sistemas representativos, su relación con el principio democrático y, en última instancia, la comparación y compatibilidad entre democracia directa y democracia representativa. De este modo, si el modelo democrático de referencia es el de una democracia directa, “pura” según el modelo clásico de identidad perfecta entre gobernados y gobernantes, la ILP nunca será suficientemente “democrática”. Ciertamente, hoy día, la ILP se concibe mayoritariamente como un instrumento complementario, útil para perfeccionar el funcionamiento de los regímenes representativos. Pero algunas veces se contempla también como una vía de superación de los mismos, en la búsqueda de una democracia más directa o más “auténtica”.

En este sentido, el examen de las técnicas de democracia directa en general, y de la ILP en particular, resulta más revelador por sus ausencias que por sus concre-

ciones. En sociedad, suele ser más expresivo el silencio que el griterío. Y, en este ámbito, seguramente se ha prestado poca atención al silencio.

Porque, en efecto, tal vez aquí el dato más significativo es el silencio. La ausencia, o la escasa presencia, de tal(es) figura(s), cuyas voces, además, no se suman reforzándose, sino que suenan aisladamente, dificultando oír a cada una de ellas. Frente a la afirmación teórica de la ILP como expresión de democracia directa, ¿cómo explicar su carácter tan minoritario en la práctica?; ¿cómo se entiende su poco relieve allí donde existe, su regulación tan fragmentaria y tan heterogénea en cada caso?; ¿cómo ignorar la frecuente falta de respuesta ciudadana, sus magros efectos concretos, con algunas –pocas, y especiales– salvedades? Parece difícil –o, al menos, poco realista– hacer excesivo hincapié en la apuntada vinculación de esta figura con el principio democrático, aunque sea solo en su acepción clásica o “directa”. Ciertamente, esa vinculación le otorga una noble cuna... pero eso no basta en las sociedades contemporáneas, basadas en valores tales como “el mérito y la capacidad”. En este sentido, probablemente, la pregunta más importante no sea cuáles son sus raíces, sino cuál es su capacidad.

Y la respuesta a esa pregunta ha de atender más al contexto en que se mueve que al fundamento de su prestigio. Ya se señaló hace tiempo que “la iniciativa legislativa popular”, según suele entenderse, “responde a la concepción del Estado constitucional clásico, en el que las relaciones Estado–sociedad se producían a través de la legislación”; pero hoy, tal “concepción decimonónica del Estado legislador ha dejado... paso... al Estado gestor”, y “el vértice en las relaciones entre el Estado y la Comunidad... se ha trasladado preferentemente del Parlamento al Ejecutivo, lo que ha supuesto... la utilización de vías de participación distintas a las tradicionales”²⁶.

Esta alteración del contexto se da también, aunque pueda ser menos evidente, en sistemas como el norteamericano o el suizo, en los que la democracia se ha construido “desde abajo”, por lo que la progresiva ampliación de los marcos de decisión ha ido acompañada de una adaptación de los instrumentos usuales de participación democrática... en la medida de lo posible. Porque si estos instrumentos son frecuentes en el ámbito local, lo son menos en el regional/estatal, y mucho menos en el nacional/federal (exista o no tradición, como muestran los casos de Alemania y EE.UU.).

A la vista, pues, de este contexto, y de las transformaciones que implica respecto de los procesos decisionales, probablemente haya que adaptar la perspectiva. Si un vehículo circula en sentido contrario a todos los demás, tal vez el problema no sea de los demás, sino suyo. Y, de la misma manera, debería plantearse si es no solo eficaz,

26 GARCÍA MARTÍNEZ, M^a. ASUNCIÓN, “La iniciativa legislativa popular y su vigencia en el Estado contemporáneo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 1988–1989. Madrid, 1989, pp. 243–244.

sino simplemente realista, mantener la perspectiva usual; si cabe seguir pensando que el problema de la ILP (que, donde existe, no aparece como especialmente útil, y donde no, tampoco es especialmente demandado), reside en las deficiencias de su concreta regulación, o habría que cuestionar su orientación general.

A nuestro juicio, acierta García Martínez al subrayar que “la iniciativa popular es hoy una institución claramente obsoleta”, de funcionalidad “más que dudosa”²⁷. Tal vez sea esa obsolescencia, esa inadecuación, la que explica que usualmente la doctrina, tras resaltar su importante significación teórica, valore tan negativamente su práctica, achacando el problema a su regulación concreta, hasta considerarla como un “mero brindis al sol”²⁸, “una institución herida de muerte”²⁹, “convertida en un elemento ornamental de la Constitución destinada a permanecer en el anonimato”³⁰; y que “en su actual modelo... está llamada al fracaso”³¹. Y ello, como se ha visto, no solo en la España de hoy, sino también en la de ayer³², en Italia³³ e, incluso, con un alcance más generalizado³⁴. Todo lo cual lleva a algún autor a plantearse “¿hasta qué punto vale la pena contar con una institución como esta, si no le permitimos desarrollarse?”³⁵.

Pues bien: a nuestro juicio, tal cuestión merece una respuesta afirmativa, si se plantea en términos correctos. Porque, como apuntábamos antes, ese juicio pesimista es, probablemente, inherente a un planteamiento que, precisamente por ello, debería ser sometido a revisión. El propio Ramón Soriano, en su devastadora crítica, lo sugiere al señalar, en las primeras palabras de su trabajo, que la ILP “es

27 Loc. cit.

28 MARCO MARCO, J. J., “La iniciativa legislativa popular en España (o el mito de Sísifo)”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 8, 2009, p. 2.

29 SORIANO, R., “La iniciativa legislativa popular: una institución herida de muerte”, en *Sistema*, n.º 167. Madrid, 2002, pp. 111 y siguientes. Según este autor, tal institución ha devenido “inaccesible e impracticable”, porque desde el debate constituyente “los parlamentarios entraron a saco en el recorte” de la misma, dejándola “maltrecha”, en un proceso de “poda” que, sorprendentemente, era aprobado “por unanimidad” por unos actores que “arremetieron sin piedad contra uno de los medios clásicos de democracia directa”, hasta convertirlo “en un mero florero de adorno de nuestra Constitución”, de “dudosa constitucionalidad”.

30 ARNALDO ALCUBILLA, E., “La iniciativa legislativa popular: diez años después. La mediatización de la democracia directa”, en *Tapia*, n.º 43. Madrid, 1988, p. 79.

31 MARCO MARCO, J. J., ob. cit., p. 30: los obstáculos son tales que “como si se tratara del mito de Sísifo, los promotores inician, una y otra vez, un camino que, salvo contadísimas excepciones, nunca llega a buen puerto”.

32 J. MARCO MARCO recuerda que, ya en 1928, José María Casado Pallarés vaticinaba que “no podemos esperar grandes resultados de la práctica de estas instituciones en España” (ob. cit., p. 8).

33 Recuérdese la ya mencionada “liquidación” del instituto, según D. BEZZI.

34 Según señala E. ARANDA ÁLVAREZ, el debate sobre la ILP se desarrolla, en el siglo XX, “con gran optimismo por la institución en los primeros años y con gran ‘desconsuelo’ y decepción por las escasas aportaciones que ha llegado a ofrecer en los últimos años del siglo” (“La nueva Ley de la Iniciativa Legislativa Popular”, en *REDC*, n.º 79. Madrid, 2006, p. 189). Igualmente, para el caso norteamericano, T. E. CRONIN (*Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Cambridge, Harvard U. P., 1989) expone cómo la desconfianza parece haber ganado terreno frente a las esperanzas iniciales.

35 MARCO MARCO, J. J., ob. cit., p. 30.

una institución de menor alcance del que probablemente considere el ciudadano”³⁶. Y gran parte de la doctrina, podríamos añadir nosotros.

En efecto, la iniciativa legislativa popular tiene efectos. Algunos. Puede servir para generar cierto debate público sobre cuestiones que a veces no encuentran eco institucional. Para movilizar a sectores ciudadanos. Ciertamente, el debate no siempre alcanza gran eco. La movilización social puede ser escasa. Pero ello, tal vez, se deba a que las cuestiones planteadas no son centrales para la sociedad. A veces, muy pocas, puede llegar a concretarse en la aprobación de alguna ley. Pero ello tal vez se deba a que hay mecanismos mucho más expeditos para alcanzar la mayoría parlamentaria que, en los sistemas representativos, define la “voluntad popular” que expresa la ley; mecanismos que, precisamente por ello, son preferentemente utilizados por quienes, en el ejercicio de sus funciones representativas, pueden hacerlo. Y que, además, gozan de una flexibilidad muy superior a la que permite una iniciativa muchas veces formalizada antes de que se plantee el debate en las sedes institucionalmente diseñadas para llevarlo a cabo.

Por todo ello, probablemente tenga sentido adoptar un planteamiento más modesto para enjuiciar el funcionamiento, y el futuro, de la iniciativa legislativa popular. Posiblemente sea bueno apelar menos a sus nobles raíces y “rebajar” las expectativas. Insistir menos en su naturaleza de “instrumento de democracia directa”, o de “participación democrática”, y aceptar que su planteamiento (esencialmente minoritario) no puede determinar la voluntad popular, que se alcanza normalmente mediante la regla de las mayorías. En definitiva, tratar de optimizar sus posibilidades, contemplándolo como uno de los (varios) instrumentos que permiten ejercer el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos. Promoviendo iniciativas, que podrán ser asumidas o no por las mayorías de cada momento. Ni más... ni menos.

Ello implica, también, tratar de “ponerlo al día”, adaptándose a los nuevos contextos, y aprovechando las nuevas posibilidades. En este sentido, habrá que prestar atención a la iniciativa ciudadana europea, cuyo marco peculiar ha determinado una configuración original, explorando nuevas posibilidades tecnológicas que permiten multiplicar su accesibilidad y alcance, pero orientándose al mismo tiempo hacia fines más modestos. Tal vez esas menores expectativas alejen el desencanto global, permitan concentrar el interés sobre sus posibilidades reales, y con ello repercutan en la eficacia del instrumento.

36 Ob. cit., p. 111.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, LUIS. “Democracia directa e instituciones de Democracia directa en el Ordenamiento Constitucional Español”, en *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Madrid, CEPC, 2001, pp. 91-92.
- ALCUBILLA, E., ARNALDO. “La iniciativa legislativa popular: diez años después. La mediación de la democracia directa”, en *Tapia*, núm. 43. Madrid, 1988, p. 79.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. en *REDC*, núm. 79. Madrid, 2006, p. 189). Igualmente, para el caso norteamericano,
- BEZZI, D. *Iniziativa legislativa popolare e forma di governo parlamentare*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 1.
- BIGLINO CAMPOS, P. “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional [REDC]*, núm. 19, 1987, p. 77.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 1982 (2ª ed.; 1ª ed.: 1965), p. 421.
- CRONIN, T. E. *Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Cambridge, Harvard.
- CUESTA LÓPEZ, V. *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 195-196.
- FERNÁNDEZ FERRERO, M.A. *La iniciativa legislativa popular*. Madrid, CEPC, 2001, pp. 123-178, véase también FERRÁN CAMPS, *La iniciativa legislativa popular*. Barcelona, Mediterrània, 1997, pp. 75-124).
- GARCÍA MARTÍNEZ, M^a. ASUNCIÓN. “La iniciativa legislativa popular y su vigencia en el Estado contemporáneo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 1988-1989. Madrid, 1989, pp. 243-244.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “La iniciativa legislativa en la Constitución española de 1978”, en *REDC*, núm. 59. Madrid, 2000, p. 60.
- HERRERO LERA, M. “Artículo 87: Iniciativa legislativa”, en ALZAGA VILLAMIL, Ó. (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Cortes Generales-Edersa, T. VII, 1998, p. 287.
- KAUFMANN, B. y WATERS, M. D. (eds.): *Direct Democracy in Europe*. Durham, N.C., Carolina Academic Press, 2004, p. xi.

MARCO MARCO, J. J. “La iniciativa legislativa popular en España (o el mito de Sísifo)”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 8, 2009, p. 2.

PUNSET, R. “La iniciativa no es un acto de potestad legislativa, ni el poder de proponer cabe asimilarse al de disponer” (“Iniciativas popular y regional y fase introductoria del procedimiento legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 22. Madrid, 1981, p. 216).

ROYER-COLLARD, M. ARAGÓN REYES. “La iniciativa legislativa”, en *REDC*, núm. 16. Madrid, 1986, p. 289) y P. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (*op. cit.*, p. 68).

SORIANO, R. “La iniciativa legislativa popular: una institución herida de muerte”, en *Sistema*, núm. 167. Madrid, 2002, pp. 111 y ss.

CAPÍTULO IX

LOS NUEVOS RETOS DE LA ORGANIZACIÓN
TERRITORIAL

ERNESTO BLUME FORTINI*

*Organización territorial del poder
en el Perú a partir de la descentralización*

“... en la comuna es donde
reside la fuerza de los pueblos libres.
Las instituciones comunales son a la libertad
lo que las escuelas primarias vienen a ser
a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo; le hacen
paladear su uso pacífico y lo habitúan a servirse de ella”.
—Alexis de Tocqueville—¹

SUMARIO

Introducción. I. Encuadramiento doctrinario. II. La Descentralización como fórmula de organización territorial del poder en la Constitución de 1993: avances y retrocesos. III. Hacia una reforma constitucional que reafirme y consolide la descentralización. IV. Apreciaciones conclusivas. V. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, rotulado Diseño Institucional del Estado Democrático, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Universidad Externado de Colombia en homenaje a los insignes juristas colombianos Fernando Hinestrosa Forero y Carlos Restrepo Piedrahíta, realizado los días 16, 17 y 18 de septiembre de 2015 en las instalaciones de dicha casa de estudios, contempla entre sus ejes temáticos el tópico intitulado “Los nuevos retos de la organización territorial”. Es dentro del mismo que se adscribe la presente ponencia.

Al respecto, conviene considerar que es a partir del fenómeno de la globalización que un buen número de decisiones que adoptan los Estados a través de sus organizaciones y mecanismos internos han pasado a ser objeto de discusión en las instancias supranacionales (como se viene dando verbigracia con la figura doctrinal desarrollada en los últimos años del diálogo de cortes), sin que ello conlleve la pérdida de la importancia de la problemática constitucional interna de cada Estado

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integró la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú. Integró el Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Integró la Comisión Revisora del Código Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la Revista *Estado Constitucional*.

1 DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*. Octava reimpresión de la segunda edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1996, p. 78.

relacionada con la organización del territorio y la distribución del poder político, entre otras dimensiones; discusión que, a su vez, abre la reflexión y el debate en torno de los distintos modelos o formas de Estado en cuanto a categorías tradicionales y, más específicamente, la reflexión y el debate sobre la centralización y descentralización del ejercicio de las competencias políticas en los Estados unitarios.

Es desde este último aspecto que los organizadores plantean diversas preguntas a responder desde la experiencia y perspectivas que ofrecen las realidades de los pueblos hispanoamericanos. Por ejemplo: ¿si estos Estados han alcanzado verdaderos estadios de descentralización del poder?, ¿la forma como se juzgaría estas experiencias en el respectivo país?, ¿si van de la mano la descentralización, la institucionalidad y la democracia?, entre otras.

En la línea trazada, la presente ponencia pretende responder algunas de esas interrogantes respecto de la realidad peruana, principalmente a la luz de la experiencia vivida desde su fundación como Estado Nación y de la posición del legislador constituyente, tomando como base las reflexiones expuestas en el trabajo *Derecho Municipal, Descentralización y Constitución en el Perú*, presentado al I Congreso Nacional de Derecho Municipal, Descentralización y Gobernabilidad, realizado en la ciudad de Arequipa los días 24, 25 y 26 de junio de 2010.

El problema de la organización territorial del poder es común y recurrente en la mayoría de países de Iberoamérica. Está presente como sino fatal en su accidentada historia común. Perú no escapa a esa realidad: desde su fundación como república vive en una permanente dicotomía: una proclama descentralista versus una praxis centralista o, en algunos momentos, diríamos que hipercentralista.

Tal dicotomía se traduce en la realidad municipal y regional peruana, entre otros aspectos, en una falta de conciencia de la importancia y trascendencia que tiene el municipio, como institución básica de la democracia e instrumento esencial del proceso de descentralización del país; en una concepción peyorativa de la autoridad local y regional, del rol de las instituciones que representan y de los derechos de los vecinos; en el despojo de las competencias y atribuciones que ha asignado la Constitución a las municipalidades y a las regiones; en la ausencia de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Derecho que las informa; y en la carencia de un movimiento académico que contribuya a tal desarrollo.

El resultado de ello es un país centralizado, que, no obstante los esfuerzos realizados por algunos en los últimos años, no logra su desarrollo integral y armónico, al punto que grandes sectores de su población han tenido que emigrar a Lima, la capital, porque en sus lugares natales no existen mayores oportunidades de realización, progreso, desarrollo y éxito; convirtiéndola en una ciudad que reúne a cerca del treinta por ciento de la población nacional (que al 2015 alcanza 31'151,643, según el INEI, Instituto Nacional de Estadística e Informática, <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/poblacion-y-vivienda/>), con casi

nueve millones de habitantes (8'890,792 al 2015, de acuerdo a la misma fuente), la mayoría de los cuales vive en sus zonas periféricas, en las denominadas inicialmente *barriadas* o *pueblos jóvenes* y que hoy se conocen como urbanizaciones populares, sin las condiciones adecuadas.

Las razones del fenómeno son múltiples y ancestrales. Tienen que ver con sus orígenes y su azarosa historia, así como con el penoso rol de su clase política, entre otros factores, que se traducen en un Estado Nación aún en formación, pluriétnico y pluricultural. Carente por lo demás de sentimiento constitucional.

En tal contexto, urge reflexionar sobre los empeños del legislador constituyente nacional que ha optado por un Estado unitario y representativo, pero a la vez descentralizado, consagrando el capítulo XIV del título IV de la actual Constitución, expresamente a la descentralización, con entes intermedios repotenciados, los gobiernos locales y regionales, a los que les ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencias, y el rol de ser instrumentos básicos de aquella, para lograr el desarrollo integral y armónico que exige el país, mediante una organización y distribución territorial del poder.

La presente ponencia condensa un conjunto de reflexiones del autor en torno a la ansiada descentralización del país en tanto fórmula adoptada por el constituyente peruano de organización territorial del poder.

Comprende en su primera parte algunas referencias sobre las formas tradicionales de Estado, el Estado Unitario, la descentralización, la desconcentración y la delegación en cuanto categorías conceptuales que deben manejarse en un contexto doctrinario que, a nuestro juicio, resulta necesario abordar como premisa a fin de tratar sobre la organización territorial del poder y la descentralización en el Estado Unitario Descentralizado moderno que pretende ser el Perú y basados, por cierto, en que tal modelo no está en discusión por ahora en el país.

La segunda se centra en la Constitución de 1993 y, específicamente, en su normativa reguladora de la descentralización, a efectos de determinar los eventuales avances y retrocesos en su tratamiento a nivel teórico y conceptual, más allá de las buenas o malas intenciones de los legisladores constituyentes que la elaboraron y de las observaciones que se puedan tener al resultado del posterior referéndum que la ratificó.

La tercera persigue, en primer término, absolver la interrogante que se plantea de si es necesaria realmente, o no, una reforma constitucional en lo que toca al tratamiento que brinda el texto constitucional vigente a la descentralización en cuanto organización territorial del poder; para, a partir de ese ejercicio, ingresar a una revisión de lo trabajado en el seno de la denominada Comisión de Bases de la Reforma Constitucional del Perú, constituida por el Gobierno Transitorio del presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao; y, a continuación, fundamentar, como hipótesis central, que el fortalecimiento de la

descentralización, que conlleva la de los gobiernos locales y regionales, es clave para la subsistencia y desarrollo del denominado Estado Constitucional Unitario Descentralizado Peruano.

La cuarta contiene nuestras apreciaciones conclusivas, en las cuales consignamos los planteamientos constitucionales que ofrecemos para la descentralización del Estado, en el contexto de una eventual reforma constitucional peruana.

I. ENCUADRAMIENTO DOCTRINARIO

a. LAS FORMAS TRADICIONALES DE ESTADO

El tratamiento de las formas o tipos tradicionales de Estado obliga a una cuestión previa: asumir una definición de Estado. Al respecto, tradicionalmente se ha ligado al Estado con una suerte de confluencia de tres elementos: poder, territorio y pueblo. Sin embargo, esta trilogía estructural del Estado, utilizada tradicionalmente en la literatura constitucional, que llevó a Biscaretti Di Ruffia, citado por Javier Pérez Royo, a definirlo como el “ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno”², ha sido puesta en cuestión bajo el fundado argumento que tales elementos si bien son constitutivos de la definición de Estado, también lo son de todas las formas políticas en que se organiza una colectividad y, por lo tanto, no lo caracterizan propiamente.

En tal dirección, el mismo Pérez Royo apunta con acierto que “Nos encontramos pues, ante una definición que define tanto, que acaba por no definir nada”³, para agregar que “Toda definición es definición por la diferencia específica. Y con esos famosos ‘tres elementos constitutivos’ solamente definimos lo que es común a todas las formas políticas, lo que las iguala, y no lo que define específicamente a cada una de ellas, lo que diferencia a unas de las otras. Por eso, esa definición del Estado no sirve”⁴.

Empero, si tal conceptualización no sirve por no contener un elemento que tipifique exclusivamente al Estado, resulta imperativo preguntarse ¿qué elemento le es inequívocamente propio y, en razón de ello, lo diferencia de las demás formas políticas, a las cuales le son comunes el poder, el territorio y el pueblo?

2 PÉREZ ROYO, JAVIER: voz “Estado”. En el colectivo “Temas Básicos de Derecho Constitucional”, coordinado por Manuel Aragón Reyes. Tomo I *Constitución, Estado Constitucional y Fuentes del Derecho*. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, 2001, p. 75.

3 Loc. cit.

4 Loc. cit.

Desde nuestro punto de vista y compartiendo la tesis adoptada por Pérez Royo, ese elemento “es el principio de la igualdad”⁵. En efecto, solo en el Estado, más propiamente denominado el Estado Constitucional, a diferencia de otras formas políticas, los individuos que son políticamente iguales y titulares de una alícuota del poder constituyente, a partir de su igualdad y su calidad de sujetos conformadores del poder y no objetos del poder, aceptan en virtud del pacto social inicial, celebrado al fundar el Estado Nación, someterse a reglas que implican la creación de una instancia despersonalizada dotada del monopolio de la coacción física a la cual todos se someten, en el marco del territorio que les pertenece como colectividad jurídicamente organizada⁶.

Descrito el elemento que lo tipifica, puede intentarse una definición de Estado Constitucional que complete la anteriormente reseñada en los términos siguientes: el Estado Constitucional es un ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo en base al principio de igualdad, como titular primigenio y auténtico del poder político, y decide someterse a la voluntad de un gobierno que nace, precisamente, de su decisión soberana y que no le es impuesto en ninguna forma ni circunstancia. En todo caso, no hay que olvidar la reflexión de García Toma en el sentido que “El Estado alude a la existencia de una sociedad política, independiente y organizada, que posee la titularidad abstracta y permanente del ejercicio del poder, y cuyo fin consiste en el cumplimiento y racionalización de la vida comunitaria, así como en la realización del bien común a favor de sus miembros, para lo cual establece un orden jurídico coactivo”⁷, a lo que habría que agregar, con base en el principio de la igualdad.

Ahora bien, asumida la definición que se acaba de esbozar, la cual, por cierto, puede ser discutida, ampliada y precisada, corresponde hacer una breve referencia a las formas tradicionales de Estado. Sobre dicho particular, conviene recordar aquella clasificación que agrupa a la forma de Estado en tres grandes variantes⁸: el Estado Unitario, el Estado Federal y la Confederación, siendo más comunes las dos primeras⁹.

5 Sobre este particular, es interesante acotar que Javier Pérez Royo desarrolla dicha tesis, sosteniendo que lo que define positivamente al Estado es el principio de la igualdad, afirmando que: “El Estado es la única forma política que arranca de la afirmación del principio de la igualdad y que solo alcanza su pleno desarrollo cuando dicho principio ha adquirido la fuerza de un ‘prejuicio popular’. Éste es el ‘secreto’ del Estado, esto es lo que explica la configuración específica que asumen esos tres elementos comunes a todas las formas políticas cuando del Estado se trata”. Loc. cit.

6 Ídem, pp. 75-79.

7 GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Universidad de Lima. Fondo Editorial. Lima, primera edición, 1999, p. 139.

8 Un interesante inventario del tema lo encontramos en PLANAS SILVA, PEDRO, *La Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)*. Auspiciado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica S.A. Lima 1998, pp. 19-61.

9 Obviamente que esta clasificación no es la única. Por ejemplo, el mismo GARCÍA TOMA nos habla de dos

El Estado Unitario, al que dedicaremos una líneas especiales más adelante, es indivisible, ejerce una sola soberanía, tiene un solo poder constituyente, se rige por una sola Constitución y detenta una sola estructura que puede ser centralizada o convivir con organismos territoriales autónomos¹⁰.

El Estado Federal, en contraste con el Estado Unitario, se organiza como una suma de Estados o entidades políticas previamente existentes, por lo que es en su origen divisible, si bien tiene una sola soberanía y un solo poder constituyente en su decisión fundacional como Estado Federal, cuya expresión es recogida en la Constitución Nacional o Constitución de la Unión, que es norma de Derecho interno de cada uno de los estados o entidades que lo conforman, manteniendo el poder constituyente de cada uno de ellos plasmado en su propia Constitución, lo que se traduce en la coexistencia de dos ordenamientos constitucionales en simultáneo, que, a su vez, se objetivan, en “la existencia de estados, provincias o cantones, provistos de autonomía constitucional, cada cual con su constitución estatal o provincial, con su trilogía de poderes y con capacidad de organizar y dictar su ordenamiento jurídico interior, sin otra limitación que la no contradicción del ordenamiento general federal. Tal Constitución provincial emerge como la cúspide de su particular ordenamiento. Así, dentro de un Estado Federal, la provincia o Estado miembro tiene también su Poder Ejecutivo (Gobernador), su Poder Legislativo (Legislatura) y su Poder Judicial, con su respectiva Corte Suprema provincial. Por esa razón, el ciudadano del Estado Federal está vinculado a ambos ordenamientos jurídicos, aquel que afecta al ciudadano como integrante de la Unión y aquel que lo afecta solo como integrante del Estado miembro”¹¹.

La Confederación es, como también se enfatiza, “la unión o federación de Estados soberanos que mantienen su soberanía aún después de integrados”¹². Vale decir, cada Estado miembro conserva su soberanía y en acto libre y voluntario, sin renunciar a ella sino reafirmandola y manteniéndola, decide celebrar un acuerdo con otros Estados para formar la Confederación; decisión que se plasma en un tratado y puede ser revocada en forma unilateral si ello se ha previsto al constituirlo.

Para concluir esta referencia a las formas tradicionales de Estado, cabe agregar, en la línea de Allan R. Brewer-Carías, que “este esquema clásico de Estados Unitarios y Estados Federales ya está superado y puede decirse que ya no existe

formas de Estado, las cuales aluden a la distribución territorial del poder dentro del Estado y que implican la relación que se da entre el poder político y el territorio: el Estado Unitario, con tres subformas (el Estado Unitario *strictu sensu*, el Estado Unitario Desconcentrado y el Estado Unitario Descentralizado); y el Estado Complejo, con dos subformas (el Estado Complejo Confederado y el Estado Complejo Federado). GARCÍA TOMA, VÍCTOR, ob. cit., p. 141.

10 PLANAS SILVA, PEDRO, ob. cit., pp. 19, 20 y 21.

11 Ídem, p. 19 y 20.

12 Ídem, p. 20.

ningún Estado Unitario ideal, como no existe un Estado Federal ideal. Se tiende, progresivamente, en ambos casos, a un sistema de distribución vertical del poder”¹³.

No obstante dicha realidad, el consabido esquema sigue siendo útil para fines didácticos. En este contexto lo seguimos utilizando.

b. EL ESTADO UNITARIO

Una aproximación más cercana a la noción de Estado Unitario aconseja recurrir al auxilio del profesor francés Georges Burdeau, citado por Gustavo Penagos, quien sostiene que el Estado Unitario “es el que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público, en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta en él con un único titular, que es la persona jurídica Estado. Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen a una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes”¹⁴.

Por otra parte, y como lo sostiene Rodolfo Rodríguez, citado por García Toma, el Estado Unitario encierra a una tendencia centrípeta, que se traduce en que el poder político se encuentra inserto en un órgano central, de tal manera que dicho poder es ejercido por gobernantes cuyas funciones se extienden y abarcan a toda la población y el territorio del Estado, de tal suerte que el Estado Unitario tiene un solo orden jurídico firme y valedero, dentro del territorio, y una estructura central de gobierno desde donde se ejerce el poder político, emanando toda actividad política del centro y convergiendo hacia dicho centro¹⁵.

Es importante hacer hincapié que, de lo revisado hasta aquí, en el Estado Unitario se presentan las siguientes características básicas:

– Es indivisible, desde que el pacto social fundacional que le da origen responde a una decisión de una comunidad que emerge como una unidad social propia e individualizada, que no es la sumatoria de organizaciones políticas que hayan decidido, a partir de su existencia y su reconocimiento como tales, formar el Estado. Hay entonces en él un sello propio desde su fundación como una unidad, que es incompatible con cualquier separación de unidades sociales organizadas políticamente preexistentes.

– Ejerce una sola soberanía, desde que es aquel pueblo, en tanto unidad social propia e individualizada, que decide constituir el Estado, al que le corresponde la

13 BREWER-CARIAS, ALLAN R., *El Poder Público: nacional, estatal y municipal*. Tomo II de Instituciones Políticas Constitucionales Tercera Edición corregida y aumentada. Editorial Jurídica Venezolana. Universidad Católica del Táchira. Caracas-San Cristóbal, 1996, p. 15.

14 PENAGOS, GUSTAVO, *La descentralización en el Estado Unitario: centralización, descentralización, participación, regionalización, desconcentración, delegación, avocación*. Ediciones Doctrina y Ley. Santa Fé de Bogotá, 1997, pp. 3 y 4.

15 GARCÍA TOMA, VÍCTOR, ob. cit., p. 141.

titularidad primigenia y auténtica del poder, como originaria y suprema autoridad, como poder constituyente.

– Tiene un solo poder constituyente, como consecuencia lógica de la existencia de una sola soberanía: esto es, un poder de decisión, creador, originario y sin límites jurídicos¹⁶.

– Se rige por una sola Constitución, en tanto expresión normativa del poder constituyente elaborada por el legislador constituyente en virtud de la delegación otorgada a su favor por el pueblo, como titular primigenio y auténtico del poder constituyente que, por un único momento de decisión, contiene la totalidad de la unidad política, respecto de la cual cabe señalar que esta es una realidad existencial previa que la Constitución dotará de una estructura¹⁷.

– Detenta una sola estructura. Vale decir, una sola distribución y orden de las partes que lo componen, con la correspondiente asignación de competencias que corresponden a cada órgano del Estado, en orden a la plasmación de una fórmula adecuada de compensación e intercontrol del poder, que evite el exceso y el abuso del poder.

Si bien la descripción del Estado Unitario va aparejada a la idea de una autoridad central monopólica que, en forma exclusiva y excluyente, detenta el poder de decisión y lo ejerce, sin admitir fórmula alguna de delegación o atribución de competencias, esa idea pertenece al pasado. A lo que podríamos llamar el pretérito Estado Unitario clásico o, en lenguaje de García Toma, el Estado unitario *stricto sensu*¹⁸, que, en puridad, ya no existe más, pues la realidad ha impuesto al Estado contemporáneo, cualquiera sea su forma, en la exigencia de la consolidación y el perfeccionamiento de la democracia, como “un reparto de competencias, en contra de la pretensión del viejo Estado centralista, omnímodo y absorbente; provocando instancias o niveles políticos intermedios”¹⁹. Así, la descentralización, la desconcentración y la delegación se han ido abriendo paso. A ellas nos dedicamos a continuación.

C. LA DESCENTRALIZACIÓN

Definir la descentralización como categoría conceptual requiere ante todo tener un concepto preciso de centralización. En este sentido la centralización es “el fenómeno jurídico-político que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican

16 PANTOJA MORÁN, DAVID, *Escritos Políticos de Sieyès*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993, p. 35.

17 TAJADURA TEJADA, JAVIER, *El Preámbulo Constitucional*. Editorial Comares. Granada, 1997, p. 53.

18 GARCÍA TOMA, VÍCTOR, *ob. cit.*, p. 142.

19 PENAGOS, GUSTAVO, *ob. cit.*, p. 34.

en manos de la persona jurídica Estado. Es decir, que el Estado monopoliza todas esas tareas y funciones públicas²⁰.

En la centralización, el Estado es la única persona jurídica pública que concentra las tareas y funciones públicas, por lo que ella, en puridad, no admite colectividades con vida jurídica propia. “Las divisiones territoriales serán simplemente circunscripciones, tendientes a permitir una gestión más práctica de los servicios públicos estatales”²¹; implicando como sistema de manejo del Estado una administración rigurosamente jerarquizada, en la cual no hay entidades locales propias, sino totalmente subordinadas a las autoridades centrales y, por lo tanto, meras trasmisoras y ejecutoras de órdenes, pero huérfanas de poder decisorio²². En este punto, cabe recordar lo afirmado por Rivero: “. . . mediante la centralización, una voluntad única, que parte del centro del Estado, se transmite hacia las últimas extremidades”²³.

La centralización, en suma, no se presenta en la práctica en términos absolutos, salvo el caso de Estados pequeños, pues ha sido relativizada, por la propia realidad, caracterizada por una reacción natural de las colectividades locales, que ha tenido y tiene como denominador común la exigencia de, por lo menos, algún grado de autonomía; y por la extensión territorial de los Estados que, en términos prácticos, imposibilita la concentración del poder decisorio en el centro.

Sobre la descentralización, por su parte, pueden afirmarse varias cosas. En primer término, y siguiendo al mismo Rodríguez: “Desde un punto de vista jurídico muy general, la descentralización es la facultad que se otorga a las entidades públicas diferentes del Estado (entiéndase Gobierno Central o Gobierno Nacional) para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente”²⁴ (lo indicado entre paréntesis es nuestro).

En el ámbito del modelo descentralista el mismo autor enseña: “Como las facultades para gobernar una colectividad comprenden las funciones constitucional, legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, podemos afirmar que el máximo grado de descentralización se confunde con el federalismo, ya que podemos recordar que dentro de un Estado federal, las colectividades que lo componen (Estados federados) poseen esas cuatro funciones, o por lo menos las tres últimas. Por esta razón, cuando se habla de descentralización, no se hace mención realmente a ese caso extremo, sino que el fenómeno se ubica en el Estado unitario, pues a pesar de que este es, en principio, centralista, ya hemos afirmado que esa centralización por

20 RODRIGUEZ R., LIBARDO, *Estructura del Poder Público en Colombia*. Octava edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2001, p. 12.

21 Loc. cit.

22 Loc. cit.

23 RIVERO, JUAN, *Derecho administrativo*. Traducción de la Novena edición. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, p. 339.

24 RODRÍGUEZ R., LIBARDO, ob. cit., p. 16.

regla general tampoco se presenta en la práctica en términos absolutos”²⁵ y agrega que “Por lo mismo, no obstante que podría hablarse de descentralización legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial, desde el punto de vista jurídico solo se habla de descentralización administrativa, pues las otras son expresiones del fenómeno federal. A su vez, dentro del fenómeno de la descentralización administrativa se identifican los conceptos de la descentralización política, funcional y fiscal, según se trate de un mayor grado de participación de la comunidad en la toma de decisiones, del traslado de competencias o funciones a las entidades territoriales o de la transferencia de recursos para financiar las funciones trasladadas, respectivamente”²⁶.

En aquella dirección, de acuerdo con la doctrina y siguiendo al precitado tratadista, la descentralización administrativa conlleva otorgar competencias o funciones de carácter administrativo a personas públicas distintas del Estado, a fin de que sean ejercidas por ellas en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Nótese que del análisis de este concepto es factible distinguir nítidamente las diferencias entre la desconcentración y la descentralización: en ambas se trata de otorgamiento de funciones, pero mientras en esta se trata de funciones propias, en aquella se trata de funciones del Estado; en esta es la persona jurídica diferente del Estado o la entidad nacional quien toma la decisión, mientras que en aquella es el Estado o la entidad nacional quien decide por intermedio de un agente”²⁷.

Ratificamos, en consecuencia, lo sostenido por el mismo Rodríguez, en el sentido de que la descentralización administrativa ofrece tres modalidades principales: la descentralización territorial, la descentralización especializada o por servicios y la descentralización por colaboración²⁸, según el criterio matriz que determina la asignación de competencia por parte del constituyente al ente descentralizado; sea el territorio, sea la especialización, sea la simple colaboración.

d. LA DESCONCENTRACIÓN

Compartiendo la posición de Penagos, puede afirmarse que “La desconcentración es, ante todo, una fórmula intermedia entre la centralización y la descentralización, participando de elementos comunes, pero en forma limitada de las dos modalidades”²⁹.

En efecto, la desconcentración “consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial,

25 Loc. cit.

26 Ídem, pp. 16 y 17.

27 Ídem, p.17.

28 Loc. cit.

29 PENAGOS, GUSTAVO, ob. cit., p. 225.

dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales”³⁰.

Desde esta óptica, la desconcentración la encontramos como la primera limitación a la centralización absoluta, consistiendo en “la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración”³¹. Es decir “que a pesar de que las funciones continúan monopolizadas por las entidades nacionales, algunas de esas funciones son desempeñadas por agentes de aquellas, que se desplazan físicamente a las diversas partes del territorio, dada la imposibilidad o inconveniencia de ejercerlas desde la capital. Si bien pueden tomar algunas decisiones, lo hacen en nombre de la entidad nacional y no de la colectividad seccional donde ejercen la función”³².

En definitiva, y como lo sostiene el mismo Rodríguez, “la desconcentración es apenas un fenómeno de limitación a la excesiva centralización, pero que se ubica todavía dentro de esta última, pues el Estado continúa monopolizando el ejercicio de las funciones. Podría decirse que es una centralización atenuada”³³.

e. LA DELEGACIÓN

La delegación “es apenas una atenuación de la centralización”³⁴. Consiste en esencia en la transferencia de funciones por parte de un funcionario titular, denominado delegante, a otro funcionario o autoridad, llamado delegatario, para que las ejerza en su nombre.

Ante la pregunta ¿qué es la delegación?, Penagos responde: “La delegación consiste en transferir competencias a entes autónomos para que resuelvan en forma independiente y definitiva, pudiendo el delegante revocar la decisión y reasumir competencia”³⁵. En este sentido, “no implica una alteración de la estructura administrativa existente, sino tan solo de su dinámica, para lograr los objetivos de Estado y hacer efectivos cometidos estatales, y más eficiente la prestación de los servicios públicos”³⁶.

30 BLUME FORTINI, ERNESTO, *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal*. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima, 1998, pp. 38 y 39.

31 Parte del artículo 8 de la Ley n.º 489 colombiana, promulgada en 1998.

32 RODRÍGUEZ, R., LIBARDO, ob. cit., p. 13.

33 Loc. cit.

34 Ídem, p. 14.

35 PENAGOS, GUSTAVO, ob. cit., p. 296.

36 Ídem, p. 297.

En igual sentido, Escola nos advierte que “la delegación, que constituye una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, es un medio técnico para la mejor organización y dinámica de la administración pública, en virtud del cual un órgano determinado se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano, al cual esa competencia no le ha sido asignada”³⁷, y agrega que “La delegación, de tal modo, no implica una alteración de la estructura administrativa existente, sino tan solo de su dinámica, e importa el desprendimiento de un deber funcional, siendo –además– independiente de la existencia de una relación jerárquica entre el órgano delegante y el delegado”³⁸.

II. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO FÓRMULA DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993: AVANCES Y RETROCESOS

a. ANTECEDENTES

Conviene revisar el tratamiento que brinda la normativa constitucional vigente a la descentralización, a fin de verificar los avances y retrocesos de la Constitución de 1993 en lo que respecta a dicha figura, a partir de un balance de lo acontecido en el Perú republicano.

Coincidiendo en este extremo con Planas³⁹, sostenemos que, contrariamente a lo que se piensa, el Perú republicano ha conocido diversos proyectos descentralistas. Y, por sorprendente que parezca, el primer siglo de vida republicana (1821-1921) fue marcadamente más descentralista que lo que va de este segundo siglo (1921-2010) si algo de descentralista podemos encontrarle, en el que excepción hecha del notable esfuerzo del constituyente de la Carta de 1979 y los intermitentes empeños efectuados en esta primera década del siglo XXI, se ha dado la penosa constante de un doble lenguaje, caracterizado por una prédica descentralista contra una praxis centralista. Ella, agravada en la década de los noventa del siglo pasado por una transición, en palabras del mismo Planas, que compartimos plenamente, del descentralismo falaz perfeccionado en la Carta de 1993 al hipercentralismo que tuvo su punto de máxima expresión entre 1996 y el 2000, o por un proceso de recentralización en expresión de Landa⁴⁰, a lo que se pueden agregar los aún tímidos esfuerzos por ingresar a una etapa realmente descentralista, que es todavía y esperamos que no por mucho

37 ESCOLA, JORGE HÉCTOR, *Compendio de Derecho Administrativo*. Volumen 1. Depalma. Buenos Aires, p. 275.

38 Ídem, p. 277.

39 PLANAS SILVA, PEDRO, ob. cit., pp. 249 y ss.

40 LANDA ARROYO, CÉSAR, “La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993”. En el colectivo *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales-10. Lima, 1994, p. 238.

tiempo, una simple quimera. Un sueño de aquellos peruanos que desean que el país tome el camino del progreso y del desarrollo integral en beneficio de todos sus habitantes y de las generaciones venideras. En términos históricos, Perú, contra toda lógica e inversamente con lo ocurrido con la gran mayoría de países, ha ido a contramano, centralizándose cada vez más.

En efecto, en su primer siglo de vida republicana, el Perú conoció seis proyectos descentralistas, cuatro plasmados en Constituciones y dos en leyes especiales, que fueron los proyectos diseñados en las Cartas Constitucionales de 1823, de 1828, de 1856 y de 1867, y los que inspiraron las Leyes de Descentralización de 1873 y de 1886, ambas dictadas bajo la Constitución de 1860; siendo curioso observar, como lo advierte el mismo Planas, que a pesar de las eventuales interrupciones del orden constitucional que se produjeron, Perú gozó de un régimen descentralizado un número sorprendentemente alto de años: de 1828 a 1834, de 1873 a 1880 y de 1886 a 1920. En estos dos últimos períodos, sumó 41 años de descentralización solo interrumpidos por la Guerra con Chile.

Es interesante observar que en ese primer siglo de vida republicana, la descentralización coincidió con épocas de mayor continuidad jurídica y de inédita continuidad institucional, tanto es así que, coincidentemente, y esto hay que recalcarlo, durante el mismo las tres Constituciones que no tuvieron mecanismos de descentralización, que fueron las de 1826, 1839 y 1920 (a las que podría agregarse el Estatuto Provisorio de Piérola) se dictaron al amparo —o a la sombra— de un caudillo con ansias de poder y proclividad autoritaria, como ocurrió con Bolívar, Gamarra y Leguía, respectivamente.

Empero, en lo tocante a lo afirmado en el párrafo anterior, hay una sustantiva diferencia entre tales caudillos que resulta relevante. Mientras Bolívar y Gamarra plasmaron en las Constituciones su esquema centralista, Leguía inició el antes referido doble lenguaje, que amparó y promovió el divorcio entre el texto constitucional y la práctica política. Lamentablemente, ese doble lenguaje, que como está dicho se instauró como constante en el segundo siglo de vida republicana, restaurándose con Benavides en 1933, revivió desde 1990 y derivó en el golpe de 1992, que clausuró la experiencia regional prevista en la Constitución de 1979, iniciada poco antes tras muchas décadas de centralismo.

En cuanto a aquella experiencia, es evidente que se produce un salto cualitativo y cuantitativo en este segundo siglo en la vida republicana del Perú desde la instalación de la Asamblea Constituyente que elaboró la Carta de 1979 hasta 1989, cuando se incorporaron en aquella Constitución un conjunto de normas tendientes a garantizar la descentralización e impulsar la regionalización, con el abanico de medidas y plazos.

La Constitución de 1979 introdujo, a nivel de normativa constitucional, cambios importantes e inéditos, dando paso a lo que Planas denomina el consenso

por la regionalización que abarcó desde 1979 hasta 1989^[41], siendo pertinente puntualizar que “La Asamblea Constituyente de 1979 tenía que poner término a este sistemático centralismo, garantizando un nítido proceso de descentralización mediante un conjunto de plazos y cronogramas insertos en la Constitución, que inclusive instaban al gobierno constitucional a efectuar una inmediata convocatoria a elecciones municipales”⁴².

La Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979 tuvo características propias, en razón de las circunstancias políticas y sociales por las que atravesaba Perú, que la diferencian de las convenciones constituyentes anteriores. Domingo García Belaúnde⁴³ apunta, entre otras, las siguientes:

– El plazo: a diferencia de los brevísimos períodos otorgados a los constituyentes que elaboraron las Cartas Constitucionales anteriores, los legisladores constituyentes de esta gozaron del plazo de un año para discutir y aprobar el nuevo texto.

– La circunstancia: se elaboró después de una larga y agitada vida política del país, que fue fuente de experiencias negativas y positivas, lo que obligó al constituyente a extraer las lecciones del pasado y diseñar los correctivos normativos constitucionales para el futuro; realizando sus trabajos junto al gobierno *de facto*, que le era ajeno y hasta hostil, pero que fue respetuoso de sus decisiones.

– La falta de anteproyecto: no obstante que el gobierno militar jefaturado por el General Francisco Morales Bermúdez, en una pretensión impropia, osada e inconstitucional, dispuso, en el artículo 2 del Decreto Ley 21949, por el cual convocó a elecciones para representantes a la Asamblea Constituyente, que ella tenía “como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”, no contó con un anteproyecto que le sirviera de base y de orientación, lo cual provocó un doble efecto. Por un lado, “la falta de tecnicismo, las redundancias, lagunas e incorrecciones que tiene el texto”, a pesar de sus notables aspectos positivos. Por otro lado, un resultado producto de un trabajo sin los corsés y los encuadramientos que trae inevitablemente el partir de un texto previo.

– La exclusividad: tuvo el exclusivo encargo del pueblo de elaborar una nueva Constitución, por lo que se circunscribió a la actividad constituyente, a diferencia de lo acontecido en el pasado en que normalmente el legislador constituyente cumplió también las funciones de legislador constituido; inclusive, no existieron representantes de quienes ejercían de hecho el poder.

41 PLANAS SILVA, PEDRO, ob. cit., p. 559.

42 Ídem, p. 558.

43 GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO, *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNAS, Arequipa, 1996, pp. 26-27.

– El electorado: participaron un mayor número de electores, al haberse rebajado la edad para adquirir la calidad de ciudadano de los 21 a los 18 años.

– La representación: todas las fuerzas políticas estuvieron representadas, con excepción de Acción Popular (partido al que pertenecía el presidente derrocado por la Fuerza Armada en 1968), cuya ideología, sin embargo, fue “defendida al interior de la Asamblea por otros grupos afines”.

– La búsqueda de consenso: como quiera que ninguna de las fuerzas políticas representadas tenía mayoría, fue “indispensable el entendimiento y las mutuas concesiones entre ellas”, dando como resultado un texto producto del consenso, plural y amplio; consenso que no siempre fue de las ideas o posiciones de doctrina política, sino, diríase, en muchos casos de intereses, ya que “todas eran conscientes de que sin la Constitución lista en un año no habría elecciones y la dictadura continuaría”. Esta peculiar circunstancia contribuyó a obligar a los legisladores a un producto constitucional de consenso, centrado en el rescate, defensa y guardianía de los valores y principios que habían sido violados o dejados de lado y que reclamaba la República.

Siguiendo a Planas, podemos afirmar que las principales innovaciones introducidas en cuanto al tema de la descentralización por la Constitución de 1979 fueron las siguientes:

– Reconoció el carácter descentralizado como inherente a Perú, pero incurriendo en error de asignarlo al gobierno, al que además caracterizó como unitario y representativo, y no al Estado (ver artículo 79).

– Consignó como uno de los deberes primordiales del Estado el promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país (ver artículo 80).

– Impuso por consenso el concepto de regionalización como mecanismo para efectuar la descentralización.

– Definió las regiones como unidades neoeconómicas que habrían de constituirse sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica y administrativamente, rompiendo así la identificación entre región y departamento (ver artículo 259).

– Estableció un cronograma para la regionalización que comprendía la obligación del Ejecutivo de presentar al Congreso en un plazo de 3 años el proyecto de Plan Nacional de Regionalización (ver 9º Disposición transitoria).

– Previó un Fondo de Compensación Regional, zanjando viejas discusiones sobre la desigualdad de rentas y las necesidades dispares.

– Se optó en cuanto a las regiones por un sistema de delegación legislativa, subordinada al criterio unitario del Estado.

– Definió claramente la estructura del poder regional.

– Asumió la antigua demanda de integrar elementos gremiales o funcionales en la Asamblea Regional.

– Consagró un esquema de asignación de competencias y de rentas, tanto para las municipalidades como para las regiones; y, en este último caso, comprendió las competencias de la Asamblea Regional, así como del presidente y del Consejo Regional. (Ver artículos 254, 255, 257, 262, 265 y 268).

Sentadas las apreciaciones consignadas y constriñendo nuestro análisis al texto constitucional propiamente dicho, abstracción hecha del divorcio existente con la realidad y con la normativa infraconstitucional que se dictó para desmontar el andamiaje institucional constitucional, ingresamos a una somera revisión de los avances y retrocesos que pueden observarse en la Constitución de 1993.

b. SE MANTIENE EL ERROR CONCEPTUAL: DENOMINAR GOBIERNO UNITARIO, REPRESENTATIVO Y DESCENTRALIZADO AL ESTADO UNITARIO DESCENTRALIZADO

La Constitución de 1993, en su artículo 43, que encabeza el Título II (del Estado y la Nación) y el Capítulo I de dicho título (del Estado, la Nación y el Territorio) reproduciendo el texto del artículo 79 de la Carta de 1979, establece, entre otros aspectos, que el Estado es uno e indivisible y “Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, el cual se organiza en base a la separación de poderes”.

Como lo sostiene López Guerra, el término “gobierno” ha sido utilizado diversamente, bien con un significado funcional, entendido como acción o efecto de gobernar, como actuación de *imperium* y dirección política, o bien con un significado estructural, como órgano pluripersonal con funciones específicas⁴⁴.

De una lectura integral del articulado del texto constitucional vigente, se desprende que el legislador constituyente utiliza el vocablo gobierno en diversos sentidos, que comprenden los significados referidos en el párrafo anterior. En primer lugar, como la acción de gobernar o actuación de *imperium* o actuación política, cuando, por ejemplo, en el artículo 118, inciso 24, preceptúa que corresponde al presidente de la República “Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan”. En segundo lugar, como un órgano colegiado, dirigido y coordinado por su presidente, y al que se le atribuyen una serie de funciones, de orden ejecutivo, normativo y de dirección”, cuando, verbigracia, el mismo artículo 118, pero esta vez en su inciso 3), dispone que corresponde al presidente de la República “Dirigir la política general de

44 LÓPEZ GUERRA, LUIS. “Gobierno”, En el Colectivo “Temas Básicos de Derecho Constitucional”, coordinado por Manuel Aragón Reyes. Tomo II *Organización del Estado*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2001, pp. 202 y ss.

gobierno”. En tercer lugar, como sinónimo de órgano emergente de un régimen constitucional y, por lo tanto, legitimado por tal carácter cuando, en su artículo 75, primer párrafo, norma que “El Estado solo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley”. En cuarto lugar, como equivalente a gobierno central, cuando en su artículo 193, al reglar sobre los bienes y rentas municipales refiere que, entre otras, estas están constituidas por “Las transferencias presupuestales del Gobierno Central.” Y en quinto lugar, como equivalente al gobierno local o municipal, cuando en el artículo 74, primera parte del segundo párrafo, se lee “Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley”.

Se puede observar que en las cinco formas en las que se utiliza la palabra gobierno, este aparece bien como el ente que ejerce la acción o bien el colegiado titular de dicha acción. Empero, en cualquiera de sus acepciones queda claro que no cabe que conjugue a la vez, como un concepto unívoco, los caracteres de unitario y descentralizado, desde que, como lo sostiene la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional del Perú, “La descentralización atañe a la ‘forma del Estado’, en la medida que afecta al territorio, uno de sus tres componentes básicos. Por lo tanto la descentralización tiene que estar adscrita a la naturaleza del Estado y no a la forma de gobierno como está consignado en los textos de 1979 y 1993. El artículo pertinente, al lado de otras características debe establecer un Estado descentralizado”⁴⁵.

C. AVANCES

Haciendo un balance del tratamiento de la descentralización en la Carta Constitucional de 1993, únicamente, esto lo recalcamos, a la luz de la normatividad consagrada en ella y más allá de las intenciones del legislador constituyente, así como de lo que aconteció entre su entrada en vigencia y la caída del gobierno del expresidente Fujimori, calificado en algún momento como del descentralismo falaz al hipercentralismo⁴⁶ (este último en su máxima expresión a partir de 1996) vamos a extraer lo que podríamos denominar sus aspectos positivos y sus aspectos negativos o lo que es lo mismo, sus avances y retrocesos, partiendo de la premisa que, sin lugar a dudas, la Constitución de 1979 inauguró en Perú un tratamiento constitucional inédito de rescate de la descentralización como elemento esencial y clave para el desarrollo de Perú, a través de la consagración de disposiciones de repotenciación de los gobiernos locales y la creación de los gobiernos regionales

45 Comisión de Estudio de las bases de la Reforma Constitucional de Perú, Ministerio de Justicia. Lima, 2001, p. 73.

46 PLANAS SILVA, PEDRO, ob. cit., pp. 572-580.

que, en términos estrictamente normativos, fue superior cualitativa y cuantitativamente, al brindado en la actual Carta, por lo que la tomamos como referente comparativo para el análisis.

Sentada esta premisa, en cuanto a los avances, debemos destacar los siguientes:

– Ha establecido que la descentralización es un proceso, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanística ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

– Ha establecido que dicho proceso implica el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada. Esto es, que para el desarrollo integral del país y sin romper el concepto unitario, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración que, como ya se adelantó, consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales.

– Ha establecido que el referido proceso se da básicamente a través y a partir de las municipalidades, a las cuales considera instrumentos de la descentralización del país. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local; a las cuales, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, se les ha otorgado plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia.

– Ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas ordenanzas municipales.

d. RETROCESOS

Más fueron los deméritos que los aciertos de la Carta de 1993 en el tema de la descentralización. En verdad, como afirma Landa, el proyecto de Constitución elaborado por el Congreso Constituyente Democrático que fuera materia de aprobación en un referendo cuyos resultados hasta hoy se siguen cuestionando, tuvo un “errático decurso”⁴⁷, que queda evidenciado si se revisan los tres proyectos difundidos por su Comisión Principal de Constitución y Reglamento y se tiene en cuenta el producto final. En efecto, “En el primer y segundo proyecto, reconocía nominalmente un ámbito restringido de atribuciones y recursos municipales, y se sustituía a los gobiernos regionales por un esquema departamental dirigido por un Gobernador Civil: mientras que en el tercer proyecto cambió la figura del Gobernador por un Prefecto Departamental. Finalmente, en el pleno del CCD se incorporó tibiamente la demanda provincial y nacional de constitucionalizar la regionalización”⁴⁸.

Delimitando los aspectos negativos más saltantes de este producto final, podemos afirmar lo siguiente:

- Omite en la denominación o rótulo del capítulo respectivo el carácter de gobiernos regionales y de gobiernos locales.

- Introduce la desconcentración en el capítulo de la descentralización para justificar la intromisión del gobierno central en las regiones, los departamentos, las provincias y los distritos.

- Debilita o elimina, según el caso, el esquema de competencias y rentas asignado a las municipalidades y a las regiones, reduciendo el núcleo duro e indisponible por el legislador ordinario y, consecuentemente, reduciendo el ámbito de la protección de la garantía institucional; en el primer caso para las municipalidades en general y en el segundo para las regiones y sus órganos de gobierno.

- Desmantela la estructura de las regiones, eliminando a su máximo órgano de gobierno, que era la Asamblea Regional con representación plural y construyendo el carácter representativo por sufragio directo al presidente de la región.

- Equipara el régimen especial de la capital de la República, con el de las capitales de provincias de rango metropolitano, las capitales de departamento de ubicación fronteriza, la Provincia Constitucional del Callao y las provincias de frontera, que deberán establecerse en la Ley Orgánica de Municipalidades, desconociendo las especiales características que presenta la ciudad de Lima, con sus casi nueve millones de habitantes y los graves problemas que enfrenta, que llevaron al constituyente de la Carta de 1979 a establecer para la capital un régimen especial. Esto, no quiere decir que reprobemos el establecimiento de regímenes o normas

47 LANDA ARROYO, CÉSAR, ob. cit., p. 238.

48 Loc. cit.

especiales para las capitales de provincias de rango metropolitano, las capitales de departamento de ubicación fronteriza, la Provincia Constitucional del Callao y las provincias de frontera; sino que lo cuestionable es el pretender que un solo régimen se aplique a realidades tan distintas, dentro de una lógica que, al parecer, buscaba minimizar el rol y la importancia de la metrópoli capitalina.

– Siembra un germen de enfrentamiento y disociación entre las Municipalidades Provinciales y Distritales, al consagrar un solo haz de competencias, eliminando las correspondientes a las Municipalidades Provinciales que contenía la Constitución de 1979.

– Elimina la norma expresa consagrada en la Carta Constitucional anterior, que establecía la obligación de las municipalidades de promover, apoyar y reglamentar la participación de los vecinos en el desarrollo comunal, revelando la poca importancia que en el fondo mereció al constituyente del 93 la participación vecinal en el gobierno local, así como la consagración del derecho de los vecinos de ser copartícipes con las autoridades electas en el enfrentamiento, superación y solución de su problemática local.

– Delega en exceso al Poder Legislativo la tarea de completar e implementar la normativa constitucional reguladora de la descentralización, al habilitarlo para que dicte las disposiciones sobre competencias de las Municipalidades Provinciales, incluyendo la de Lima y las otras de carácter metropolitano, así como la estructura y funciones de las regiones.

III. HACIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE REAFIRME Y CONSOLIDE LA DESCENTRALIZACIÓN

a. ¿ES NECESARIA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL TRATAMIENTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN?

De la exploración efectuada hasta aquí, surge una inevitable interrogante: ¿es necesaria una reforma en el tratamiento constitucional actual de la descentralización?

Desde nuestra perspectiva ello resulta afirmativo, pues, como ha quedado visto, más fueron los deméritos que los méritos de aquella Ley Fundamental. Ello, lógicamente, si aspiramos a un auténtico Estado Constitucional Unitario y Descentralizado moderno y eficiente, en el cual se hayan radicado entes territoriales cuyas autoridades emerjan del mandato popular y que gocen de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Entes con sus propios presupuestos, sus rentas debidamente asignadas y sus competencias formalmente establecidas, en un marco de autogobierno, que incluye facultades de normación, de fiscalización y, por cierto, de administración.

Ahora bien, si coincidimos que es conveniente la reforma constitucional en cuestión, antes de sugerir cualquier modificación al texto normativo, lo cual no es materia de este trabajo, es menester referirse a la racionalidad que debe guiar al legislador constituyente, que sí abordamos líneas abajo. Esto es, a la lógica que impulse su producción normativa, así como a los grandes criterios que la orienten. Diremos, mejor, a las bases y principios del Estado constitucional unitario y descentralizado al cual aspiramos. En esa dirección, vamos a referirnos a continuación a lo trabajado al respecto por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

b. LO TRABAJADO EN LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Acorde con los objetivos declarados por el Gobierno transitorio, que condujera con singular acierto el presidente Valentín Paniagua Corazao desde fines del mes de noviembre de 2000 hasta julio de 2001, de procurar la reconstrucción del Estado de Derecho, la recuperación y el fortalecimiento de las instituciones políticas, luchar contra la corrupción y la plena vigencia de los derechos constitucionales, mediante el Decreto Supremo n.º 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, se creó la denominada Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, que en adelante denominaremos simplemente la Comisión. A aquella se le encargaron tres productos:

1. Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas;
2. Las opciones sobre el contenido de las normas propuestas; y
3. El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

La Comisión debía estar constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica, así como de probada moral y ejecutoria democrática.

El 31 de mayo de 2001, por Resolución Suprema n.º 232-2001-JUS, se designó a los veintiocho juristas que conformaron la Comisión, y a mediados de julio de 2001 se presentó al presidente Paniagua el resultado del trabajo realizado, que se plasmó en el documento que bajo el título de “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú” publicara el Ministerio de Justicia en el mes de julio de 2001.

La Comisión propuso incorporar en el futuro texto constitucional un título inicial sobre “los principios y valores que dan sentido a la Constitución y que operan no solo como cláusulas interpretativas, sino, también, como normas jurí-

dicas vinculantes que integran el sistema de fuentes del derecho”⁴⁹. Se sostuvo en relación con ello que si bien las Constituciones de Perú no han incorporado un título sobre principios, las últimas Constituciones de América Latina, como las de Bolivia, Colombia, Paraguay, Brasil, Ecuador y Nicaragua sí lo hacían, al igual que las Constituciones europeas occidentales (España, Portugal, Alemania e Italia). Inclusive, las nuevas constituciones europeas orientales, citando las de Rusia, Bielorrusia, Polonia y las repúblicas bálticas.

Al respecto, es interesante observar que la Comisión propuso la inclusión de diez principios que desarrollen temas puntuales. Uno de esos temas, el número seis en concreto, fue el de la descentralización. Empero, no entró a una descripción del principio que sustente la descentralización, limitándose a su enunciado.

Más adelante, en el punto XII de su informe, la Comisión abordó el tema de la descentralización, incorporado bajo el rótulo “Bases y principios del Estado descentralizado”, que comprendió la fundamentación, las propuestas, los gobiernos locales, los gobiernos departamentales y la articulación y coordinación local y departamental.

En la fundamentación, se sostuvo que la descentralización “es una demanda nacional sustentada en la historia y alentada por las transformaciones productivas e institucionales que operan en el mundo actual”⁵⁰, por lo que “el régimen constitucional de Perú en el siglo XXI tiene, necesariamente, que asumir una incontable vocación descentralista”⁵¹. A ello, agregó lo ya adelantado, en cuanto a que la descentralización tiene que estar adscrita a la naturaleza del Estado y no a la forma de gobierno, postulando el modelo descentralista como componente de la fórmula histórica de Estado unitario y definiendo al Estado peruano como unitario y descentralizado.

En la misma fundamentación, la Comisión afirma que la descentralización tiene dos fuentes de sustento: La primera, la necesidad de ampliar y consolidar la democracia mediante la distribución territorial del poder, el aliento a la participación ciudadana y la multiplicación de los mecanismos de control, a través de una división vertical del poder, complementaria de la clásica división de los poderes del Estado. La segunda, la necesidad de procurar un nuevo modelo de desarrollo económico y social y que supere los desequilibrios, el atraso del interior del país y propenda a un crecimiento armónico y equitativo de la Nación⁵².

En el contexto de lo señalado, se considera conveniente que el texto constitucional incorpore ambas dimensiones y se aconseja que el proceso descentralista

49 Comisión de estudio de las bases de la Reforma Constitucional de Perú, ob. cit., p. 21.

50 Ídem, p. 73.

51 Loc. cit.

52 Ídem, pp. 73 y 74.

que se estima necesariamente largo, complejo y contradictorio, se conduzca con prudencia al administrar la saludable tensión que siempre habrá entre política y economía, democracia y desarrollo, que no se supera automáticamente.

En sus propuestas, la Comisión sostiene que desde “el punto de vista práctico e institucional la descentralización estatal consiste en la creación de entidades territoriales que tengan la calidad de gobierno y no solamente administrativas”⁵³, considerando que tal calidad “justifica la noción de autonomía política, de la cual están investidos, y cuya manifestación jurídica más nítida consiste en la potestad de dictar ciertas normas que tienen rango o valor de ley, por cierto, en su ámbito geográfico y en las materias competenciales asignadas”⁵⁴, y declara su convencimiento de que el objetivo descentralizador debe garantizar dos procesos simultáneos y, por cierto, vinculados: la municipalización y la departamentalización del país⁵⁵.

En lo referente al régimen de competencias de los entes descentralizados, la Comisión sostuvo que no existen fórmulas absolutas ni soluciones plenas, recomendando el uso de las más avanzadas doctrinas sobre la distribución de competencias distinguiendo entre las exclusivas, compartidas y concurrentes con sus respectivos regímenes, y dejando aclarado que las competencias exclusivas definen el llamado núcleo esencial, sin el cual el órgano se desnaturaliza y pierde su razón de ser, por lo que se considera que estas últimas debían estar consagradas en el texto constitucional. Asimismo, se estima que la tarea de armonización e integración ulterior es siempre una tarea de la legislación ordinaria y, por cierto, del Tribunal Constitucional, que en la función de dirimir los conflictos de competencias entre órganos constitucionales debe cumplir un rol fundamental.

Empero, la Comisión no definió el régimen de competencias y, es más, a contramano de lo que considerábamos algunos miembros de ella, por mayoría decidió que debería consagrarse una cláusula residual a favor del Estado, mediante la cual

53 Ídem, p. 74.

54 Loc. cit.

55 La Subcomisión de Descentralización, conformada por los doctores Roger Cáceres Velásquez, quien fue su Coordinador, César Landa Arroyo, que fue su Relator, Magdiel Gonzales Ojeda y quien escribe estas líneas, propuso al Pleno de la Comisión que la descentralización territorial se vertebrase a partir de la demarcación regional, departamental, provincial y distrital, mediante entes territoriales creados con base en criterios técnicos y sociales, que permitan conjugar la autonomía de la voluntad popular expresada en referéndum con criterios económicos, administrativos, históricos y culturales. Propuso que sobre la base de los departamentos se constituyan las regiones y sus gobiernos, y sobre la base de las provincias y distritos las municipalidades y sus respectivos gobiernos locales, así como que por iniciativa y mandato de la población perteneciente a áreas territoriales contiguas podrían integrarse una o más regiones o conformar una nueva. La propuesta reafirmó la regionalización y fue aprobada por el Pleno de la Comisión. Sin embargo, el doctor Alberto Borea Odría, miembro de la Comisión y a quien se le encargó la dirección de las sesiones del Pleno en ausencia del Ministro de Justicia doctor Diego García Sayán, Presidente de la Comisión, y del doctor Domingo García Belaúnde, Vicepresidente de la Comisión, a la hora undécima impuso la eliminación de la regionalización por la departamentalización.

las funciones y competencias no asignadas expresamente a los municipios y departamentos se debían presumir confiadas al gobierno nacional.

Por último y en cuanto a propuestas, se sugirió tener en cuenta el principio de la preeminencia de la política nacional sosteniendo que “El reto para el funcionamiento de un sistema descentralizado radica, justamente, en que la pluralidad de instancias y la diversidad de iniciativas funcione con un grado de coherencia que no afecte los rumbos generales, ni trabe la marcha de la administración global del país. Esto implica reconocer, no solo las prerrogativas, competencias y funciones de los distintos órganos territoriales, sino afirmar al mismo tiempo, y como condición de lo anterior, el rol director del Gobierno Nacional. El correcto manejo de lo público implica destacar el momento universal, la preocupación por todos, la concepción de conjunto, articulando—sin desmedro, claro está—los espacios locales y departamentales, abiertos precisamente por las políticas descentralistas”⁵⁶.

En lo que se hace a los gobiernos locales, la Comisión comprendió seis temas puntuales, los cuales, por razones de espacio solo pueden ser enunciados: las municipalidades como órganos de gobierno local, la autonomía política, la elección por tres años con límite a la reelección inmediata, la renunciabilidad y los impedimentos, la definición de competencias básicas y recursos financieros mínimos y, por último, el régimen metropolitano de Lima y Callao.

En todo caso, es necesario resaltar que la Comisión hizo consenso en el reconocimiento de la raigambre histórica de las municipalidades y en el imperativo de acabar con la larga práctica republicana de circunscribirlas a una especie de simples instancias administrativas, para dar paso a la reafirmación de su carácter de órganos de gobierno. Apostó decididamente por su autonomía política en los asuntos de su competencia, además de la autonomía económica y administrativa.

De otro lado, dejó bien sentada la idea de que el texto constitucional defina lo que denominó “el núcleo de competencias básicas de las municipalidades”, para que “el núcleo esencial que tipifica su existencia”⁵⁷ no esté “a disposición del legislador ordinario”⁵⁸, haciendo hincapié en que “la Carta Fundamental consigne los recursos patrimoniales y financieros para la vigencia de la institución”⁵⁹.

Empero, no se pronunció propiamente sobre cuáles debían ser las competencias de las municipalidades y, menos aún, diferenció entre las provinciales y distritales.

Al referirse a los gobiernos departamentales y para fundamentar su propuesta, la Comisión detalló los siguientes puntos: preexistencia de los departamentos, modificación de la demarcación departamental abierta, el proceso de la descentralización,

56 Comisión de estudio de las bases de la Reforma Constitucional de Perú, ob. cit., p. 76.

57 Ídem, p. 77.

58 Loc. cit.

59 Loc. cit.

la estructura de gobierno, la junta departamental y el fondo de compensación y redistribución.

La Subcomisión de Descentralización postuló otra tesis: que sobre la base de los departamentos se constituyan las regiones, de tal forma que, en un primer momento, cada gobierno regional correspondiera a cada departamento, dejando abierta la posibilidad de que, en un segundo momento, por iniciativa y mandato de la población perteneciente a áreas territoriales contiguas, se pueda integrar una distinta o conformar una nueva región. Nos pareció que desconocer la denominación de gobiernos regionales era impropio, si se tiene en cuenta que ya se encuentra arraigada en todo el interior del país, que los pueblos de Perú reclaman la formación de sus gobiernos regionales y que la experiencia vivida no podía considerarse suficientemente demostrativa de su supuesta inconveniencia, pues, en puridad, el modelo, sobre todo el diseñado en la Carta de 1979, nunca se había implementado adecuadamente, por lo que los argumentos para descartarlo parecían inconsistentes.

La Comisión recomendó que el tema de las competencias y rentas departamentales fuera abordado “con el tino que corresponde a una visión procesal de la descentralización”⁶⁰, para no repetir “el error de la precipitación”⁶¹, y que la Constitución debía establecer criterios y el núcleo básico de competencias, dejando a la legislación especializada el resolver la forma, que estimó progresiva, y los procedimientos. En este punto también se desechó a última hora lo propuesto por la Subcomisión de Descentralización y al final se mantuvo el vacío de no señalar las competencias de los gobiernos locales y de los gobiernos departamentales.

Finalmente, al tratar sobre la articulación y coordinación local y departamental, la Comisión hizo hincapié en que el funcionamiento adecuado del sistema descentralizado “supone la existencia de diversos mecanismos de coordinación”⁶², así como de una vocación descentralista del conjunto del orden estatal, que signifique que las políticas globales y sectoriales del gobierno nacional pasen “por consultas y participación de las instancias locales y departamentales en lo que fuera factible”⁶³, sin perjudicar la marcha del Estado o el interés nacional.

En tal sentido, estimó que la “coordinación descentralista”⁶⁴ quedara a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros; que el control de constitucionalidad y legalidad, incluyendo la solución de conflictos de competencia se mantuviera a cargo del Tribunal Constitucional, y que a fin de preservar la autonomía de las municipalidades se estableciera que “Los gobiernos departamentales no afectarán el

60 Ídem, p. 79.

61 Loc. cit.

62 Ídem, p. 80.

63 Loc. cit.

64 Loc. cit.

núcleo indisponible de competencias de los gobiernos locales de su jurisdicción”⁶⁵, alcanzando tal prohibición al gobierno nacional.

C. EL FORTALECIMIENTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN
COMO CLAVE DE SUBSISTENCIA Y DESARROLLO
DEL ESTADO UNITARIO PERUANO

Coincidiendo en este punto con Gustavo Penagos, consideramos que el Estado contemporáneo se caracteriza por “su permanente evolución con miras a la auténtica descentralización”⁶⁶, porque “La consolidación y perfeccionamiento de la democracia tiene por finalidad un reparto de competencias, en contra de la pretensión del viejo Estado centralista, omnímodo y absorbente; provocando instancias o niveles políticos territoriales intermedios”⁶⁷.

Allan R. Brewer-Carías afirma: “Así, los viejos Estados unitarios han venido evolucionando progresivamente, dando paso en su seno a instancias o niveles político-territoriales intermedios, con el carácter de regiones políticas, con autoridades propias electas y autonomía que, en algunos casos, como medio de distribución vertical del público, van más allá y han sido más efectivas que el esquema ideal del Estado federal. Los Estados federales, por su parte, cada uno con su modalidad centralizante—lo que desde el punto de vista histórico ha conducido a que no exista ‘un modelo’ único de tal Estado Federal, sino tantos como Estados que han adoptado esa forma—, si algo los caracteriza actualmente es la tendencia a profundizar el federalismo para llenar de contenido el esquema de distribución del poder que teóricamente pueden permitir”⁶⁸.

El mismo autor nos ilustra: “En esta forma los Estados unitarios y las Federaciones se han venido descentralizando, de manera que en la actualidad ha resultado inútil la vieja y clásica división bipartita entre Estado unitario y Estado federal, la cual no sirve para calificar la forma real del Estado contemporáneo, caracterizado por adopción de nuevas formas de descentralización política. De allí, incluso, la nueva denominación de Estado regional que se ha acuñado particularmente en Europa, para calificar la descentralización política de los viejos Estados unitarios”⁶⁹.

65 Loc. cit.

66 PENAGOS, GUSTAVO, ob. cit., p. 33.

67 Loc. cit.

68 BREWER-CARIÁS, ALLAN R., “Reflexiones sobre la descentralización política y el Estado contemporáneo”. Documento preparado para el Congreso Internacional sobre “Derecho Público y Filosofía del Derecho: perspectivas para el próximo milenio”, llevado a cabo del 12 al 16 de agosto de 1996 en la Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C.

69 Loc. cit.

Y agrega con singular acierto: “El proceso de descentralización política es, en todo caso, el signo de los Estados occidentales de nuestro tiempo, siendo el producto más importante de la democratización progresiva de nuestras sociedades, la cual no solo se reduce a la elección de los representantes en los respectivos niveles estatales, sino que se configura como un sistema de vida social y política, donde la persona humana y sus derechos y garantías están en el centro de la organización político-social, con marcada tendencia a la previsión de nuevas y más efectivas normas de participación ciudadana en el gobierno de las comunidades”⁷⁰.

En este orden de ideas, el Estado unitario se fortalece y garantiza su supervivencia a través de la descentralización, que es el fundamento de la modernización y democratización del Estado. De este modo “el Estado, al desarrollar una política de descentralización, transfiriendo poder y competencias hacia niveles intermedios de gobierno territorial y las que corresponda, hacia los gobiernos locales, lejos de debilitarse, se fortalece, no sólo porque puede concentrar su actividad como Estado nacional, a lo que tiene que ser verdaderamente de ese nivel nacional, sino porque pueden cumplirse las tareas públicas que le son propias, más eficientemente y con más presencia en los niveles intermedios y locales de gobierno. Un Estado nacional sobrecargado y sobrepasado en sus posibilidades, lejos de debilitarse con la descentralización política, logra su fortalecimiento al poder reconducir sus esfuerzos, a atender los asuntos nacionales y poder prestar más eficientemente los servicios y tareas esenciales mediante su transferencia a los niveles político-territoriales intermedios o locales”⁷¹.

Por ello, sostenemos que la clave de subsistencia y de desarrollo del Estado unitario peruano como un verdadero Estado constitucional moderno y eficaz pasa, necesariamente, por la descentralización del país. De lo contrario, seguiremos el camino ya conocido, que traduce un fresco de desigualdades e injusticias, de pobreza y pauperización, en un paisaje que muestra la generosidad de la naturaleza al brindarnos una realidad rica en recursos naturales y otros elementos.

Para lograr tales objetivos es necesario un cambio de mentalidad. Como dice Brewer-Carías, “que se entienda que en el Estado no sólo debe existir un solo gobierno nacional, sino que el gobierno del Estado está conformado además de por el gobierno nacional, por el gobierno de los territorios intermedios y por los gobiernos locales. Si esto no se entiende, lo que habrá será una caricatura de descentralización y el riesgo inminente de la pérdida de la democracia por ausencia de mecanismos de participación política, que sólo fórmulas descentralizadas pueden procurar”⁷².

70 Loc. cit.

71 Loc. cit.

72 Loc. cit.

IV. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

En la idea de introducir en la Carta de 1993 las modificaciones que aseguren, en el plano normativo constitucional, la ansiada descentralización del país, en el gran marco de lograr su desarrollo integral y armónico para beneficio de todos los peruanos, se hace pertinente concretizar nuestras ideas. A este respecto y a título de planteamientos constitucionales, esto es, de postulados que estimamos imprescindibles de colocar en el texto constitucional (llámense bases, principios, premisas, precisiones, aclaraciones y aspectos en general) y que consideramos esenciales en el proceso de descentralización que urge la República, podemos considerar los que a continuación se señalan. Debiéndose precisar en todo caso que buena parte de tales planteamientos son también los que en su momento se trabajó al interior de la Comisión, lo que supone que nos limitemos a referir aquellos que consideramos imprescindibles y evitaremos redundar en las razones y fundamentos anteriormente expuestos, recomendando al lector que al analizarlos tome en consideración esta necesaria aclaración.

a. DEFINIR EL ESTADO PERUANO COMO UN ESTADO
CONSTITUCIONAL UNITARIO Y DESCENTRALIZADO

Consideramos imprescindible que el texto constitucional consagre en forma expresa e inequívoca que el Estado peruano es constitucional, unitario y descentralizado. Las razones: las hemos adelantado parcialmente. Las completamos y consolidamos a continuación.

El carácter de Estado constitucional es una respuesta a nuestra azarosa vida republicana, impregnada de constantes violaciones al orden constitucional, que quiere significar la primacía y jerarquía de la Constitución como elemento que hace a la esencia y al núcleo del Estado peruano. Un Estado que se cimienta en la doctrina de la soberanía de la Constitución, en tanto fuente suprema y expresión del poder constituyente⁷³, que es un poder de decisión, creador, originario y sin límites jurídicos⁷⁴, cuya titularidad corresponde al pueblo y cuya expresión normativa es la Constitución.

El carácter de Estado unitario corresponde a la decisión fundacional del Perú republicano, a la opción del constituyente histórico y a una tradición del pueblo peruano que ha sido constante a lo largo del desarrollo de estos ciento ochenta y

73 LANDA ARROYO, CÉSAR, "Informe especial". En AA.VV., *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)*. Municipalidad Metropolitana de Lima, Lima, 1997, pp. 87-90.

74 PANTOJA MORAN, DAVID, ob. cit., p. 35.

nueve años de vida republicana. Tal decisión se ha mantenido y permanece incólume, es casi unánime y ha soportado los excesos centralistas, así como los intentos descentralistas, de sucesivos gobiernos. De esta realidad que evidencia un movimiento pendular entre una praxis centralista y algunas experiencias descentralistas, hemos podido dar cuenta a lo largo de este trabajo.

El carácter de Estado descentralizado emana de la necesidad de emprender, como clave de vigencia del Estado unitario, un auténtico proceso de reparto de competencias y recursos a entes territoriales locales e intermedios, provistos de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos que les son propios, bajo el entendimiento que el proceso de descentralización es, como se comentó líneas arriba citando a Brewer-Carías, el signo de los Estados occidentales modernos y el producto más importante de la democratización progresiva de sus sociedades, que no debe reducirse a la simple elección de representantes, sino que se configura como un sistema de vida social y política, donde la persona humana y sus derechos y garantías son el eje de la organización política, social y económica, con tendencia a la previsión de nuevas y más efectivas formas de participación ciudadana.

b. MANTENER Y FORTALECER COMO ENTES TERRITORIALES BÁSICOS A LOS GOBIERNOS LOCALES, PROVISTOS DE AUTONOMÍA POLÍTICA, ECONÓMICA Y ADMINISTRATIVA EN LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA

Se trata de que el constituyente consagre que los entes territoriales básicos del Estado constitucional unitario y descentralizado peruano son los gobiernos locales, a los cuales debe proveer de “la garantía institucional de la autonomía local”⁷⁵, cuyo “contenido nuclear”⁷⁶ será indisponible por el legislador ordinario. Siguiendo a Luciano Parejo en este punto, la garantía de la autonomía local exige que la Constitución consagre la existencia misma de la institución municipal (en cuanto organización territorial del Estado), su institucionalización mediante administraciones corporativas de carácter representativo y la atribución a ellas de la gestión de sus respectivos intereses⁷⁷.

Para muchos, la autonomía política, que es la máxima autonomía, en los Estados Unitarios solo corresponde al gobierno nacional, quedando para los entes territoriales descentralizados la autonomía administrativa y económica. Sin em-

75 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Constitución, municipio y garantía institucional*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. n.º 20. Edición Jurídica Grijley, Lima 2000, p. 117.

76 Loc. cit.

77 Ídem, p. 118.

bargo, el caso peruano es *sui generis* y atípico a partir de la Carta de 1993, pues el constituyente peruano ha otorgado a los referidos entes territoriales básicos, a través de sus órganos de gobierno local que son las municipalidades, autonomía política, inaugurando dentro del Estado unitario peruano una modalidad especial, por denominarla de alguna manera, que conjuga una autonomía política general, inherente y exclusiva de gobierno nacional en el clásico Estado unitario, con una autonomía política constreñida a los asuntos competenciales propios, que entendemos como comprensiva de la gestión de sus respectivos intereses.

En este orden, la consagración de la autonomía política, administrativa y económica de los gobiernos locales abarcará las potestades, en su ámbito competencial, como poderes autónomos de: autogobernarse por autoridades representativas electas; autonormarse, vía normas dictadas por su órgano normativo integrado por representantes electos; autofiscalizarse, a través del mismo órgano normativo; autoadministrarse, en su organización interna, en su presupuesto y en los servicios públicos que debe atender, y autogenerar sus recursos con potestad tributaria. Todo ello en el marco de la Constitución y de la respectiva ley de desarrollo constitucional o ley orgánica.

C. RELANZAR LA CREACIÓN E IMPLEMENTACIÓN
DE LOS GOBIERNOS REGIONALES COMO ENTES
TERRITORIALES INTERMEDIOS PROVISTOS
DE AUTONOMÍA POLÍTICA, ECONÓMICA Y ADMINISTRATIVA
EN LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA

Para fundamentar este planteamiento, nos remitimos a la tesis expuesta por la Subcomisión de Descentralización de la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional de Perú, que hemos resumido líneas arriba, y adicionamos en cuanto les corresponde a los gobiernos regionales como entes territoriales intermedios lo argumentado en el planteamiento anterior sobre los gobiernos locales y la garantía institucional de su autonomía; en este caso, regional. Agregamos, eso sí, que nos parece necesario reproducir el esquema en cuanto a estructura de los gobiernos regionales que consagró la Constitución de 1979. No compartimos aquella postura de minimizar y reducir al órgano normativo y fiscalizador regional, sino al revés, de robustecerlo como corresponde a un órgano de un ente territorial autónomo dentro del Estado Unitario.

D. CONSAGRAR UN CUADRO DE ASIGNACIÓN
DE COMPETENCIA Y DE RECURSOS DE LOS GOBIERNOS
LOCALES, LOS GOBIERNOS REGIONALES Y EL GOBIERNO
NACIONAL

El debate sobre la asignación de competencias y recursos al gobierno local (y dentro de este al distrital y al provincial), al gobierno regional y al gobierno nacional es un tema que está en la agenda del Perú republicano desde su fundación como Estado Nación, sin que hasta la fecha haya merecido una solución o, por lo menos, un intento de solución emergente de un consenso, que es como estimamos debe producirse una decisión sobre este trascendental asunto. Tema que en tanto esté pendiente mantiene una situación de perniciosa indecisión, que se traduce en políticas centralistas, en marchas y contramarchas, en conflictos de competencias y atribuciones y en un sinfín de problemas, que tienen como denominador común la falta de un desarrollo integral y armónico de Perú, en perjuicio de grandes sectores de la población.

Creemos que es un tema delicado y que merece una profunda y colectiva reflexión, producto de un gran debate nacional. Creemos también que no se trata de compartimientos estancos de competencias y recursos diseñados conceptualmente y no confrontados con la realidad. Coincidimos con el mismo Parejo en el sentido de que la acción pública “no constituye un fin en sí misma, sino un mero instrumento al servicio de los intereses colectivos, es decir, en definitiva, de los ciudadanos”⁷⁸, por lo que deben tenerse muy en cuenta los principios de eficacia y de coordinación, los cuales “rigen no solo dentro de cada esfera estatal, regional y local, sino en las relaciones recíprocas entre estas”⁷⁹.

Sentadas estas premisas, sí consideramos que, en orden a la gestión de sus respectivos intereses, deben establecerse núcleos básicos competenciales y de recursos de cada ente territorial (nacional, regional y local, dentro de este provincial y distrital) inamovibles por el legislador ordinario, que también operen como una garantía institucional de aquellos. Empero, enfatizamos, núcleos básicos, que aseguren la permanencia, subsistencia y funcionamiento del órgano respectivo, sin perjuicio de las competencias y recursos compartidos y concurrentes que puedan darse.

78 Ídem, p. 127

79 Loc. cit.

e. ESTABLECER UNA CLÁUSULA RESIDUAL A FAVOR DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Existe coincidencia entre los especialistas sobre la conveniencia de consagrar la denominada cláusula residual; esto es, una estipulación constitucional que establezca que todo aquello no asignado expresamente, por norma constitucional o infraconstitucional, a un órgano del Estado corresponde a otro órgano del mismo Estado. La gran discusión se da en cuanto a la titularidad del órgano receptor de la asignación.

Haciendo referencia concretamente al caso peruano y, específicamente, en lo que a la descentralización respecta, la cuestión se plantea en determinar si la cláusula residual opera a favor del gobierno nacional, del gobierno regional o del gobierno local. En determinar cuál de ellos es el órgano receptor de la asignación, sea esta de competencias o de recursos. Al respecto, la posición a adoptarse depende del grado de descentralización que se persigue y del resultado del diagnóstico de la realidad del país que pueda haberse efectuado. En ese orden de cosas, si se asume una posición marcadamente descentralista, medianamente descentralista o ligeramente descentralista, sumada al diagnóstico referido.

Nosotros, que somos partidarios de la primera posición, de una opción marcada y definitivamente descentralista, estimamos que la cláusula debe operar a favor del gobierno local, pero en forma escalonada, de tal suerte que la asignación se regiría por la siguiente fórmula: todo lo no asignado expresamente al gobierno nacional o al gobierno regional se entiende asignado al gobierno local.

f. ESTABLECER UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA CAPITAL DE LA REPÚBLICA

Lima es una gran metrópoli, que reúne a más del treinta y cinco por ciento de la población del país, con una macroproblemática que requiere un gobierno metropolitano dotado de las potestades necesarias para atender los requerimientos que demanda, con un manejo coherente y armónico, en el cual los gobiernos locales distritales actúen en correspondencia con el carácter unitario del gobierno de la gran ciudad. Lima no es un archipiélago de municipalidades distritales. Por tanto, la Constitución debe prever el establecimiento de un régimen especial para la capital del país.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLUME FORTINI, ERNESTO. *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal*. Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, 1998.

- BREWER-CARIAS, ALLAN R. *El poder público: nacional, estatal y municipal*, Tomo II de Instituciones Políticas Constitucionales Tercera Edición corregida y aumentada. Editorial Jurídica Venezolana. Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1996.
- BREWER-CARIAS, ALLAN R. “Reflexiones sobre la descentralización política y el Estado contemporáneo”. Documento preparado para el Congreso Internacional sobre “Derecho Público y Filosofía del Derecho: perspectivas para el próximo milenio”, llevado a cabo del 12 al 16 de agosto de 1996 en la Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D. C.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Ministerio de Justicia, Lima, 2001.
- DE TOCQUEVILLE, ALEXIS. *La democracia en América*, Octava reimpresión de la segunda edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNSA. Arequipa, 1996.
- GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, primera edición, 1999.
- ESCOLA, JORGE HÉCTOR. *Compendio de Derecho Administrativo*, Volumen I. Depalma, Buenos Aires.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. “La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993”, en *La Constitución de 1993 análisis y comentarios*, Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales-10, Lima, 1994.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. “Informe especial”, en AA.VV. *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)*, Municipalidad Metropolitana de Lima, Lima, 1997.
- LÓPEZ GUERRA, LUIS. “Gobierno”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, coordinado por MANUEL ARAGÓN REYES. Tomo II “Organización del Estado”. Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2001.
- PANTOJA MORÁN, DAVID. *Escritos políticos de Sieyès*, Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Constitución, municipio y garantía institucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, n.º 20, Edición Jurídica Grijley. Lima 2000.
- PENAGOS, GUSTAVO. *La descentralización en el Estado unitario - centralización, descentralización, participación, regionalización, desconcentración, delegación, avocación*, Ediciones Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, 1997.

PÉREZ ROYO, JAVIER. “Estado”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, coordinado por MANUEL ARAGÓN REYES. Tomo 1 “Constitución, Estado constitucional y fuentes del Derecho”. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, 2001.

PLANAS SILVA, PEDRO. *La descentralización en el Perú republicano (1821-1998)*. Auspiciado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica S.A. Lima, 1998.

RIVERO, JUAN. *Derecho administrativo*. Traducción de la Novena Edición. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Estructura del poder público en Colombia*. Octava edición. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001.

TAJADURA TEJADA, JAVIER. *El preámbulo constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1997.

GUILLERMO RIVERA FLÓREZ

El modelo de ordenamiento territorial y el posconflicto

SUMARIO

I. Introducción. II. La autonomía territorial en nuestro modelo actual y en la región. III. El posconflicto tiene que transformar y fortalecer la democracia en las regiones. 1. Fortalecimiento del poder local. 2. Participación ciudadana. 3. Superación de inequidad interregional e intrarregional. 4. Condiciones para promover economías de mercado. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de organización territorial en Colombia ha sido objeto de un debate que ha marcado la historia republicana y en ocasiones ha sido incluso uno de los asuntos que ha precipitado la confrontación militar.

A nuestro modo de ver, ese debate no ha sido resuelto aún; es más, podríamos decir que hoy nuevamente ha vuelto a cobrar una gran vigencia sin que en la agenda pública aparezca de manera explícita la disyuntiva entre federalismo y centralismo o las pretensiones de mayor autonomía territorial. Decimos esto porque en el marco de las expectativas de paz que hoy tiene Colombia en virtud de los diálogos de La Habana, uno de sus aspectos centrales es como asegurarnos de que si se logra un acuerdo entre el Gobierno y las FARC, las regiones donde estas tienen una marcada influencia no se conviertan en un escenario donde hagan presencia nuevos actores armados ilegales o, incluso, reductos de las FARC reciclados en otro tipo de organizaciones que afloren como un nuevo fenómeno generador de violencia. Lo anterior implica un gran desafío para el Estado colombiano y una de las preguntas centrales que habría que hacerse es si el actual modelo de organización territorial es adecuado para lograr incorporar los territorios en donde las FARC operan hoy a una senda de desarrollo.

No se trata solamente de copar militarmente esos territorios, se trata de garantizar una presencia institucional integral que garantice el ejercicio de los derechos de los ciudadanos que ahí habitan, de hacerlos más partícipes de las decisiones públicas y también de superar las economías de enclave, la mayoría ilegales, que han prevalecido en dichos territorios.

* Consejero Presidencial para los Derechos Humanos. Oriundo del departamento del Putumayo, es abogado de la Universidad Externado de Colombia. Fue representante ante el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, elegido por el voto directo de los estudiantes. Formó parte del Movimiento Estudiantil por la Séptima Papeleta, que promovió la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente de la que nació la Constitución de 1991. En 1995 ingresó al Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo, de París, donde realizó una maestría en Análisis de problemas políticos, económicos e internacionales contemporáneos. En 1998 fue Secretario de Gobierno del Putumayo, cargo desde el cual promovió la creación del Consejo Departamental de Paz. En el año 2002 fue elegido Representante a la Cámara por su departamento y más tarde fue reelegido, en 2006 y 2010.

El reto descrito no se puede enfrentar con la perspectiva exclusiva del gobierno central, requiere fundamentalmente de la presencia de unas instituciones locales alineadas con el objetivo de la garantía de ejercicio de los derechos humanos, la participación de la sociedad y la creación de unas condiciones para el establecimiento de una economía de mercado que permita superar las economías ilegales de enclave.

Ahora bien, el modelo de organización territorial en Colombia fue previsto por la Constitución de 1991 bajo una perspectiva uniforme en la inmensa mayoría de los elementos fiscales que dan vida económica a las autoridades locales. Así las cosas, existen municipios fiscalmente muy poderosos, como Medellín, y otros absolutamente débiles como La Uribe, Mesetas o Puerto Guzmán. Lo trágico es que estos últimos representan a aquellos donde debe desarrollarse el posconflicto, o dicho de otro modo: una de las características de los municipios en los que operan las FARC y que serán el epicentro de la política de posconflicto, es que son —justamente— municipios pequeños en número de pobladores y con inmensas limitaciones fiscales e institucionales desde todo punto de vista.

Por lo tanto, la idea central de esta intervención es una invitación a reflexionar acerca de si nuestro modelo de organización territorial es adecuado para enfrentar los desafíos del posconflicto.

II. LA AUTONOMÍA TERRITORIAL EN NUESTRO MODELO ACTUAL Y EN LA REGIÓN

Establecer la autonomía de las entidades territoriales tiene implicaciones absolutamente esenciales para el modelo democrático del Estado. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la descentralización y la autonomía de los entes locales son dos herramientas que promueven y permiten la democracia y el progreso local. Permitir a las regiones establecer su propio desarrollo implica el acercamiento del Estado, el Gobierno y las políticas públicas al ciudadano. Antes de ahondar en lo anterior, es pertinente establecer una breve definición de autonomía territorial, sus elementos y su diferencia con el concepto de descentralización.

En relación con el fenómeno jurídico de la descentralización, la Corte Constitucional de Colombia lo ha explicado como una herramienta o una técnica administrativa, la cual se produce con el “traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial”¹. Este traspaso de funciones permite que los

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 1999.

gobiernos departamentales, municipales o distritales las ejerzan con un amplio margen de libertad y con el objeto de que se ejecuten de manera mucho más eficiente.

Por su parte, la autonomía territorial ha sido entendida como un concepto más amplio que implica el derecho de los entes locales a tomar sus propias decisiones políticas, el establecimiento de prioridades y la ejecución de políticas públicas propias. La jurisprudencia constitucional, expresamente, lo ha definido así:

(...) la autonomía ha sido identificada como un auténtico poder de dirección política que se radica en cabeza de las comunidades locales, por su puesto con sujeción a la Constitución y la ley. Esto supone que las entidades territoriales son las primeras llamadas a establecer sus prioridades de desarrollo e impulsarlas².

La autonomía de los entes locales es una institución que no es ajena para varios países de América Latina, los cuales –en distintos grados– reconocen la necesidad de otorgar un margen de maniobra y decisión política sobre sus propios asuntos a las poblaciones regionales. Vale la pena citar brevemente la organización territorial de algunos países del continente que a lo largo de su historia también han pasado por conflictos internos, aunque estos hayan sido resueltos de maneras disímiles.

Así, entonces, ejemplos como El Salvador, Nicaragua y Perú –con connotaciones y consecuencias diferentes– reconocen expresamente en sus textos constitucionales la autonomía de sus municipalidades. El Salvador divide su territorio en departamentos y estos en municipios. Si bien la Constitución del país centroamericano reconoce que los municipios son autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo³, es posible interpretar que la autonomía de los gobiernos locales se limita al haber establecido que los Gobernadores –máxima autoridad política de los departamentos– sean nombrados por el órgano ejecutivo. No obstante lo anterior, es de suma importancia encontrar que los municipios son autónomos para decretar su presupuesto, establecer ordenanzas o reglamentos locales y elaborar tarifas tributarias, en tanto son herramientas que hacen efectivo el principio autonómico.

Por su parte, Nicaragua divide el territorio en departamentos, regiones autónomas de la Costa Caribe y municipios. Reconoce en estos últimos la unidad base político-administrativa del país y les otorga autonomía política, administrativa y financiera. El objetivo es que sean los propios gobiernos municipales los que determinen el desarrollo socio-económico de su circunscripción⁴.

Finalmente, resulta ilustrador hacer referencia al modelo organizacional de la República de Perú, en tanto también encuentra en la autonomía de los gobiernos locales un eje estructural de su división administrativa. La Constitución del país

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-624 de 2013.

3 Artículo 233 de la Constitución Política de El Salvador.

4 Constitución de Nicaragua. Artículo 177 y siguientes.

define al gobierno como “unitario, representativo y descentralizado”. Así mismo, establece que la descentralización es una política permanente del Estado y centra dicha institución en el desarrollo integral del país. En cuanto a su territorio, este es dividido en regiones, departamentos, provincias y distritos, los cuales tienen expresamente reconocida la autonomía política, económica y administrativa con el objetivo de generar desarrollo económico y fomentar las inversiones, actividades y servicios públicos⁵.

En el contexto colombiano, el máximo tribunal constitucional ha considerado que la autonomía territorial implica la garantía y protección de cuatro derechos o elementos básicos: “(i) derecho de las entidades territoriales a gobernarse por autoridades propias; (ii) derecho de las entidades territoriales a gestionar sus propios intereses y ejercer las competencias que les correspondan; (iii) derecho de las entidades territoriales a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales, y (iv) derecho de las entidades territoriales a administrar sus recursos”⁶.

Los derechos a tener autoridades autónomas, a establecer sus prioridades y a resolverlas de acuerdo con sus propios gobiernos son elementos que responden al espíritu democrático participativo y pluralista que se estructuró en la Constitución colombiana de 1991. Una de las herramientas más eficientes para ampliar las modalidades de participación democrática es a través del otorgamiento de la autonomía territorial para que sean las poblaciones de las diferentes regiones las que, de la manera más cercana posible, definan su desarrollo.

El modelo democrático del Estado colombiano implica una participación ciudadana activa que vaya más allá del simple ejercicio al derecho al voto propio de una democracia eminentemente representativa. Así mismo, requiere de “la superación de la concepción individualista, a través de la previsión de fórmulas que reconocen el pluralismo político, entendido como la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes, etc.”⁷.

El principio democrático colombiano se encuentra estructurado bajo dos elementos: (i) universal y (ii) expansivo. El primero de ellos hace referencia a que los valores democráticos deben estar involucrados en los espacios en los que puedan implicar una definición de asuntos públicos y su respectivo control⁸.

5 Constitución Política de la República del Perú. Artículos 188 y siguientes.

6 Ídem.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994. “*La que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo*

Por su parte, es expansivo en la medida en que se encuentra necesario extender la democracia a nuevos escenarios, en busca de la mayor inclusión posible de la sociedad en los asuntos propios de la política, la gestión pública y su control. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que la democracia participativa será expansiva en tanto se amplíe “progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, lo cual exige la construcción de una nueva cultura que debe paulatinamente implementarse en la sociedad política. Se trata pues de una maximización progresiva de los mecanismos que permiten el acceso al poder político, y el ejercicio y control del mismo, así como la ingerencia en la toma de decisiones”⁹.

El modelo del ordenamiento territorial colombiano es una de las herramientas que mejor promueve y garantiza el principio democrático en los términos que han sido descritos. Permite que existan procesos colectivos y participativos de desarrollo de las regiones, lo cual, además, asegura la protección de la diversidad en tanto solo a partir de las discusiones locales es posible entender a plenitud las problemáticas sociales, culturales o geográficas de las regiones.

La Ley 1454 de 2011 –ley de ordenamiento territorial– reflejó la mencionada necesidad de convertir al ordenamiento territorial en una herramienta materializadora de la democracia colombiana, al definirlo como “un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país (...)”¹⁰.

Esa construcción de procesos colectivos para el desarrollo de los propios intereses de los entes locales debe ir de la mano del aprovechamiento de los diferentes mecanismos de participación ciudadana que el artículo 40 de la Constitución reconoció. Estos han sido recientemente regulados mediante la Ley 1757 de 2015 y se espera que, en especial, aquellos con mayor inherencia en asuntos locales como la revocatoria del mandato, el cabildo abierto y la consulta popular, empiecen a ser apropiados por la ciudadanía en un mayor nivel.

Así, entonces, el modelo territorial basado en la unidad de la República pero con autonomía de las entidades territoriales y la mayor utilización de los mecanismos de participación ciudadana, tienen que ser dos herramientas conjuntas que maximicen el principio democrático del Estado colombiano. Lo anterior se tiene que ver potencializado en una posible etapa de posconflicto, en la cual –como se explicará más adelante– tendrá que construirse desde las regiones.

que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social”.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-350 de 2014. Para profundizar sobre el concepto del principio democrático y la concreción ver Sentencias C-089 de 1994, C-522 de 2002, C-179 de 2002, C-490 de 2011, T-350 de 2014, C-150 de 2015, entre otras.

10 Artículo 2 Ley 1454 de 2011.

El gran interrogante, como se mencionó en la primera página de estas notas, sigue siendo cómo lograr que estos principios constitucionales puedan ser llevados a la práctica en aquella Colombia urbana más próxima a las realidades del mundo desarrollado y en aquella Colombia rural y periférica, desde el punto de vista geográfico, en la que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos se encuentra limitado por el conflicto armado pero, también, por una precaria presencia institucional.

Al final del día, asegurar una paz estable y duradera resulta de encontrar una fórmula institucional que permita que en los territorios donde ha prevalecido el conflicto armado se garanticen el ejercicio de los derechos ciudadanos, una adecuada participación de sus pobladores en las decisiones públicas y el establecimiento de unas condiciones para una economía de mercado que conecte a estas regiones con los circuitos del desarrollo comercial nacional e internacional.

Sobre ideas acerca de esa fórmula, nos referiremos a continuación:

III. EL POSCONFLICTO TIENE QUE TRANSFORMAR Y FORTALECER LA DEMOCRACIA EN LAS REGIONES

Un eventual acuerdo en La Habana debe no solo garantizar que la política en Colombia jamás se vuelva a hacer con armas, sino, adicionalmente, debe transformar los territorios, especialmente, aquellos que han sido más afectados por el conflicto armado. El modelo territorial establecido por la Constitución de 1991 debe ser un aliado para ello y, al mismo tiempo, debe salir fortalecido.

El posconflicto debe convertirse en una oportunidad para (i) fortalecer el poder local, (ii) aumentar la participación ciudadana, (iii) crear desarrollo rural integral y (iv) crear condiciones regionales para el establecimiento de unas economías de mercado.

I. FORTALECIMIENTO DEL PODER LOCAL

De conformidad como se ha explicado, el hecho de que el conflicto llegue a su fin “implicará una transformación de los territorios, con un fortalecimiento institucional y una fuerte participación ciudadana, para atender de manera integral su diversidad y heterogenidad, y con capacidad de involucrar de manera activa, directa y pertinente a sus pobladores”¹¹.

El fortalecimiento del poder local se tendrá que dar a través de la mejora en la presencia institucional del Estado en los territorios. Las entidades locales tendrán que participar activamente en la paz estable y duradera que se construirá a partir

11 Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Entérese del proceso de paz. Tercera edición.

de la implementación de los acuerdos. Este fortalecimiento también se verá incrementado, permitiendo una mayor representación de las regiones más afectadas por el conflicto, las cuales comúnmente se encuentran subrepresentadas en los órganos colegiados del orden nacional.

Ejemplo de lo anterior son las circunscripciones transitorias especiales de paz —establecidas en el acuerdo sobre participación política— para permitir que los habitantes de las regiones más afectadas por el conflicto puedan elegir, de manera temporal, representantes al Congreso de la República (Cámara) adicionales, con unas reglas especiales. Si bien la representación en el Senado es de carácter nacional, es cierto que existen regiones que no cuentan con una representación suficiente en esta cámara legislativa, como La Guajira, Chocó, Guainía, Caquetá, entre otros, solo por citar algunos ejemplos¹². Es esencial reiterar que el número de regiones, curules y periodos aún no han sido acordados.

2. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El empoderamiento de la ciudadanía local para su participación en la conformación y control de los asuntos públicos —como se explicó— puede ser catalogado como un eje estructural de la Constitución Política de 1991. Los mecanismos de participación ciudadana, diferentes al sufragio, no han sido utilizados o apropiados por la ciudadanía de la manera en que era la intención del Constituyente. Lamentablemente, en los 24 años de expedición de la Carta Política, han sido pocos los ejemplos de utilización de estos mecanismos; más allá del referendo nacional de 2003 y la consulta popular realizada en Bogotá en el año 2000, no ha habido escenarios de impacto significativo.

El posconflicto debe ser la oportunidad para mejorar las condiciones para la participación en el poder local. El citado acuerdo sobre participación política se encuentra estructurado en tres pilares esenciales, uno de los cuales consiste en una mayor participación ciudadana para consolidar la paz. Dentro de las medidas establecidas en dicho acuerdo, se encuentra “fortalecer la participación en la construcción de políticas públicas y fortalecimiento del control ciudadano a la gestión pública mediante la promoción de veedurías y observatorios de transparencia en todas las regiones”¹³. La apertura de espacios para la promoción de la conformación del poder local y a la vez para su control, tendrá que —en el marco del modelo territorial constitucional— ser una columna vertebral de la paz construida desde las regiones.

12 De acuerdo con los estudios de representatividad del Senado, con la composición actual existen 13 departamentos sin representación directa: San Andrés, Arauca, Amazonas, Caquetá, Chocó, Guainía, Guaviare, Putumayo, Quindío, Vaupés, Vichada, Magdalena y La Guajira.

13 Ídem.

Una de las críticas tradicionales al sistema descentralizado del país, y que en muchas ocasiones se convierte en la justificación para aumentar el centralismo, es un supuesto incremento del fenómeno de la corrupción. El fortalecimiento de la participación ciudadana, en especial con las herramientas de veeduría y control de los poderes locales, se convierte en el principal antídoto contra dicha problemática. Así, entonces, contrario a pretender reducir la autonomía territorial, se debe promover una ciudadanía informada que controle y vigile el poder local.

La ley de participación ciudadana debe ser una herramienta esencial que permita cumplir con dicho objetivo. Por ejemplo, la utilización de la figura del cabildo abierto en la cual se faculta a la población de los territorios locales para que en los órganos colegiados se discuta y estudie “cualquier asunto de interés para la comunidad”¹⁴ debería ser una herramienta perfecta para que la población ejerza control sobre temas políticos, fiscales y de ejecución por parte de los gobernadores o alcaldes locales.

3. SUPERACIÓN DE INEQUIDAD INTERREGIONAL E INTRARREGIONAL

El modelo de organización territorial en Colombia, hoy vigente, como se explicó en la introducción de este escrito, facilita el desarrollo de algunas entidades territoriales, incluso les garantiza en la práctica mayor autonomía y, *contrario sensu*, otras viven la autonomía en la teoría porque en la práctica su desarrollo depende de la voluntad del nivel central. Estas últimas son justamente aquellas en cuya jurisdicción se ha vivido el conflicto armado con mayor intensidad.

Medellín, Bogotá, Cali y Barranquilla, gracias a su fortaleza fiscal, ejercen a plenitud su autonomía; en cambio, Mesetas, La Uribe, Miraflores y Puerto Guzmán tienen una limitada autonomía porque su capacidad fiscal es mínima y sus reales oportunidades de transformación dependen del gobierno central. En ese orden de ideas, garantizar que la paz sea estable y duradera también depende de que la presencia del Estado en estos territorios sea fortalecida en una perspectiva de hacer del desarrollo nacional una sumatoria equitativa de desarrollos territoriales.

El acuerdo sobre desarrollo rural integral alcanzado en La Habana reconoce esta necesidad de potencializar los territorios más afectados por el conflicto, buscando “la transformación de la realidad rural con equidad y democracia”¹⁵. El principio

14 Artículo 23 Ley 1757 de 2015. Materias del cabildo abierto. Podrá ser materia del cabildo abierto cualquier asunto de interés para la comunidad. En caso de que la comunidad cite al gobernador o alcalde respectivo deberá adjuntar a las firmas el cuestionario que formulará al funcionario, el cual debe ser remitido por el presidente de la corporación, con mínimo cinco (5) días de antelación a la celebración del cabildo. El cuestionario deberá versar únicamente sobre asuntos de competencia del funcionario citado.

15 Borrador conjunto. Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral. 6 de junio de 2014. Disponible

de priorización establecido en dicho acuerdo señala que “la política de desarrollo agrario integral es universal y su ejecución prioriza la población y los territorios más necesitados y vulnerables, y las comunidades más afectadas por la miseria, el abandono y el conflicto, y hace énfasis en el pequeño y mediano productor”¹⁶.

Así mismo, pretende combatir esas dificultades de los territorios más pobres, en tanto el Estado financiará planes destinados al desarrollo rural integral para la provisión de bienes y servicios, que permitirá generar mejores condiciones de educación, salud e infraestructura para la población rural.

Otro punto esencial –no solo ligado al posconflicto– es la necesidad de entender y priorizar las necesidades rurales, más allá de aquellas de los cascos urbanos municipales.

Dentro del modelo territorial colombiano, el principio de diversidad no solo debe guiar la planeación e implementación de las políticas públicas teniendo en cuenta que cada departamento o municipio es diferente entre sí, sino, adicionalmente, que en el interior de cada ente local hay realidades distintas. Las problemáticas de las veredas no necesariamente son las mismas que las que tiene la población en la cabecera municipal, y tal situación debe ser tenida en cuenta.

En ocasiones, las inversiones sociales se centran en las cabeceras municipales cuando existe un significativo grupo poblacional en las zonas rurales que requieren de atención. En este punto, quizás es importante que se desarrolle aún más la categorización de municipio dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, constituye un avance la implementación del Fondo de Compensación Regional establecido en el artículo 361 constitucional en relación con la distribución del Sistema de Regalías. La Constitución señala que “los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras fronterizas y de periferia (...)”¹⁷.

Esta focalización de recursos para el desarrollo de proyectos de impacto también debería diferenciarse, incluso dentro de las propias entidades territoriales, en tanto –como se explicó– el mismo municipio puede tener realidades disímiles en su interior. Estudios adelantados por investigadores económicos del Banco de la República señalan la importancia de estos fondos de compensación regional para fortalecer territorios que no generan una cantidad de recursos importantes, en tanto en estos se encuentra concentrada alrededor del 40% de la población colombiana¹⁸.

en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20-%20Pol_tica%20de%20desarrollo%20agrario%20integral.pdf

16 Ídem.

17 Artículo 361. Modificado por el Acto Legislativo n.º 05 de 2005.

18 ROCA, ADOLFO MEISEL y GALVIS, LUIS ARMANDO. Fondo de Compensación Regional: Igualdad de oportu-

En el marco del posconflicto, la reforma rural integral que se deberá implementar tendrá que ser –nuevamente– un instrumento que fortalezca los territorios. En el sentido señalado, la construcción participativa de planes de acción para la transformación regional con enfoque territorial permitirá entender las realidades de cada zona y las que existan dentro de ellas mismas. Así, se deberán crear las condiciones necesarias para generar mayores niveles de desarrollo social, de infraestructura, productividad y formalización laboral.

4. CONDICIONES PARA PROMOVER ECONOMÍAS DE MERCADO

Dicho desarrollo integral se encuentra íntimamente ligado con el cuarto elemento al que se ha hecho mención en relación con el fortalecimiento del modelo de ordenamiento territorial descentralizado: la creación de condiciones para promover y generar economías de mercado.

El conflicto colombiano ha sido alimentado por economías ilegales de enclave, fundamentalmente el narcotráfico, pero también en los últimos años la minería ilegal ha venido alcanzando dimensiones que nos alarman y obligan a tomar medidas para detenerla. Por lo tanto, si este modelo económico ilegal no es superado, seguramente otros actores armados, que de hecho algunos ya existen, reemplazarán a las FARC en sus territorios actuales de dominio.

Ahora bien, la superación de estas economías no pasa solo por el combate de las mismas con las herramientas de la política criminal, sino que requiere también la instalación de economías legales de mercado que generen empleo y bienestar para los ciudadanos de estos territorios y hagan que por sustracción de materia dejen de existir condiciones que promuevan la economía de enclave ilegal.

El acuerdo parcial sobre drogas ilícitas suscrito por el Gobierno y las FARC ofrece elementos para la construcción de unas políticas públicas que garanticen que el sector rural avance por una senda de superación de las realidades que dieron pie a economías como la cocalera y la amapolera pero que, además, servirá para combatir la minería criminal.

Los “planes integrales municipales y comunitarios de sustitución y desarrollo alternativo” y el “Plan de Atención Inmediata y Desarrollo de Proyectos Productivos”, que contemplan el acuerdo sobre la solución al problema de drogas ilícitas, son solo un ejemplo de cómo la paz se construye desde las regiones y para la

nidades para periferia Colombia. Documentos de trabajo sobre economía regional. N.º 122. Enero de 2010. Banco de la República. [Consultado el 29 de julio de 2015] Disponible en: [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/DTSER122.pdf?__utma=1.486895781.1438268389.1438268389.1438268389.1&__utmb=1.1.10.1438268389&__utmc=1&__utmz=1.1438268389.1.1.utmcsr=google|utmccn=\(organic\)|utmcmd=organic|utmctr=\(not%20provided\)&__utmv=&__utmk=51781929](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/DTSER122.pdf?__utma=1.486895781.1438268389.1438268389.1438268389.1&__utmb=1.1.10.1438268389&__utmc=1&__utmz=1.1438268389.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(not%20provided)&__utmv=&__utmk=51781929).

transformación de estas. Uno de los principales objetivos del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos es “generar políticas y oportunidades productivas para los cultivadores, mediante la promoción de la asociatividad y la economía solidarias (...)”¹⁹.

Este acuerdo debe ser leído e implementado de la mano con aquel sobre desarrollo agrario integral. La Reforma Rural Integral (RRI) pretende la inclusión de las comunidades en actividades legales que les permitan desvincularse de cualquier mercado ilegal que hayan ejercido. Así, entonces, se expresó que dicha reforma “reconoce el papel fundamental de la economía campesina, familiar y comunitaria en el desarrollo del campo, la erradicación del hambre, la generación de empleo e ingresos, la dignificación y formalización del trabajo, la producción de alimentos y, en general, en el desarrollo de la nación, en coexistencia y articulación complementaria con otras formas de producción agraria”²⁰.

Los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)²¹ deberán contribuir a la generación de condiciones para el fortalecimiento de las economías de escala a través de la promoción de la economía campesina y familiar mediante figuras comunales, microempresariales, cooperativas o de asociatividad solidaria. La promoción de la asociación campesina como un mecanismo para desarticular y desvincular a la población de los mercados ilegales, requiere —además— de una acción estatal compleja que permita que efectivamente estos nuevos emprendimientos sean verdaderamente competitivos.

Así entonces, la implementación del acuerdo sobre la RRI implica la creación de estímulos a la producción agropecuaria y a la economía solidaria y cooperativa a través de (i) asistencia técnica, (ii) subsidios, (iii) crédito, (iv) generación de ingresos, (v) mercadeo y (vi) formalización laboral²². Expresamente, el acuerdo establece:

(...) Con el propósito de estimular diferentes formas asociativas de trabajo de o entre pequeños y medianos productos, basadas en la solidaridad y la cooperación, que fortalezcan la capacidad de los pequeños productores de acceder a bienes y servicios, comercializar sus productos y en general mejorar sus condiciones de vida, de trabajo y de producción, el Gobierno Nacional creará e implementará el plan nacional de fomento a la economía solidaria y cooperativa rural²³.

19 Borrador conjunto. Solución al problema de las drogas ilícitas. 06 de junio de 2014. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Soluci_n%20al%20problema%20de%20las%20drogas%20il_citas.pdf.

20 Borrador conjunto. Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral, ob. cit.

21 Ídem.

22 Ver punto 3 del acuerdo sobre la política de desarrollo agrario integral.

23 Borrador conjunto. Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral, ob. cit.

Como se ha mencionado, es necesario que estos programas de promoción de la asociación campesina sean focalizados en los territorios mayormente afectados por el conflicto. De esta manera, se acordaron como criterios de priorización los niveles de pobreza, el grado de afectación derivado del conflicto, la debilidad institucional administrativa y la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegítimas²⁴.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe publicó un estudio en el que se concluyó que “si bien es cierto que son las empresas las que compiten, su capacidad de competir se puede ver reforzada si el entorno territorial facilita esta dinámica y si, por su parte, ellas también sienten la importancia de ser empresas “del territorio” más que empresas “en el territorio”. Esta aspiración, sin embargo, choca con la existencia de territorios desigualmente preparados para enfrentar estos desafíos, lo que aconseja distintos tipos de intervención en términos de políticas públicas locales y regionales tendientes a mejorar sus capacidades competitivas”²⁵.

La superación de las economías ilegales, sin duda, generará mayor desarrollo, equidad y combatirá la pobreza de las regiones más apartadas de Colombia. Crear un contexto como el mencionado traerá la inversión pública y privada y permitirá a las poblaciones locales entrar en una esfera de competitividad nacional e internacional que a su vez impactará positivamente en sus condiciones de vida.

IV. CONCLUSIONES

En Colombia, el modelo territorial es una herramienta que debe materializar el principio democrático expansivo y participativo de la Constitución. Permitir que las poblaciones locales tengan la capacidad de escoger a sus propias autoridades y definan el desarrollo de sus regiones, implica la necesidad de promover espacios democráticos de participación, deliberación, conformación y control del poder local. Los mecanismos de participación ciudadana deben ser cada vez más apropiados por las comunidades con el objetivo de su propio empoderamiento en los asuntos públicos.

Sin embargo, el modelo actual ha develado una gran debilidad por la ausencia de criterios institucionales y fiscales diferenciados que interpreten las realidades diversas de los territorios en Colombia, y la etapa que atravesará el país con posterioridad a la firma de un acuerdo final en La Habana deberá ser la oportunidad para fortalecer este modelo territorial respetuoso de las autonomías locales pero,

24 Ver punto 2 del acuerdo sobre la política de desarrollo agrario integral.

25 SILVA LIRA, IVÁN. Desarrollo económico local y competitividad en América Latina. *Revista CEPAL* 85. 2005. [Consultado el 29 de julio de 2015] Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/revistaCepal/Sp/085081100.pdf>.

quizás, con reformas que lo hagan viable fiscal e institucionalmente en aquellos territorios que han padecido la barbarie del conflicto. El posconflicto tiene que ser una oportunidad para transformar los territorios, especialmente, aquellos que han sido más afectados por el conflicto.

Deberá ser el momento para incrementar las condiciones que permitan (i) el fortalecimiento de los poderes locales, (ii) el aumento de la participación ciudadana, (iii) el desarrollo rural integral, lo cual deberá incluir un enfoque territorial incluso en el interior de cada territorio y (iv) la promoción de las economías de mercado, en contraposición a las economías ilegales.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ.

GACETA CONSTITUCIONAL n.º 20.

LEY 1454 de 2011.

LEY 1757 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-089 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-522 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 350 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-150 de 2015.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. *Entérese del proceso de paz*. Tercera edición.

BORRADOR CONJUNTO. Solución al problema de las drogas ilícitas. 06 de junio de 2014.
 Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Soluci_n%20al%20problema%20de%20las%20drogas%20il_citas.pdf.

BORRADOR CONJUNTO. Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral. 6 de junio de 2014. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20%20Pol_tica%20de%20desarrollo%20agrario%20integral.pdf.

BORRADOR CONJUNTO. Participación política: apertura democrática para construir la paz. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Participaci_n%20Pol_tica.pdf.

ROCA, ADOLFO MEISEL y GALVIS, LUIS ARMANDO. Fondo de Compensación Regional: Igualdad de oportunidades para periferia Colombia. *Documentos de trabajo sobre economía regional*. n.º 122. Enero de 2010. Banco de la República. Disponible en: [http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/DTSERI22.pdf?__utma=1.486895781.1438268389.1438268389.1438268389.1&__utmb=1.1.10.1438268389&__utmc=1&__utmz=1.1438268389.1.1.utmcsr=google|utmccn=\(organic\)|utmcmd=organic|utmctr=\(not%20provided\)&__utmv=&__utmk=51781929](http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/DTSERI22.pdf?__utma=1.486895781.1438268389.1438268389.1438268389.1&__utmb=1.1.10.1438268389&__utmc=1&__utmz=1.1438268389.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(not%20provided)&__utmv=&__utmk=51781929).

SILVA LIRA, IVÁN, Desarrollo económico local y competitividad en América Latina. *Revista CEPAL* 85. 2005. Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/revistaCepal/Sp/085081100.pdf>.

PALOMA BIGLINO CAMPOS*

*La autonomía territorial como instrumento
de democracia: participación, poderes y garantías*

SUMARIO

I. Introducción: la razón de ser de los federalismos de consolidación. II. Un entramado institucional representativo. III. La intensidad del autogobierno. 1. Las competencias de las entidades federadas. 2. Algunos problemas de articulación. IV. Las garantías del autogobierno. v. Una conclusión y dos consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN: LA RAZÓN DE SER DE LOS FEDERALISMOS DE CONSOLIDACIÓN

Hay Estados que se autodenominan federales, como es el caso de Austria. Otros son Estados con *devolution*, como ocurre en el Reino Unido. Otros fueron Estados integrales y ahora son Estados de las autonomías, lo que sucede en España. Cada una de estas formas goza de sus propias peculiaridades derivadas, entre otras razones, de la tradición histórica o de las circunstancias políticas que rodean su surgimiento.

Quizá la única característica común entre todos los tipos que acabo de citar esté en el proceso a través del cual fueron creados. En efecto, todas esas formas parten de Estados altamente centralizados para llegar a una organización territorial mucho más compleja, donde las nuevas entidades territoriales gozan de autonomía, lo que generalmente incorpora potestad legislativa. En algunas ocasiones, mediante esta vía, se intenta resolver problemas de integración y dar respuesta a movimientos nacionalistas, que reclaman una capacidad de decisión igual a la que tuvieron en el pasado. En todos los casos, la descentralización política se equipara a democratización. La autonomía se entiende, pues, como una manera de aproximar las decisiones a los ciudadanos.

Esta identificación entre autonomía y democracia fue evidente en la transición española, pero estuvo también presente en la elaboración de la Constitución italiana de 1947^[1]. En ambos casos, el autoritarismo, inherente al fascismo del que se acaba de salir, se identificó con el centralismo. La construcción de un nuevo sistema democrático exigía, al modo de Stuart Mill², crear nuevas entidades territoriales dotadas de instituciones de autogobierno, elegidas y responsables ante los electo-

* Catedrática de Derecho constitucional. Universidad de Valladolid, España.

1 En el caso de la Asamblea constituyente italiana, y en palabras de T. Groppi: “se vogliamo sintetizzare le ragioni della scelta in favore dello Stato regionale, ci pare di poter dire che si trattò, allora, soprattutto di una scelta “per la democrazia”, nel doppio senso della partecipazione e della separazione dei poteri di madisoniana memoria”, (“Lo stato regionale italiano nel XXI secolo, tra globalizzazione e crisi economica”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals* n.º 21, abril 2015, p. 41).

2 *Considerations on Representative Government*, London, 1861, digitalizado en <http://www.archive.org/details/considerationsoo4millgoog>.

res. La cercanía de dichos órganos a los problemas de los ciudadanos conllevaría, además, mayor eficiencia a la hora de resolverlos.

Este argumento explica que, en España, la idea de crear un federalismo desigual, que diera solo satisfacción a las comunidades autónomas con reivindicaciones nacionales históricas, esto es, País Vasco, Cataluña y Galicia, no prosperara finalmente sino que se optara por un modelo en el que, en expresión de Manuel Clavero Arévalo, Ministro adjunto para las Regiones entonces, hubiera “café para todos”. Ya antes de que se aprobara la Constitución, mediante diferentes Reales Decretos Leyes, el Gobierno central estableció lo que se popularizó como pre-autonomías³.

Como afirma Eliseo Aja, esta forma de operar tuvo importantes consecuencias. No solo extendió la autonomía prácticamente a todo el país, sino que dibujó el sistema institucional que se acabaría imponiendo. Pero, sobre todo, las preautonomías contribuyeron a un proceso pacífico de descentralización política⁴.

Antes de seguir adelante, creo necesario añadir algunas consideraciones a este último asunto.

Desde luego, la generalización de la autonomía contribuyó a integrar nacionalismos de signo opuesto, fueran estos los partidarios de la indisoluble unidad de España o las fuerzas que, desde el exilio, habían defendido las identidades de sus propios territorios, como eran el nacionalismo vasco y el catalán. La manera de construir el Estado de las autonomías evitó, también, “agravios comparativos”, esto es, recelos por parte de algunas zonas de España, temerosas de que la nueva organización otorgara privilegios injustificados a otras regiones que, como el País Vasco y Cataluña, eran también las más ricas.

El camino emprendido no fue suficiente, sin embargo, para acabar con todos los conflictos. Aunque, con la instauración de la democracia, el movimiento separatista ETA sufrió una escisión interna, su línea mayoritaria persistió en la actividad terrorista⁵. Los años más sangrientos de la banda fueron, precisamente, los que precedieron y siguieron a la creación del nuevo Estado autonómico⁶. Tampoco hay que olvidar la acción de los grupos parapoliciales que actuaron en aquellos años, especialmente en el País Vasco⁷.

3 A grandes rasgos, se constituyeron asambleas de parlamentarios, que reunían al conjunto de diputados y senadores elegidos a Cortes que, a su vez, elegían un presidente que formaba un gobierno. Aunque los traslapes de competencias fueron incipientes hasta después de aprobarse la Constitución y estas nuevas instituciones tenían pocas competencias y de carácter solo ejecutivo, el mapa autonómico estaba ya delimitado antes de que entrara en vigor la norma suprema.

4 AJA, ELISEO, *Estado Autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014, p. 39.

5 Sobre este asunto, ELORZA, A. (Coord), *La historia de ETA*, Madrid, 2000.

6 Aunque las cifras varían según los historiadores, el periódico *El País*, en su muro de la memoria, recoge 65 víctimas en 1978, 76 en 1979 y 89 en 1980, el año más sangriento de la banda. <http://politica.elpais.com/especiales/2011/victimas-eta/>.

7 Como fueron la Triple A, Batallón Vasco Español o el GAL. Un informe de la oficina de Víctimas del Terrorismo del Gobierno vasco contabiliza 74 actos terroristas en el País Vasco desde mediados de los setenta a

Aunque aquellos años fueron, pues, difíciles, nuestro Estado autonómico se consolidó, al igual que sucedió en otros países que también acudieron a fórmulas similares para alcanzar descentralización política, como es el caso de Italia, Austria o el Reino Unido. Mi intención, a lo largo de las páginas que siguen, es plantear si el objetivo principal que se pretendía alcanzar con la creación de estas entidades se ha conseguido, es decir, si ha supuesto formas efectivas de autogobierno que favorezcan la democracia y propicien mayor participación de los ciudadanos.

Antes de empezar, es conveniente señalar que no parece que haya obstáculos para incluir a los Estados unitarios con autonomía entre los Estados federales y me parece más sencillo referirme a las regiones, nacionalidades, comunidades autónomas o Estados que los componen como entidades federadas.

Es verdad que otros federalismos suelen dividir la soberanía entre la federación y los Estados miembros, cosa que no sucede en las formas territoriales de las que se viene hablando. Aun así, los Estados que conjugan unidad de la soberanía con la autonomía también son duales porque reconocen capacidad legislativa tanto al centro como a las otras entidades territoriales, por lo que ambas esferas tienen capacidad de vincular directamente a los ciudadanos.

Otra cosa es la manera de denominarlos. Algunos autores de Ciencia Política usan la expresión federalista *holding together* para referirse a las entidades federales que parten de Estados centralizados. El reconocimiento de la diversidad a las partes que los componen sería el mejor camino (o el único camino posible) para mantener una unidad que se encuentra en discusión. Frente a ello, los federalismos *coming together* serían esos otros que, como el estadounidense, surgen de un pacto de unión entre estados soberanos, dispuestos a renunciar a su propia independencia con tal de conseguir objetivos que, como la seguridad o la prosperidad económica, les serían inalcanzables en solitario⁸. Es cierto que estas denominaciones son expresivas pero, en el ámbito del Derecho Constitucional y en su traducción al castellano, resultan quizás algo ambiguas.

Por eso, mientras que hablar de federalismo de integración para referirnos al segundo de estos modelos no plantea problemas, propongo denominar al primero de ellos como federalismo de consolidación. En este caso, no se trataría solo de mantener la unidad, sino de reedificarla sobre nuevas bases, fundadas en el pluralismo y en la democracia. Me parece que esta expresión es, además, más adecuada que otra hoy en día más generalizada, esto es, la de federalismos de devolución⁹.

finales de los ochenta, con un balance de 66 muertos. AIZPEOLEA, LUIS R. "Las otras víctimas", *El País*, 21 marzo 2010. http://elpais.com/diario/2010/03/21/domingo/1269147158_850215.html.

8 Por ejemplo, STEPAN, A. "Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model". *Journal of Democracy*, 10.4, 1999, pp. 19-34, en <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/deluca/Stepan.htm>.

9 Esta es la terminología que, por ejemplo, empleé en *Federalismos de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*. CEPC, Madrid, 2007.

En efecto, la técnica de la *devolution*, originaria del Reino Unido, goza de menores garantías y atribuye menos poderes a las nuevas entidades territoriales. Además, la denominación no es siempre adecuada para describir la forma en que la descentralización política se ha generado. Así, muchos de los Estados miembros, regiones, comunidades autónomas que existen ahora en Europa nunca disfrutaron de un poder político autónomo con respecto al estado en que resultan integradas, por lo que mal puede devolverse lo que nunca se ha tenido. Este es el caso también de América Latina, donde algunos territorios que ya son o aspiran a convertirse en Estados miembros o regiones tampoco han gozado en el pasado de formas de autogobierno.

Pues bien, como veremos a continuación, en los federalismos de consolidación, las entidades federadas quizá carezcan formalmente de soberanía. Aun así, en algunos casos, gozan de un entramado institucional igual de representativo y de poderes tan intensos como las entidades que componen los federalismos de integración.

II. UN ENTRAMADO INSTITUCIONAL REPRESENTATIVO

En los federalismos de consolidación, las entidades federadas suelen reproducir, a escala de su propio territorio, estructuras parecidas a las de los Estados que pertenecen. Así, en Italia, Austria, España o Perú, por ejemplo, hay una asamblea legislativa votada por sufragio universal y un poder ejecutivo, elegido por el parlamento o directamente por los ciudadanos.

La similitud entre la estructura estatal y la de las otras entidades territoriales es máxima en España, donde paulatinamente, las comunidades autónomas se han ido dotando, además, de otras instituciones de diferente naturaleza, como son los consejos de cuentas y los consejos consultivos. Los primeros tienen la tarea de ejercer el control económico-financiero del sector público de las comunidades autónomas, atribución que ejercen de forma similar al Tribunal de Cuentas nacional. Los segundos desempeñan tareas consultivas a favor del ejecutivo de la comunidad autónoma, igual que hace el Consejo de Estado a nivel nacional. Las comunidades autónomas cuentan, además, con figuras similares al Defensor del Pueblo estatal, cuya misión es velar por los derechos de los ciudadanos frente a violaciones de derechos fundamentales que provengan de la administración.

Hay, sin embargo, un poder del que este tipo de entidades federadas a veces carece. Me refiero a un poder judicial propio y separado del nacional. Es verdad que en este asunto existen excepciones. En este continente, hay tres Estados que se definen como federales (Brasil, Argentina y México) y que reproducen la dualidad típica del federalismo norteamericano. Más adelante tendré ocasión de hacer alguna referencia a las consecuencias que ello provoca en el control de constitucionalidad de la Ley.

Por ahora, me gustaría subrayar que, desde sus orígenes al menos, en la mayor parte de los federalismos de consolidación las normas elaboradas por las entidades territoriales son aplicadas, al igual que las del Estado, por los mismos jueces y tribunales, independientes y sometidos solo a la ley y al Derecho.

La razón histórica de esta estructura está, seguramente, en la influencia ejercida por la Constitución austríaca de 1920 y por quien constituyó uno de sus mejores analistas, esto es, H. Kelsen. Recordemos que ese texto, consecuencia también de un proceso de descentralización, no modificó la organización judicial existente en el Imperio austro-húngaro, sino que la federación conservó, como sigue ocurriendo ahora¹⁰, el ejercicio de la función jurisdiccional que tradicionalmente había correspondido al Estado central. En esta opción tuvo que influir, también, que la resolución de los conflictos entre la federación y los Estados miembros se atribuyera a un nuevo órgano, al que luego habrá que volver, esto es, el Tribunal constitucional. Lo cierto es que la ausencia de un poder judicial privó a los Estados miembros, regiones o nacionalidades de una estructura estatal completa, lo que permitía englobarlas entre los “fragmentos de Estado” que G. Jellinek había descrito a finales del XIX¹¹.

En la actualidad, la ausencia de dualidad en la estructura jurisdiccional, característica de estos sistemas, se explica por diferentes motivos. Antes que nada, porque el poder judicial ya no es, en propiedad, un poder encuadrado dentro de la federación o del Estado central, sino que está dotado de independencia y sometido únicamente a la ley y al Derecho. Hay que tener en cuenta, además, que la existencia de una sola estructura jurisdiccional facilita una interpretación sistemática del ordenamiento territorial y evita el *forum shopping* que se genera, por ejemplo, del sistema norteamericano.

Para algunos, esta situación limita la capacidad de autogobierno que debería entrañar la descentralización. Según esta argumentación, es verdad que los jueces y tribunales no ejercen poder político. Pero esto no significa que estén al margen del principio democrático, dado que su misión es aplicar la ley elaborada por los representantes de los ciudadanos. Según esta opinión, el hecho de que las normas de las entidades federadas no sean aplicadas por las instituciones propias muestra una grave desconfianza ante dichos territorios y desmiente el principio de autonomía.

Otro problema, de distinta índole, es el rendimiento de este entramado institucional, no solo en términos económicos, sino también políticos.

En épocas de crisis financiera, como la que estamos viviendo, existe mayor sensibilidad hacia el uso que se pueda hacer de los recursos públicos. Hay voces que denuncian el coste excesivo de las instituciones autonómicas y hay iniciativas políticas que proponen disminuirlo, aun a costa de reducir los niveles de autogo-

10 El art. 82.1 de la Constitución austríaca establece que “toda la función jurisdiccional emana de la Federación”.

11 G. JELLINEK, *Fragmentos de Estado*, prólogo de M. HERRERO DE MINÓN, Madrid, 1982.

bierno e, indirectamente, del pluralismo político. En España, por ejemplo, algunas comunidades autónomas han decidido reducir el número de parlamentarios que integran la asamblea regional o disminuir las retribuciones de sus miembros. En otras ocasiones, se ha propuesto suprimir los órganos externos de control de cuentas o los consejos consultivos.

A la hora de valorar estas propuestas convendría distinguir las medidas que pueden conseguir mayor eficiencia de los recursos de aquellas otras que, bajo este pretexto, persiguen finalidades más espurias.

Así, no parece que la manera más adecuada de ahorrar consista, precisamente, en suprimir controles económico-financieros, confiando nuevamente dicha actividad a un órgano como es el Tribunal de Cuentas nacional. Esta institución, por la sobrecarga de trabajo y por unos procedimientos que convendría revisar de una vez por todas, ya se ve en dificultades para fiscalizar a la propia administración central.

Tampoco parece convincente argumentar la reducción de costes para limitar la representatividad de las asambleas legislativas. En efecto, estas instituciones, y a diferencia de los ejecutivos, son los únicos ámbitos donde las minorías pueden participar en la toma de decisiones y ejercer su función de control de la mayoría. Reducir su número de miembros o privar a sus componentes de retribución supondría un porcentaje de ahorro muy poco sustantivo sobre el gasto total de la entidad federada. Y todo ello a costa de sacrificar la pluralidad de fuerzas políticas presentes en las cámaras y reducir la actividad de quienes la integran, dedicación que resulta imprescindible para equilibrar la relación entre mayoría o minoría. Dicho en pocas palabras, ninguna política de ahorro justifica reducir la democracia.

Cuestión distinta es entrar a valorar si, efectivamente, las instituciones de autogobierno de las entidades federales han logrado alcanzar los objetivos que se proponían con su creación, es decir, incrementar la participación de los ciudadanos y mejorar la democracia.

Antes de comenzar con este asunto, me gustaría aclarar que, al contrario de lo que se pensaba en la transición española, la conexión entre federalismo y democracia no puede darse por sentada. En efecto, ni es cierto que todos los Estados federales sean democráticos ni que los todos los Estados unitarios sean, de por sí, autoritarios. Buena prueba de ello es que China sea un Estado federal y, sin embargo, Francia no lo sea. Como Juan José Linz advirtió hace ya algunos años¹²,

La elección entre un Estado unitario o uno federal, por lo tanto, no es una decisión entre democracia o no democracia. Aunque hay autores que lo sugieren, los Estados federales

12 “Democracia, multinacionalismo y federalismo”, *Revista Española de Ciencia Política*, n.º 1, 1999, pp. 7-40, <http://recp.es/index.php/recp/article/view/312/256>.

no son necesariamente más democráticos. Crear un Estado federal puede ser o no un paso en el camino de la democracia.

Desde esta salvedad, hay que partir de un hecho que me parece incontestable. El reconocimiento de autonomía territorial ha supuesto que las principales instituciones de autogobierno sean elegidas, directa o indirectamente, por los ciudadanos y que los titulares de dichos órganos sean responsables ante una opinión pública cada vez más sensible a su gestión. No solo se han incrementado los espacios de participación sino que, además, hay ahora unas garantías del pluralismo que no existen en Estados centralizados. La creación de nuevas instituciones permite mayor distribución de poder y la existencia de diferentes mayorías en la federación y en las entidades federadas. De esta manera, la toma de decisiones requiere, en general, mayor consenso, lo que limita posibles excesos por parte de las fuerzas que predominan en cualquiera de las organizaciones territoriales.

Ahora bien, tampoco hay que ocultar que existen dificultades. El problema más grave quizá consista en que la descentralización ha generado una sustancial transferencia de medios financieros desde el centro hacia las nuevas entidades federadas, sin que ese traspaso haya estado siempre acompañado de sistemas eficientes de control.

La proximidad de la toma de decisiones al ámbito sobre el que estas inciden es, en principio, garantía de democracia. Pero justo es reconocer que dicha cercanía también entraña riesgos. El principal de todos ellos consiste en que incrementa la posibilidad de que se creen redes clientelares. Estos vínculos actúan dentro del sector público, donde se prima la lealtad ideológica y personal sobre la competencia profesional, a la hora de decidir sobre temas tales como nombramientos o ascensos. Pero afectan también a la esfera de la sociedad, influyendo en temas tales como la concesión de subvenciones y licencias o la adjudicación de contratos públicos.

Este neo-caciquismo se asocia, en contados casos, al terrorismo, ya que en algunos países las instituciones locales han sido una fuente de financiación para los grupos armados¹³. En otras ocasiones puede incrementar los casos de corrupción. La proximidad de la decisión a los grupos de presión, asociada a una fiscalización poco eficaz, favorece los vínculos de lealtad política, el intercambio de favores y las presiones sobre quienes tienen que decidir sobre el destino de los recursos.

El clientelismo, además, genera un círculo vicioso que afecta gravemente a la alternancia en el poder necesaria para que funcione la democracia. La existencia de este tipo de redes se beneficia de un trato privilegiado por parte de los gobernantes por lo que actúa, a su vez, para que estos sigan en sus cargos. No es de extrañar,

13 Es el caso del “clientelismo armado” que se ha denunciado en Colombia. Sobre el tema, por ejemplo, RANGEL SUÁREZ, A.; BORRERO MANSILLA, A.; RAMÍREZ, W. *Conflictividad territorial en Colombia*, ESAP, 2004; RODRÍGUEZ, L. “Los municipios colombianos y el conflicto armado. Una mirada a los efectos sobre la efectividad en el desempeño de los gobiernos locales”, *Colombia internacional*, julio-diciembre 2009, pp. 93-120.

pues, que en algunas entidades federadas, la misma mayoría se perpetúe en el poder, desde donde toma las medidas necesarias para retroalimentar el sistema.

Es cierto que todos estos problemas pueden afectar y afectan también al poder central, susceptible de recibir presiones de lobbies que actúan en el ámbito nacional o internacional. Pero en este caso el control de la opinión pública es más eficiente. No solo los ciudadanos tienen más interés en saber qué sucede donde se toman las decisiones que tienen mayor influencia para sus vidas, sino que además los medios de comunicación suelen ser más independientes y plurales. Independientes, porque su mayor dimensión les permite sobrevivir sin ayudas públicas. Plurales, porque el ámbito más extenso propicia que dichos medios respondan a distintas corrientes ideológicas.

Antes de acabar con este asunto, quiero dejar claro un extremo sobre el que volveré más adelante. La posibilidad de que la autonomía genere clientelismo no es un argumento que pueda servir para recentralizar políticas. En sentido muy distinto, debe entenderse como una reflexión destinada a perfeccionar el autogobierno. Su objetivo es, pues, extremar las precauciones. Si en las entidades federales el control político y el control social no han sido suficientes para erradicar abusos, entonces hay que extremar los controles jurídicos autónomos, sean estos preventivos o represivos.

III. LA INTENSIDAD DEL AUTOGBIERNO

I. LAS COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES FEDERADAS

Como se señalaba al inicio de estas páginas, el poder que ejercen las instituciones federadas en los Estados que reconocen autonomía es tan amplio, y en algún caso quizá más amplio, del que poseen entidades similares en los federalismos de integración.

Hablar de distribución competencial nunca es sencillo, no solo porque es difícil hacer reflexiones generales sobre modelos muy distintos, sino porque la materia es especialmente farragosa, aún para los entendidos. Dado que, además, esta intervención tiene que ser breve, me limitaré a destacar algunos de los pros y de los contras que la distribución vertical del poder presenta en estos tipos de federalismos.

Desde un punto de vista normativo, una de las principales ventajas reside en la manera en que la constitución configura la organización territorial. A diferencia de lo que ocurre en los federalismos de integración, en los federalismos de consolidación la Constitución no se limita a crear la federación y a atribuirles competencias, sino que detalla los poderes que siguen correspondiendo a la entidad central y los que se atribuyen a las entidades federadas.

La configuración teórica de este tipo de sistemas arranca de la idea de constitución como orden total propugnada por H. Kelsen, quien también consideraba

que, del mismo, nacen dos subsistemas normativos: el de la federación y el de las entidades federadas. De ahí nace otra de las ventajas de este tipo de federalismos, que consiste en que niegan la primacía de las normas de la federación. Para el autor que se acaba de citar¹⁴, la igualdad de las normas de ambas entidades territoriales constituye la esencia misma del Estado federal y deriva de que las dos se encuentran en igual posición de subordinación con respecto a la norma fundamental. Tanto el sistema normativo de la federación como el de las entidades federadas son, pues, secundarios y parciales, porque solo son competentes en un determinado ámbito material. Ordenar esta esfera de actuación legítima es precisamente la función que desempeña la norma fundamental, que actúa como fuente de validez tanto del ordenamiento de la federación como de los Estados miembros. Las normas de ambas entidades se encuentran, por lo tanto, en la misma situación de subordinación frente a la Constitución.

Es verdad que hay federalismos de devolución que no cierran el orden constitucional de competencias en la norma fundamental. Este es el caso del Reino Unido, donde la autonomía ha sido concedida por ley del Parlamento de Westminster y puede ser revocada por este de manera unilateral¹⁵. Es, también, el caso de algunos países de este continente, como Perú o Colombia, cuyas constituciones proclaman la autonomía regional, pero remiten a la legislación estatal la delimitación o, al menos, la concreción de lo dispuesto en la norma fundamental. Pero lo más característico del modelo es que la constitución enumere las competencias de la entidad central y reconozca a las entidades federadas materias y funciones cuya atribución solo pueden revisarse mediante la reforma de la constitución (como ocurre en Austria) o, al menos, de los estatutos de autonomía (lo que sucede en Italia o en España), para lo que es imprescindible el consentimiento de las zonas propias afectadas.

Ahora bien, la manera en que la competencia se distribuye en los federalismos de consolidación se caracteriza por algunos elementos que también suscitan ciertos inconvenientes.

Como se acaba de examinar, el principal objetivo de la constitución radica en asegurar autonomía a unas entidades de nueva creación, por lo que la distribución

14 Especialmente en "L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca" y en "Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920". Ambos escritos aparecen publicados en *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milán, 1981.

15 Este es el caso, por ejemplo, de la *Scotland Act* de 1998. Los poderes concedidos al Parlamento escocés no suponen, en puridad, limitación de los poderes del Parlamento de Westminster, por cuando este conserva la facultad de intervenir en las mismas materias cuando lo considere oportuno. Según el art. 28.7 de dicha norma, el ejercicio de su poder normativo por parte del Parlamento escocés "does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland" (Sobre este asunto, Himsforth, C. M. G., y Munro, C.R. *The Scotland Act*, 1998, Edimburgo, 1999).

de competencias manifiesta fuerte desconfianza ante un poder central que, hasta entonces, había sido único por antonomasia. No tiene nada de extrañar que el reparto de competencias no obedezca a categorías genéricas, como ocurre en la Constitución norteamericana con el comercio, sino que sea de una precisión casi puntillosa. Se pretende, también, eliminar espacios de indeterminación, repartiendo todas las materias y funciones imaginables. En definitiva, la distribución de poder procura ser exhaustiva y universal, mediante enumeraciones que, como sigue ocurriendo en la Constitución austríaca actual, parecen más propias del Derecho Administrativo que del Constitucional¹⁶.

Además, el modelo federal que diseña la norma fundamental no es dual, como ocurre en el sistema norteamericano, donde cada una de las entidades territoriales, por ser titulares de los tres poderes clásicos, goza de plena competencia legislativa y ejecutiva sobre las materias que la constitución les asigna. En este tipo de federalismo de integración, la federación no puede, en efecto, obligar a los Estados a ejecutar una de sus leyes¹⁷, sino que debe convencerla a través de *grants-in-aid*, por ejemplo.

El sistema que siguen los federalismos de consolidación es más complejo. En efecto, no solo se reparten funciones sobre las materias, pudiendo corresponder la legislación a la federación y la ejecución a las entidades federadas, sino que además la propia función puede estar dividida, correspondiendo al centro la legislación básica, marco o de principio, mientras que la ejecución de dichas normas se atribuye a las otras entidades.

También esta característica tiene su principal razón de ser en la historia y se encuentra en la doctrina del “poder municipal” inaugurada por la revolución francesa, readaptada a las nuevas exigencias federales por la teoría alemana de Derecho Público, siempre al servicio del imperio. Frente a los excesos que, en esta época, se identificaban con el federalismo suizo y norteamericano, autores como P. Laband y G. Jellinek configuraron un sistema en el que la posición de las entidades federales

16 En la primera redacción de la Constitución austríaca, por ejemplo, se enumeraron casi un centenar de materias en asuntos que podrían parecer tan secundarios como la veterinaria, los electrodos de alta y baja tensión, la mediación en asuntos privados o la lucha contra las enfermedades de las plantas (Petta, P. *Il sistema Federale Austriaco*, Milán, 1980, p. 124). En la versión actual, la distribución de competencias que se realiza en los arts. 10, 11, 12, 13, 14, 14.a, 14.b, 15, 15.a, 16 y 17 sigue siendo muy detallada. Para quien quiera consultar este extremo, puede hacerlo en https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2009.pdf.

17 Por ejemplo, en *Printz v. United States* 521 U.S. 98 (1997) la Corte Suprema afirma que la dualidad de la soberanía y la competencia general que la Décima Enmienda reconoce a los Estados fuerzan a considerar inconstitucional que la Federación encargue a estos últimos la ejecución de un programa federal. Según esta visión, los *Framers* crearon un sistema donde la Federación y los Estados miembros ejercen autoridad separada y concurrente sobre los ciudadanos, por lo que debe excluirse la idea de un gobierno central que pueda actuar sobre o mediante los Estados. Para la Corte Suprema, si el gobierno federal pudiese poner a su servicio, sin ningún coste, a los agentes ejecutivos de los 50 Estados, su poder se incrementaría de manera incommensurable. Frente a ello, la separación entre la esfera federal y la estatal constituye una de las más eficaces garantías de la libertad y la mejor manera de reducir los riesgos de tiranía y abuso por parte de cualquiera de los dos frentes.

no era muy diferente a la de los municipios. Aunque no discutían que estas últimas tuvieran sus propias competencias, en otros asuntos que afectaban al interés general estaban sometidas a la legislación y la inspección de la federación¹⁸.

El estilo de distribuir competencias de los federalismos de consolidación que se acaba de describir tiene, a su favor, que, por su detallismo y exhaustividad, asegura las competencias de las entidades federadas no solo ante el poder central, sino también frente al propio tribunal constitucional. Más adelante será preciso examinar la posición de dicho órgano en los sistemas que analizamos. Por ahora, conviene señalar que, en este tipo de sistemas, el tribunal constitucional ostenta importantes atribuciones a la hora de interpretar el orden de competencias. Aun así, se encuentra mucho más limitado que la Corte Suprema norteamericana, muy libre a la hora de interpretar definiciones competenciales lacónicas escritas, por lo demás, a finales del siglo XVIII.

Además, la existencia de materias compartidas tiene como ventaja que evita (aunque no elimina) algunas duplicidades, porque permite que las normas del centro puedan aplicarse sin más aparato burocrático que el de las entidades federadas. Esto explica que dicha técnica haya sido asumida en la construcción de la Unión Europea, cuya administración en los Estados miembros es realmente exigua.

2. ALGUNAS DIFICULTADES DE ARTICULACIÓN

Aun así, ambas características suscitan ciertos inconvenientes. Uno de ellos reside en la complejidad que entrañan. Aunque la precisión y el detallismo podrían hacer pensar que, como todo está cerrado en la constitución, lo único que hay que hacer es aplicarla, lo cierto es que las cosas no son exactamente así. Como la realidad se resiste a ser clasificada en compartimentos estancos, los títulos competenciales se entrecruzan y, en determinadas ocasiones, resulta difícil saber de antemano cuál de las dos entidades territoriales está legitimada para actuar en una determinada materia. Más complejo es predecir cuál va a ser la decisión del tribunal constitucional en caso de que se suscite algún tipo de conflicto, no porque dicho órgano varíe su jurisprudencia, sino porque ningún supuesto es idéntico a los anteriores y los títulos competenciales en juego son muy variables. Es evidente que esta situación puede llegar a afectar a la seguridad jurídica.

Cualquier distribución competencial es un límite al poder. Pero también puede generar dificultades a la hora de determinar cuál de las entidades territoriales tiene, no ya el derecho, sino el deber de actuar. En el caso de los federalismos de consolidación, el entrecruzamiento competencial facilita que tanto el centro como

18 Sobre este asunto, con mucho más detalle, BIGLINO CAMPOS, P., *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007.

las entidades integradas se culpen mutuamente de una gestión deficiente. Es, así, frecuente, que la federación responsabilice a las otras zonas territoriales de incumplir los deberes que tienen asumidos o, lo que es cada vez más frecuente debido a la escasez de recursos públicos generada por la crisis económica, de gastar de manera irresponsable. De otro lado, las entidades federadas culpan a la federación de actuar sin tener en cuenta su opinión y en virtud de criterios meramente políticos. Siempre existe la queja de que, además, el centro impone metas sin que se establezcan recursos suficientes para alcanzarlas.

Este tipo de tensiones son inherentes a cualquier Estado federal, no solo porque en determinadas circunstancias el interés general puede no coincidir con el interés de solo una parte, sino también porque los puntos de vista que predominan en cada una de las zonas territoriales pueden obedecer a diferentes ideologías.

El debate, pues, no tiene nada de extrañar ya que forma parte de la tensión entre mayorías y minorías que es normal en cualquier sistema pluralista. El problema es que, en algunas ocasiones, la tensión no solo impide una gestión eficaz de la cosa pública, sino que obstaculiza otro de los principios básicos del sistema democrático, esto es, el de responsabilidad de los poderes públicos. La polémica, los términos en los que se plantea, no resulta fácilmente comprensible para los ciudadanos que, a diferencia de quienes están en el poder, no están tan preocupados por quién tiene que gestionar un determinado servicio como por la eficiencia con que se presta.

Como antes se afirmaba, estos problemas existen en casi todos los modelos federales. Ahora bien, quizá sean más acusados cuando, como ocurre en los federalismos de consolidación, las entidades federadas están obligadas a implementar las decisiones adoptadas por la federación aunque no estén conformes con ellas, bien porque les supongan una carga financiera excesiva o bien porque no estén de acuerdo con su orientación política.

Esta situación está latente bajo una de las principales críticas que se ha hecho a la organización territorial autonómica española, según la cual las comunidades autónomas carecen de auténticas competencias exclusivas, por lo que no pueden realizar políticas propias ni siquiera en el ámbito de su competencia. Su grado de autonomía es, pues, de baja intensidad, porque se limita a implementar y a desarrollar las decisiones adoptadas, en el plano legislativo, por el Estado¹⁹.

Hay que reconocer que este problema es difícil de resolver, ya que el refuerzo del centro con respecto a las otras entidades territoriales responde a problemas que afectan también a los federalismos de integración.

19 Sobre algunos de estos problemas, siguen siendo muy esclarecedoras las primeras páginas del *Informe sobre la reforma del Estatuto* elaborado por el Institut d'Estudis Autònomic (Barcelona, 2003), donde se realiza un balance y diagnóstico de la aplicación del Estatuto.

Influyen factores que son inherentes a la propia idea de federalismo, porque en cualquier tipo de sistema el centro deberá contar con poderes suficientes para hacer frente a problemas comunes que interesan y afectan a los ciudadanos en todo el territorio nacional. Decir que la mayor ventaja de la federación con respecto a las entidades federadas es su mayor dimensión puede parecer una afirmación obvia. No lo es tanto si tenemos en cuenta que dicha extensión territorial garantiza que las decisiones del centro sean más eficaces, no solo por ser generales, sino además porque es más fácil verificar, y más difícil eludir, su cumplimiento.

La globalización y los fenómenos de integración supranacional, en la Unión Europea o en Mercosur, incrementan las ventajas que supone disponer de un poder que se extiende sobre todo el territorio nacional. Cada vez más asuntos dependen de acuerdos internacionales y solo la federación puede garantizar que todos los poderes públicos, incluidos los de las entidades federadas, cumplan los compromisos asumidos hacia fuera de las fronteras.

En cualquier caso, un correcto funcionamiento de este “federalismo de ejecución” exigiría algunos requisitos que no siempre se cumplen. Cuando las competencias están tan imbricadas y la federación puede imponer a las entidades federadas cargas que, a veces, no son queridas por estas, al menos es preciso que se produzca una estrecha colaboración entre ambas órbitas de poder. Desde luego, es necesaria la cooperación y coordinación entre ejecutivos, tema que representa uno de los modernos desafíos del federalismo. Pero también es preciso que se establezcan ciertas cargas sobre el legislativo nacional. En primer lugar, limitando la facultad del centro de dictar bases, principios o normas marco a los supuestos en que dicha legislación sea necesaria para garantizar el interés general. En segundo lugar, asegurando la presencia de los intereses de las entidades federadas en el parlamento nacional. A este objetivo se dirigen, en España, las numerosas propuestas de reforma del Senado que intentan hacer del mismo una verdadera cámara de representación territorial y la reforma de la Constitución italiana que actualmente se encuentra en tramitación.

Antes de acabar con el asunto de las competencias tengo que hacer una referencia, si bien breve, a un tema que ha adquirido gran importancia en los últimos años. Me refiero al coste de la descentralización. Este problema no solo tiene importancia en España, sino también en otros países europeos, como es Italia, donde se han reformado las constituciones para imponer a todas las entidades territoriales la estabilidad, cuando no el equilibrio presupuestario. No voy a analizar si los federalismos de consolidación son por fuerza más caros, por duplicar servicios e instituciones, o si podrían ser menos costosos que los Estados centralizados, ya que la cercanía a los problemas debería favorecer mayor eficiencia en el gasto.

Creo, sin embargo, que se pueden hacer algunas consideraciones generales ante este asunto. En primer lugar, que el abaratamiento de costes, con ser importante no

es el único valor a tener en cuenta. También las elecciones son más caras que atribuir la decisión a uno solo y no por ello se prescinde de la democracia. En segundo lugar, que el buen manejo de los fondos públicos debería ser un valor común y no un campo para la batalla política.

No es aceptable que, como ocurre en ciertas ocasiones, los poderes centrales culpen a las entidades federadas de todo tipo de derroches, sobre todo si tenemos en cuenta que estas son las que cargan con la prestación de servicios, como son la educación y la sanidad, que más recursos consumen. Pero tampoco es de recibo que algunas entidades territoriales se sirvan de los recortes que han afectado a todos los sectores públicos para construir un discurso basado en el agravio comparativo y que, en el fondo, tiene como objetivo limitar la solidaridad con otras zonas menos favorecidas.

IV. LAS GARANTÍAS DEL AUTOGOBIERNO

En su trabajo sobre *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*²⁰, Pedro Cruz Villalón puso de manifiesto la estrecha relación existente entre la consolidación del tipo de federalismo que estamos analizando con la aparición del control concentrado de constitucionalidad.

Este autor subrayó que fueron Austria, Checoslovaquia²¹ y España, es decir, tres países con una estructura territorial compuesta, los sistemas que introdujeron, en el periodo de entreguerras, un control de constitucionalidad similar al que hoy conocemos. Y, siempre según el autor, la primera razón y el objetivo prioritario de este control consistió, precisamente, en garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales que distribuyen el poder entre las distintas entidades territoriales.

Antes se señalaba que una de las peculiaridades que afecta a muchos de los federalismos de consolidación es que solo existe un poder judicial. Es evidente que, a la hora de atribuir el control de constitucionalidad a un solo órgano, pesó la gran desconfianza que existía ante los jueces ordinarios, de cuya mentalidad conservadora se desconfiaba. Establecer un sistema difuso de constitucionalidad habría supuesto, además, romper el equilibrio necesario entre la federación y los Estados miembros, porque la garantía del federalismo habría quedado encomendada a quienes formaban parte de un poder de la federación, lo que habría ido en detrimento de los intereses de las entidades federadas. Cuando se pretende asegurar posiciones de autonomía,

²⁰ Madrid, 1987.

²¹ En realidad, la Constitución checoslovaca de 1920 crea una república unitaria y parlamentaria. Pero, para dar solución al problema de la minoría rutena, aseguraba a esta una autonomía territorial, dotada de los correspondientes órganos de poder político. De este modo, se produciría en el Estado checoslovaco la dualidad de la potestad legislativa; de un lado, leyes del Estado, vigentes en todo el territorio; de otro lado, leyes de vigencia restringida a una parte del mismo (CRUZ VILLALÓN, P., ob. cit, p. 287).

es un contrasentido hacer a una de las partes del conflicto, esto es, a uno de los poderes centrales, el árbitro de la partida. En la creación del modelo influyeron, por último, los riesgos que el sistema de control difuso de constitucionalidad puede generar para la seguridad jurídica, en asuntos que, como las tensiones territoriales, están tan cercanos a la esfera de la política.

Frente a esta alternativa, era preferible encomendar dicha tarea a una nueva institución cuya elección parlamentaria aseguraba además la necesaria correspondencia entre la interpretación de la constitución y las corrientes ideológicas predominantes en la sociedad. Esta solución era, por lo demás, casi una exigencia derivada de la idea de constitución como orden total, a la que ya se ha hecho referencia.

Dicha concepción impone la existencia de un guardián de dicho orden, cuya misión consiste en verificar que tanto las normas de la federación como las normas de los Estados miembros o regiones, equiparadas en jerarquía, se atengan a la distribución del poder establecida en la propia norma fundamental. Pero, sobre todo, fuerza a configurar al tribunal constitucional como un órgano cuya misión es estar al servicio de la constitución y al margen de los poderes territoriales. En este asunto merece la pena volver a la opinión de H. Kelsen, quien configura al tribunal constitucional como un órgano de la constitución, cuya función está disciplinada por esta y para la salvaguardia de la misma. Por ello, el tribunal se encuentra por encima de cualquier comunidad parcial, sea esta la federación o los Estados miembros, y es independiente de cualquiera de ellas²².

En algunos países de este continente, como ocurre en México, no se ha creado un tribunal constitucional, sino que la resolución de conflictos de competencias corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación²³. Pero tanto en este país como en la mayor parte de los federalismos de consolidación, la garantía esencial del pluralismo territorial consiste en un control de naturaleza jurídica, cuya misión es asegurar la distribución del poder con base en criterios de carácter técnico, con garantías de objetividad e independencia. Esto significa, también, que, en este tipo de sistemas, algunas garantías políticas, como pueden ser las segundas cámaras o la participación de las entidades federadas en la elección de algunas autoridades centrales, garantías que funcionan con cierto grado de eficacia en los federalismos de integración, carecen de peso específico.

Las causas de este desequilibrio hay que encontrarlas, nuevamente, en la finalidad que tienen los modelos que analizamos. Su razón de ser está en asegurar la autonomía frente a un Estado que, hasta el surgimiento de las nuevas entidades,

22 “L’esecuzione federale...” ob. Cit., p. 119 y 133. He tenido ocasión de analizar más detenidamente estos asuntos en “La constitución fue norma por ser pacto federal”, *Teoría y realidad constitucional* n.º 28, 2011, pp. 179-204.

23 Art. 105.I.a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

había centralizado todo el poder político. Cualquier garantía que no consista en el juicio abstracto y objetivo sobre la titularidad de la competencia genera desconfianza, porque puede incrementar la legitimidad del centro y, en definitiva, reforzar su poder.

Esta difidencia en los mecanismos políticos y en los procedimientos de toma de decisiones como maneras adecuadas para atenuar, o resolver, las tensiones naturales en todo el federalismo genera consecuencias que pueden llegar a ser adversas. En efecto, el carácter residual de las instituciones de naturaleza representativa o ejecutiva como sedes de debate y acuerdo hace que los conflictos se desplacen de su sede natural, esto es, la política, hacia al ámbito jurídico y que el tribunal constitucional se sitúe como árbitro casi exclusivo de los mismos.

No hay que desconocer, pues, las dificultades en que puede hallarse dicho órgano cuando ha de enjuiciar problemas que podrían haber sido abordados previamente en sede política. A esto hay que añadir los riesgos que el propio juicio de competencia comporta. Como antes se ha señalado, a pesar del carácter detallado de la distribución de competencias, no cabe excluir zonas de sombra, porque ninguna lista de materias y atribuciones, por muy precisa que pretenda ser, resulta de verdad universal y exhaustiva. Es inevitable, pues, que se produzcan zonas de concurrencia y de poderes compartidos, ya que ni es posible fragmentar la realidad, ni reducirla a mera enumeración.

En estas circunstancias, delimitar la delgada línea roja que separa las competencias que corresponden al poder central de las que son propias de las otras entidades territoriales, entraña juicios que, en sentido estricto, no son políticos pero que sí pueden ser de oportunidad. En efecto, pueden existir tantos argumentos a favor de atribuir la titularidad de la competencia a una determinada entidad territorial como hay para dársela a la otra. Y, desde luego, aunque la decisión adoptada por el tribunal constitucional sobre el asunto tenga naturaleza técnica y esté basada en sólidos fundamentos jurídicos, resulta inevitable que sea leída en clave política.

Es verdad que este riesgo está presente en todos los sistemas que conocen el control constitucional, sea este de carácter difuso o concentrado, y enlaza con el debate sobre la legitimidad del órgano de control frente al legislador democrático. Aun así, justo es reconocer que el peligro es mucho más acusado cuando, a falta de otras garantías, el tribunal constitucional deja de ser el guardián del pluralismo para pasar a ser el centro sobre el que se desatan las presiones territoriales.

V. UNA CONCLUSIÓN Y DOS CONSIDERACIONES FINALES

Conforme al mandato recibido por los organizadores y a lo largo de las páginas anteriores, he intentado realizar una valoración de estos federalismos que, por no encontrar una terminología más adecuada, he propuesto denominar federalismos de

consolidación. Dada la amplitud del tema, me he propuesto tratar el asunto desde una de las muchas ópticas posibles, es decir, desde el punto de vista del principio democrático. Como se ha podido analizar, muchas de las expectativas que se pretendían cumplir se han alcanzado. En los países en los que se reconoce autonomía a las entidades federadas, los niveles de participación y de autogobierno son muy elevados. Hay muchas materias y funciones sobre las que dichos territorios tienen poder, autoridad que la proximidad permite someter a mayor control de la opinión pública y a un nivel adecuado, aunque perfectible, de control jurídico.

Ahora bien, todo es mejorable. Por eso, he apuntado algunos de los problemas que han surgido en las últimas décadas, dificultades denunciadas por la doctrina y reconocidas por muchas fuerzas políticas y que pueden ser resueltas con una buena dosis de altura de miras y consenso político. Antes de terminar, querría hacer dos consideraciones.

La primera es recordar que muchas de esas posibles deficiencias afectan también a los Estados centralizados y a los federalismos de integración. En cualquiera de estas otras formas también pueden existir clientelismos, opacidad, uso inadecuado de recursos públicos, etc. La peculiaridad no está, pues, en la existencia de estos problemas en los federalismos de consolidación, sino en la fisonomía que asumen dichas dificultades. Tener en cuenta este factor resulta necesario a la hora de tomar medidas para resolverlas. Fuerza, por ejemplo, a concluir que ni una recentralización de determinadas competencias ni una descentralización más acusada constituyen quizá los remedios más aptos para abordarlas, ya que solo resultarán de utilidad las medidas que sean más compatibles con el conjunto del sistema.

La segunda de las consideraciones es que, como hemos visto, este tipo de federalismos ha servido para incrementar la democracia, pero no siempre se ha cumplido otro de los objetivos que decidió su gestación, esto es, resolver los problemas de integración nacional. Como se señalaba al principio de estas páginas, tanto en España como en el Reino Unido, el federalismo de consolidación o de devolución (en este caso en sentido estricto) nació para dar respuesta a las reivindicaciones de zonas que, como Cataluña, el País Vasco o Escocia reivindicaban una propia identidad, no solo cultural sino también política, que había sido sacrificada durante décadas por no encontrar satisfacción en formas más centralizadas de poder.

Pues bien, no parece que esta meta se haya alcanzado. En efecto, no solo el problema no se ha resuelto en los países que acabo de mencionar, sino que en otros, como es el caso de Italia, han aparecido movimientos que no existían en el momento de la redacción de la Constitución y que han ido asumiendo fuerza de manera progresiva. Me refiero a la *Lega del Nord*.

No resulta fácil explicar las razones de la frustración. Puede ser que, en los tres casos que he apuntado, las reivindicaciones de las fuerzas nacionalistas fueran más allá de lo que el federalismo de consolidación puede ofrecer. O es posible que

los partidos políticos y las políticas centrales no hayan sido capaces de mostrar la debida sensibilidad ante las demandas de dichos movimientos.

Sea cual sea la razón, lo que está claro es que, en el tipo de federalismo que nos ocupa, el reconocimiento de autonomía ha servido para robustecer la democracia. Queda por asentar la unidad sobre bases más sólidas.

BIBLIOGRAFÍA

- AIZPEOLEA, LUIS R. "Las otras víctimas", en *El País*, 21 marzo 2010. Disponible en: http://elpais.com/diario/2010/03/21/domingo/1269147158_850215.html
- AJA, ELISEO. *Estado Autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014, p. 39.
- BIGLINO CAMPOS, P. *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, CEPC, Madrid, 2007.
- CONSIDERATIONS ON REPRESENTATIVE GOVERNMENT, London, 1861, digitalizado en: <http://www.archive.org/details/considerationsoo4millgoog>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- DEMOCRACIA, MULTINACIONALISMO Y FEDERALISMO, *Revista Española de Ciencia Política*, n° 1, 1999, pp. 7-40, Disponible en: <http://recp.es/index.php/recp/article/view/312/256>.
- ELORZA, A. (coord.). *La historia de ETA*, Madrid, 2000.
- FEDERALISMOS DE INTEGRACIÓN Y DE DEVOLUCIÓN: EL DEBATE SOBRE LA COMPETENCIA. CEPC, Madrid, 2007.
- JELLINEK, G. *Fragmentos de Estado*, prólogo de M. Herrero de Miñón, Madrid, 1982.
- HIMSWORTH, C. M. G., y MUNRO, C.R. *The Scotland Act*, 1998, Edimburgo, 1999).
- INFORME SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona, 2003.
- LO STATO REGIONALE ITALIANO NEL XXI SECOLO, TRA GLOBALIZZAZIONE E CRISI ECONOMICA. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* n°21, abril 2015, pág. 41.
- L'ESECUZIONE FEDERALE. *Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca* y en "Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920". en *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milán, 1981.
- PETTA, P. *Il sistema Federale Austriaco*, Milán, 1980, p. 124

RANGEL SUÁREZ, A.; BORRERO MANSILLA, A; RAMÍREZ, W. *Conflictividad territorial en Colombia*, ESAP, 2004

RODRÍGUEZ, L. *Los municipios colombianos y el conflicto armado. Una mirada a los efectos sobre la efectividad en el desempeño de los gobiernos locales*, Colombia internacional, julio-diciembre 2009, pp. 93-120.

CÉSAR AGUADO RENEDO*

*Independentismo, federalismo, descentralización:
perspectiva global y latinoamericana*

SUMARIO

I. Los movimientos independentistas. ¿Hacia una nueva lectura de los modelos tradicionales de Estado? A. La independencia consensuada y pacífica. B. La represión del independentismo. C. El reconocimiento por el poder central de la autonomía política o autogobierno de entidades territoriales. II. El futuro del federalismo en América Latina. III. Los Estados unitarios con autonomía territorial. ¿Verdaderas experiencias de descentralización del poder? IV. La organización territorial del Estado y su papel en un escenario posconflicto.

I. LOS MOVIMIENTOS INDEPENDENTISTAS. ¿HACIA UNA NUEVA LECTURA DE LOS MODELOS TRADICIONALES DE ESTADO?

Movimientos independentistas siempre ha habido: los imperios, regímenes monárquicos, principados y señoríos antiguos, los medievales, los modernos y los contemporáneos, se construyeron en parte frente a tales movimientos, propios de los territorios conquistados que no aceptaban la dominación del conquistador. Cuando a partir del Renacimiento surge el Estado como forma política, la desmembración, por unas u otras razones, de los imperios, generaba unidades territoriales que se constituían en esas nuevas entidades territoriales que eran los Estados. Y devenida la Paz de Westfalia primero y después el romanticismo frente al racionalismo de la Ilustración, tales Estados han adoptado, no en todos los casos, pero sí en una buena parte de ellos, la forma conceptual de Estado-nación, es decir, de unidades políticas organizadas con reconocimiento por sus pares (los demás Estados y, desde que se generan las Organizaciones Internacionales con personalidad jurídica propia, también por estas), que agrupan comunidades políticas con lazos en común (raza, lengua, religión, historia, ubicación geográfica, cultura, intereses compartidos) que las identifican por diferencia con las demás.

El Estado-nación ha sido, y sigue siendo, la pieza fundamental que permite una relativa estabilidad en un mundo en el que cada vez son más numerosos los sujetos estatales que se relacionan (hoy unos 200), frente a la simplicidad de los siglos en los que esas relaciones se llevaban a cabo entre entidades inmensas (Imperios, grandes monarquías) o menores (ciudades-Estado, principados, señoríos), siglos en los que sus relaciones venían determinadas por las que tenían entre sí los individuos que las regían (emperadores, monarcas, príncipes, señores), mediatizadas

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Ha visitado como investigador las Universidades de Florencia, Lisboa, Siena y Montreal. Es autor de diversas publicaciones sobre distintas materias (Estatutos de Autonomía, indulto y amnistía, instituciones, derechos fundamentales). Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional durante varios años.

fuertemente en ocasiones por la religión (sobre todo a raíz de la Reforma), por los intereses personales (de sucesión) y por los intereses materiales (de disposición de mayores recursos para consolidarse y expandirse). En tal sentido, el Estado-nación es modelo tradicional de Estado.

Sucede, sin embargo, que tan útil pieza para contribuir a la estabilidad del tablero general como es el Estado-nación, no es una realidad absoluta e inamovible una vez determinada en cada caso: las vicisitudes de la humanidad (comenzando por las más graves, que son las guerras), y la propia condición humana, cuya característica más relevante es seguramente la insatisfacción permanente, hacen que lo que parecía firmemente asentado durante décadas, deje de serlo como consecuencia de un cambio profundo de circunstancias (de una crisis económica, de fuertes movimientos migratorios, etc.) y aun del simple roce cotidiano cuando, por la razón que sea (fatiga por el largo tiempo de relación, desencuentros menores pero continuos, rivalidad económica cultural) se impone una percepción negativa de este. No se diga ya cuando el Estado de que se trate ha sido conformado sin seguir el criterio del Estado-nación, como sucedió –paradigmáticamente– en casos varios a raíz de los procesos de descolonización, sobre todo en el continente africano y en algunos casos del sur de Asia.

La crisis de un concreto Estado-nación no es inhabitual que se deba a, o se materialice con, la aparición de movimientos independentistas conformados por una colectividad concentrada en un determinado territorio (no, pues, por individuos dispersos en el territorio del Estado: la concentración de sujetos en un ámbito territorial es condición esencial) e identificable por la exteriorización de su común voluntad de separarse del Estado del que vienen formando parte. La causa de esa pretensión puede ser muy variada: una etnia común dominante en ese territorio diferente de la(s) del resto del Estado, una religión o una economía o una cultura (en su caso, con una lengua) distintas de las del resto de los territorios del Estado; pero, normalmente, tal causa acaba proyectándose en forma identitaria, esto es, acaba generando una identidad característica de ese colectivo, o al menos así acaban percibiéndolo los componentes del mismo, que se esgrime como objetivamente diferente de la de los demás habitantes de ese Estado, lo que –a su juicio– dota de evidente sentido lógico su pretensión de separarse de este. Tampoco es precisamente poco habitual, en fin, que tales movimientos generen un movimiento armado¹ que, o bien se enfrentan militarmente, de forma abierta o mediante guerrillas, en

1 *Ad exemplum*: en España, ETA en el País Vasco (y, hasta su disolución, Terra Lliure en Cataluña); en Irlanda del Norte, el IRA; en Sri Lanka, los Tigres Tameses de Liberación; en Filipinas, los Frentes Moros de Liberación; en Turquía, las Fuerzas de Defensa Popular kurdas o el Partido de los Trabajadores Kurdo (PKK); en alguna ocasión no se constituyen propiamente en un movimiento, sino que, con el apoyo directo de alguna potencia, ofrecen un enfrentamiento abierto: tal parece ser el caso de la mayoría de los habitantes de los territorios de Donetsk y Lugansk, en Ucrania.

lo que consideran que debe ser “su” territorio a las fuerzas armadas del Estado, o bien intentan socavar la resistencia de este mediante atentados con el consabido resultado de numerosas muertes (la mayor parte de las veces de ciudadanos nada involucrados en la cuestión) e importantes estragos. En su caso, tales movimientos armados acaban teniendo una versión política², si bien los hay también que acaban gestionando ellos mismos esta vertiente cuando llega el momento³.

Ahora bien, debe repararse en que esos movimientos independentistas no propugnan la separación del Estado para dar lugar a otras figuras distintas a este. Lo que hacen es proclamarse, expresa o tácitamente, una nación⁴, con la pretensión, normalmente, de conformar un nuevo Estado-nación propio⁵. Ello debiera conllevar, en buena lógica, que en el seno del eventual nuevo Estado, no solo se permitiera, sino que se facilitara el surgimiento a su vez de otro u otros Estados si se reprodujere respecto del mismo lo que tuvo lugar con el primero, dando lugar con ello a un hipotético proceso sin fin. Por supuesto, como regla general (no se me alcanza ahora ninguna excepción) ya se encargan los que inicialmente fueron independentistas y que como tales lograron su objetivo de cercenar cualquier intento de que se reprodujera lo mismo en su seno.

Quiere señalarse con esto que, cuando se inquiere si cabe una nueva lectura de los modelos tradicionales de Estado, la respuesta es que no parece, a nuestro juicio, que quepa en lo relativo a la idea sustancial del Estado-nación. Dejando de lado por un instante la importante afectación de tal concepto por los fenómenos migratorios, el multiculturalismo, la globalización, las integraciones en estructuras internacionales (en particular en el caso de la Unión Europea) y los fenómenos descentralizadores, nos centramos solamente en los movimientos independentistas, causa de la pregunta formulada. Y se afirma la insuficiencia de este tipo de Estado, el Estado-nación, porque, si bien resultaban perfectamente comprensibles los movimientos independentistas en el proceso de descolonización⁶, terminado prácticamente dicho proceso⁷ tal tipo de Estado no ha evitado el surgimiento de nuevos

2 El partido del Sinn Fein en el caso del IRA irlandés; Herri Batasuna (hasta su prohibición por los tribunales) en el caso de ETA; últimamente, el HDP kurdo en Turquía.

3 P. ej., los citados Frentes Moros en Filipinas, como luego se verá.

4 La obra de un experto en la materia, M. KEATING, *Plurinational Democracy*, lleva el revelador subtítulo en relación con lo que se indica en el texto principal, de *Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*; Oxford University Press, 2001; los fenómenos a los que se refiere, no obstante, son solamente los europeos y el canadiense.

5 Normalmente no quiere decir siempre: en el caso del IRA, como es sabido, lo que propugnaba era que Irlanda del Norte (en su concepción, meramente la parte norte de la Isla de Irlanda) dejase de ser territorio británico y se incorporase a la República de Irlanda; si no igual, algo similar parece que acaece ahora con los territorios ucranianos de Donetsk y Lugansk, que pretenden su separación de Ucrania para pasar a la tutela de Rusia.

6 Recuérdense, p. ej., los sangrientos procesos de Argelia o de Angola frente a sus respectivas metrópolis, Francia y Portugal.

7 Quedan hoy unos 16 “territorios no autónomos”, censados por la ONU, en situación colonial, bajo admin-

movimientos con pretensiones secesionistas en contextos, además, de sociedades tan avanzadas como la canadiense (caso de Quebec), la británica (caso de Escocia), la española (casos de Cataluña, País Vasco), la belga (caso de Flandes) o la italiana (caso de la supuesta región de Padania y de movimientos en provincias del norte, en este segundo caso con un singular estatus reconocido en la Constitución italiana). Pero de que esto sea evidentemente así, no se sigue sin embargo la invalidez de la forma tradicional del Estado-nación, y si *the proof of the pudding is in the eating*, en este caso la mejor demostración de ello es, como se acaba de decir, la de que los movimientos independentistas tienen por meta ese mismo tipo de Estado. Lo que desde luego no creemos es que pueda generarse otro concepto de Estado en función de la existencia de movimientos independentistas, porque, como se comenzaban estas líneas, movimientos de tal tipo los ha habido siempre, antes y después de la aparición de la forma estatal de organización política. Ni siquiera si se instaurase el –anhelado por muchos– gobierno internacional o global único, comprensivo de todos los territorios del orbe y sus habitantes, cabría asegurar que no surgiera, más temprano que tarde, un movimiento independentista respecto del mismo. De modo que podría concluirse respecto del que se ha convertido en el concepto tradicional del Estado-nación, que, de momento, si goza de una mala salud, es una mala salud... de hierro.

Dicho esto, no obstante, ha de indicarse de inmediato que el Estado-nación tiene difícil solución para el independentismo. Sencillamente porque el Estado cobra sentido como conjunto de instituciones que le dotan de una estabilidad perdurable, de modo que le permitan ser, en los conocidos términos de H. Heller, “una unidad soberana de decisión y acción” que es lo que le diferencia “de todos los demás grupos territoriales de dominación”⁸. Y dato esencial para esa estabilidad perdurable es un ámbito territorial acotado firme. Si esto es así, difícilmente podrá prever un ordenamiento estatal, de entrada, esto es, en abstracto, la posibilidad de independencia de sus partes, porque ello vendría a constituir una autonegación de su propia naturaleza, una renuncia de su misma esencia⁹; y si alguna de ellas le

istración de dicha Organización; en general son territorios poco extensos geográficamente (varios de ellos insulares), salvo el singular caso del Sáhara Occidental, y con escasa población, que hace que la situación tenga poco que ver con el proceso descolonizador llevado a cabo a partir de la segunda posguerra mundial.

8 HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 255.

9 Nos referimos a la situación-tipo (no a situaciones excepcionales) de Estados homologables, en la que el Estado esté consolidado. P. ej., la Constitución birmana de 1947, promulgada al acceder Birmania a la independencia tras su ocupación colonial por Gran Bretaña, preveía la posibilidad de secesión de algunas etnias, pero evidentemente la descolonización no es subsumible en una situación-tipo (por lo demás, el uso de esta posibilidad fue impedido por los militares cuando se hicieron con el poder en dicho país en la primera mitad de los sesenta). Luego están los casos de las Constituciones de Etiopía y de Sudán del Sur, que reconocen el derecho de secesión del propio Estado (art. 39 de la primera) y del Estado de Sudán del que venía formando parte el territorio del Sudán del sur actual (art. 216 de la segunda), pero no parece que tales Estados puedan ser tomados como referencia de funcionamiento administrativo, económico y político.

solicita la separación, bien se comprenderá que, salvo los casos excepcionales a los que ahora se hará referencia, el Estado existente se resista denodadamente.

Siendo lo anterior así, en el caso de que un movimiento independentista surja en su seno, parece que el número de posibilidades que le cabe son tres.

A. LA INDEPENDENCIA CONSENSUADA Y PACÍFICA

Una primera vendría dada por la realidad de que la independencia es un sentir netamente mayoritario entre el colectivo que habita un territorio delimitado y resulta indudablemente identificable. En tal caso, le cabe al Estado reconocerlo así y, de forma consensuada, y por tanto pacíficamente, disponer la independencia del territorio en cuestión, eso sí, dejando de ser el Estado que hasta ese instante es para pasar a ser otro Estado (si lo era federal, otra Federación). En este sentido, el supuesto modélico es el acaecido con la anterior Checoslovaquia, con efectividad del primer día de 1993, previa la llamada “revolución de Terciopelo” de 1989, que supuso el final del gobierno del país por el Partido Comunista checoslovaco, sucursal del Partido Comunista de la entonces URSS: la desaparición del Estado de Checoslovaquia y la generación en su lugar de dos Estados, la República Checa y Eslovaquia; por cierto, sin que en tal proceso hubiere referéndum alguno entre eslovacos ni checos sobre tal decisión, que fue adoptada por los representantes de ambas poblaciones. Con posterioridad a este muy notable supuesto, ha habido otro, el de Montenegro, una de las repúblicas balcánicas generadas en 1992 tras la disolución de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia: federado Montenegro con Serbia en 2003 bajo la denominación de República Federal Yugoslava, como consecuencia de las diferencias entre los representantes y gobernantes de ambos territorios, y a raíz de la actuación desarrollada por un grupo singularmente activo en favor de la independencia, en mayo de 2006 se sometió a referéndum de la población montenegrina si deseaba la misma, siendo el resultado ajustadamente favorable a tal propuesta, de acuerdo con los requisitos exigidos en aras de la garantía del proceso¹⁰.

Los supuestos referidos pueden entenderse como supuestos modélicos de independencia por los acuerdos pacíficos, implícitos o explícitos, de los que resultaron. Pero no parece que puedan constituir un modelo para otros casos, dadas las singulares circunstancias que concurrieron en ellos, las más destacadas de las

10 Las garantías fueron una pregunta clara (“¿Desea Vd. que Montenegro sea un Estado independiente con completa legitimidad legal e internacional?”), una participación de al menos el 50% de la población con derecho a voto y una aprobación de dicha opción de, como mínimo, el 55% de los votos válidos: el referéndum dio como resultado el 55,4%. La independencia se declaró siete días más tarde y fue reconocida por Serbia en veinte días, dejando de existir la Federación de ambos territorios y pasando cada uno a constituir sendas Repúblicas con entidad propia.

cuales son, de un lado, que el origen de Checoslovaquia y de Yugoslavia apenas se remontaba a principios del siglo xx, es decir que su existencia como Estados comprendió unas décadas y fue el resultado de uniones territoriales artificiosas tras el desmembramiento del Imperio austro-húngaro; y de otro, que el estatus final de todos los nuevos Estados mencionados ha sido, según se decía, producto de la caída del bloque del llamado socialismo real, circunstancia hartamente particular que no parece que se vaya a volver a dar.

Ello no quiere decir no haya habido otros intentos también pacíficos en general, si bien sin llegar a fructificar a día de hoy: los casos ya citados de Quebec frente a Canadá y de Escocia frente a Gran Bretaña. En ambos, su ordenamiento de un lado y, sobre todo, su cultura política, ha propiciado varias consultas a la población de los territorios citados: dos en el caso de Quebec¹¹ y una muy reciente en el caso de Escocia¹². La solución es, por así decir, provisional, porque la intención declarada de los partidos independentistas en uno y otro caso, de trabajar por promover en un futuro inconcreto una nueva consulta al respecto.

Como es bien sabido en el momento en que se escribe esta intervención, la misma idea anima a los independentistas catalanes en España. La diferencia con los dos anteriores supuestos que se acaban de señalar es, sin embargo, enorme tanto jurídica, como, sobre todo, políticamente. En el primer sentido, porque el ordenamiento español es muy distinto a los ordenamientos canadiense y británico, y hace cuando menos discutible la mera posibilidad de un referéndum únicamente entre los electores catalanes¹³; y en el segundo, porque la inexistencia de cultura política en este ámbito, siendo posiblemente predicable también en el caso del Estado, adquiere los tintes más groseros en el caso de los independentistas catalanes: el secuestro partidario de las instituciones de autogobierno (Gobierno, Parlamento, Administración), que en tanto tales instituciones lo son de todos los ciudadanos, tanto independentistas como no independentistas; el desconocimiento de los más elementales usos democráticos por su máximo representante, el presidente autonómico, cuando tras consultas electorales adelantadas con resultados cada vez más desfavorables para su formación política, se ha aferrado a su cargo ignorando el claro mensaje del electorado que comportaban tales resultados; la tergiversación

11 Si en el primer referéndum, de 1980, el resultado de los independentistas fue del 40,5%, en el segundo referéndum habido en 1995 en Quebec sobre la independencia del territorio, el resultado fue del 49,6% de votos afirmativos a la propuesta, esto es, por medio punto porcentual no triunfó en este caso la opción independentista.

12 El resultado en relación con la independencia de Escocia, celebrado en septiembre de 2014, ha sido del 45% a favor y 55% en contra, con una clara diferencia de 400.000 votos.

13 Algunos entendemos que tal referéndum es constitucionalmente posible, pero ello no quiere decir que sea deseable, por muy sólidas razones: me permito remitir a mi trabajo "Sobre un eventual referéndum consultivo catalán en el proceso soberanista", en el libro colectivo *La autodeterminación a debate* (JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL, ed.), Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, pp. 9-29.

burda de los datos económicos, jurídicos –en particular los relacionados con la Unión Europea– e históricos, por historiadores, economistas y juristas cortesanos para intentar justificar su pretensión; la utilización de las instituciones docentes (universidades) y, muy en particular, de los medios informativos, públicos y privados, para catequizar a la ciudadanía en su ideología secesionista, con programas y habitualidad que recuerdan señaladamente lo que acaece en sistemas totalitarios o próximos a esta clase; la manifiesta deslealtad en las relaciones con el Estado; y, en fin, la coacción “blanda” (en el sentido que J. Nye predica de determinado modo de ejercicio del poder¹⁴) y constante a quienes no comulgan con la ideología aludida que, pese a todo lo anterior, siguen siendo mayoría, ... todo ello hace que este intento de los independentistas catalanes pueda tomarse como un contraejemplo de este primer tipo de posibilidad de independentismo pacífico a la que venimos refiriéndonos en este punto.

B. LA REPRESIÓN DEL INDEPENDENTISMO

La segunda posibilidad que tiene el Estado de enfrentar movimientos independentistas es su represión por la fuerza. Es la opción a la que, como es fácil comprender, más se acude de entrada cuando tales movimientos revisten formas violentas, porque entonces el conflicto adquiere naturaleza de cuestión de seguridad pública y, en los casos más graves, de enfrentamiento bélico. Cualquiera de los grupos armados recordados al inicio supusieron, o suponen, ejemplos de esta reacción. En particular, por su actualidad, basta recordar los supuestos ahora existentes de los movimientos que propugnan la independencia de la extensa región del Kurdistán, que tras la Segunda Guerra Mundial ha quedado dividida entre Turquía, Siria, Irán, Irak (aunque en este caso se ha producido una situación especial a la que luego se aludirá) y la actual Armenia; o con los movimientos correspondientes en Chechenia respecto de Rusia, de Osetia del Sur y Abjasia respecto de Georgia o de Nagorno-Karabaj respecto de la República de Azerbaiyán (estos tres últimos territorios autodeclarados independientes de las Repúblicas a las que pertenecen, sin reconocimiento de estas); en fin, aunque se trata de un caso con singularidades remarcadas, no deja de poder entenderse que, de momento, cabría encuadrar en esta opción el supuesto del Frente Polisario frente a Marruecos en el caso del Sáhara Occidental.

Ahora bien, ese enfrentamiento bélico del Estado con los movimientos separatistas, puede acabar, y acaba de hecho, de diferentes maneras. Una, mediante la derrota de los movimientos secesionistas, de la que el supuesto por antonomasia es, desde luego, el de la guerra civil norteamericana en el siglo XIX, con el resultado por todos conocido. Y sin necesidad de retrotraerse al siglo XIX, en nuestros días

14 NYE, JOSEPH, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, New York, 2004.

hay también ejemplos varios de derrota en tales movimientos. Es el caso del movimiento guerrillero tamil en Sri Lanka (los “Tigres de liberación Tamil Eelam”), que fundado en la segunda mitad de los setenta por la discriminación de la que la minoría tamil en la isla era objeto, protagonizó una guerra civil con el gobierno insular durante más de un cuarto de siglo con el objetivo de crear un Estado propio en el noreste de la isla, hasta que fue derrotado por el ejército insular en 2009; o también puede decirse que es el caso de ETA, parece que derrotada tras más de cuatro décadas de actividades terroristas que causaron casi un millar de víctimas mortales y un sinfín de heridos y daños, una derrota en este caso que no se debió a la acción del ejército, sino al conjunto de acciones policiales, judiciales y políticas habidas al efecto en España¹⁵.

En sentido opuesto, sin embargo, hay también casos en los que los movimientos independentistas han logrado su objetivo: sin retrotraerse más atrás del s. XX, sería el caso de la independencia de Irlanda respecto de Gran Bretaña en 1922, tras la guerra correspondiente, o los supuestos de Argelia y de Angola en el cruento proceso de descolonización o, en fin, mucho más recientemente, el de la secesión de Eritrea respecto de Etiopía en 1993 y, apenas en 2011, el de la independencia del Sudán del Sur de la República de Sudán.

C. EL RECONOCIMIENTO POR EL PODER CENTRAL DE LA AUTONOMÍA POLÍTICA O AUTOGOBIERNO DE ENTIDADES TERRITORIALES

El último resultado posible del enfrentamiento armado al que nos referimos es llegar finalmente al pacto, manteniéndose en el Estado el territorio que pretende su separación, a cambio del reconocimiento de autonomía del mismo. Más aún: es posible que la descentralización del Estado sea iniciativa del propio poder central, para tratar de disolver en una descentralización general del Estado el intento de independencia de uno o varios de sus territorios: en estricto rigor, a esta idea obedeció esencialmente la regulación de la Constitución española cuando se gestó (como evidencia la regulación constitucional de su organización territorial en general y, por contraste, lo que establecen la Disposición Adicional Primera y la Disposición Transitoria Segunda al respecto)¹⁶; y en una tesitura evidentemente muy diferente, es lo que está teniendo lugar cuando se escriben estas líneas con Ucrania: los Acuerdos de Paz de Minsk prevén la descentralización regional de Ucrania, sobre

15 Parece que se puede incluir entre los ejemplos de movimiento derrotado, decimos, porque, entre otras cosas, no ha habido un acto formal de claudicación, ni la banda ha entregado sus armas. Pero lo cierto es que no ha vuelto a actuar desde hace ya algunos años.

16 El fracaso en ese objetivo ha sido más que notable, tal y como ha resultado palmario en los últimos años.

la idea de que los territorios antes aludidos que pretenden separarse de este país (Donetsk y Lugansk) se mantengan en su seno con un estatuto diferenciado del resto del territorio¹⁷.

Lo más paradigmático de esta última posibilidad a la que nos estamos refiriendo, sin embargo, es el caso de los movimientos inicialmente separatistas de Filipinas antes aludidos, y de los que se concretará la solución encontrada en el epígrafe correspondiente; también en el caso de los kurdos de Irak hay otro supuesto al que igualmente se hará referencia. Es evidente que para todos resulta mejor lograr ese pacto cuanto antes, si es que hay voluntad para ello. Y lo ideal, desde luego, es que el mismo tenga lugar sin llegar al enfrentamiento bélico. Si finalmente el Estado concede tal autogobierno al territorio que lo reclama, y *a fortiori* si la autonomía lo es para todos los territorios que lo conforman, se convertirá tal Estado en uno ciertamente distinto al modelo al que tradicionalmente venía perteneciendo hasta entonces... si era un Estado centralizado, pues a partir de ese momento será un “Estado unitario con autonomía territorial” (en los términos de otra de las cuestiones planteadas en este eje temático que abordaremos luego).

En cambio, si se trata ya de un Estado descentralizado el que experimenta movimientos independentistas, y más aún si se trata de un Estado federal, lo que tendría lugar en esa misma hipótesis sería un ofrecimiento que haría de tal Estado un Estado “asimétrico”, en la expresión derivada del conocido trabajo del profesor de Berkeley, Ch. D. Tarlton, publicado en 1965 e intitulado “Simetría y asimetría como elementos del federalismo: una especulación teórica”. Abordando esta posibilidad de fuerzas centrífugas en una Federación, acaba señalando Tarlton en dicho trabajo que “gran parte del habitual optimismo sobre las cualidades mágicas del federalismo puede ser reexaminado”, siendo la cuestión más elemental que procede formular la de “¿hasta qué punto puede el “federalismo” mantener el estímulo y la necesidad de unidad contra las presiones del separatismo? La respuesta –apunta el autor– es, claramente: hasta donde las fuerzas unitarias sean dominantes. A menos que haya uno, o un conjunto, de factores que clara e inexorablemente empujen en dirección a la comunalidad (*commonality*), las presiones de la asimetría se harán cada vez más presentes, hasta hacer la continuidad federal casi imposible”¹⁸.

Tal y como nosotros lo entendemos, sin embargo, el reconocimiento de “asimetrías” en los sistemas federales no resulta hoy una práctica extendida en los federalismos de referencia. En ellos hay, ciertamente, diferencias institucionalizadas. Típicamente, p. ej., la de los Distritos Federales que contienen las capitales

17 A tal idea, sin embargo, que requirió la reforma constitucional, reforma que ha obtenido la aprobación del Tribunal Constitucional ucraniano, se ha levantado una importante oposición parlamentaria, con violencia incluso, en el seno de la institución.

18 TARLTON, CH. D., “Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation”, en *The Journal of Politics*, Vol. 27, n.º 4 (noviembre 1965, p. 874).

de las Federaciones y que disponen para ellos un estatus jurídico público singular coherente con la finalidad de su diferenciación, que es la de no depender de ninguna entidad federada, sino directamente del poder federal (casos de EE.UU., México, Australia, India, etc.; no los hay, sin embargo, en Suiza o Canadá, y ha desaparecido recientemente en Venezuela). Y hay otras diferencias que obedecen a la configuración originaria del sistema de que se trate (en el caso más extremo, el de la Federación rusa, *v. gr.*, se compone de hasta 83 entes federados de naturaleza distinta: provincias, repúblicas, territorios, distritos autónomos, etc.). A partir de aquí, las diferencias vendrán dadas por datos ya fácticos o físicos (ubicación geográfica del Estado federado de que se trate, cantidad de población que tenga, etnia si hay varias en la Federación, lengua si es distinta, etc.), que, reconocidos como tales, tendrán los efectos que se les asignen (mayor o menor representación en la eventual Cámara territorial si el sistema dispone de ella, cooficialidad —o no— de las lenguas distintas a la mayoritaria, mayor o menor proporción en la distribución de recursos económicos en función de sus habitantes, de la extensión o de la orografía del ente federado, etc.). Se trata, en todo caso, de diferencias que constituyen premisa de la conformación del sistema federal de que se trate, distinciones asentadas en datos objetivos y aceptados por el conjunto de los entes federados en el momento fundacional del nuevo Estado federal, pero no serán producto de una voluntad unilateral que obedezca solo a un mero anhelo de reconocimiento de la diferenciación o de la particularidad de un territorio, cuando de esa diferenciación o particularidad se pretenda derivar una posición jurídico-constitucional distinta a la de los demás entes. Y una vez constituido ya el Estado federal, resulta ciertamente difícil modificar el estatus con el que se ha accedido por parte de las entidades que han quedado federadas. Ciertamente, al federalismo es consustancial la pluralidad (*E Pluribus, Unum*, por decirlo en los celebérrimos términos del lema de la nación estadounidense). Pero, una vez constituido el Estado de que se trate con la pluralidad que se haya acordado, es igualmente consustancial al mismo la idea de igualdad entre los entes federados. Será posible, desde luego, que esa igualdad inicial sea modificada *a posteriori*, pero con dos condiciones: de un lado, contando para la alteración del pacto inicial en que consiste toda federación, con la aceptación de las partes integrantes de esa Federación en la cantidad requerida por su Norma Fundamental; y de otro, que esa aceptación resulte clara porque clara sea igualmente la diferenciación que se pretende institucionalizar (no producto de eventuales interpretaciones que pueden no ser pacíficas) y que tampoco resulte forzada esa aceptación por las circunstancias del momento, pues de no darse esta cualidad de la aceptación, tarde o temprano surgirán tensiones derivadas de esa desigualdad¹⁹.

19 El sistema español contiene un notorio ejemplo en este sentido: el que suponen los llamados “Derechos

Constituido *ex novo* el Estado federal con las asimetrías acordadas, o devenidas estas posteriormente y admitidas por el conjunto de integrantes de la Federación, el Estado federal asimétrico resultante vendría a constituir un tipo más entre los no precisamente pocos de que consta el federalismo: como Friedrich dijera hace ya mucho, hay tantos tipos de federalismo como Estados federales existen²⁰; o más expresivamente aún, sería un “rostro” más de los “muchos” que adopta el federalismo, en la expresión empleada por K. Lenaerts²¹, y que en la doctrina española ha hecho bastante fortuna²². Así entendido, tampoco el Estado federal asimétrico resultaría una lectura nueva del modelo de Estado, en el caso, federal.

Como quiera que estamos tratando de los diversos tipos de federalismo, y como quiera que la siguiente cuestión por la que inquiere el eje temático de este congreso es “el futuro del federalismo en América Latina”, procedemos a abordar la misma a continuación.

II. EL FUTURO DEL FEDERALISMO EN AMÉRICA LATINA

Se acaba de comentar la gran variedad de tipos de federalismo existentes, un aserto que nadie pone en duda. Y, sin embargo, el mismo parece que tiene una relativa excepción en el caso de los federalismos latinoamericanos.

Excepción relativa, decimos, porque de los cuatro sistemas federales consolidados desde el inicio del proceso de independencia de las metrópolis española y portuguesa (Venezuela, México y Argentina en el caso de la primera; Brasil en el de la segunda²³), se ha tratado de un federalismo calificado de manera unánime de

históricos de los territorios forales” (territorios que son el País Vasco y Navarra), reconocidos en la Constitución (Disposición Adicional 1ª); la proyección más visible de tales derechos históricos es un régimen fiscal privilegiado consistente en que el Estado no recauda los tributos en dichos territorios, sino que las instituciones de dichos territorios calculan un montante de dinero (“cupó”) por los servicios comunes que presenta el Estado (Ejército, diplomacia, etc.) y se lo trasladan a la hacienda estatal. En ese “cupó”, no ha entrado hasta la fecha el concepto de solidaridad con el resto de territorios del Estado, que sí tienen que sufragar todas las demás comunidades autónomas que sobrepasen determinada cantidad de riqueza. El resultado del cálculo del citado “cupó” y de esta omisión respecto de la solidaridad territorial ha sido que, a día de hoy, hay una diferencia ostensible del PIB per cápita entre los habitantes de dichos territorios del País Vasco y Navarra y el resto de los ciudadanos del país.

20 FRIEDRICH, C. J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática en Europa y América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946; nótese que la afirmación data de antes ya de que, con motivo de la descolonización, surgieran bastantes de los Estados que hoy son federales; ahora aquella afirmación tiene mucho más sentido aún, obviamente.

21 LENAERTS, K., “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 38, 1990.

22 En fechas relativamente recientes, ha aparecido en castellano la obra comparativa de los principales sistemas federales del mundo debida a R. BLANCO VALDÉS, intitulada, precisamente, *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, 2012.

23 Los federalismos latinoamericanos hacen buena la afirmación de que, como regla general, el sistema federal resulta una fórmula idónea de distribución de poder territorial para los países grandes (el menos extenso de

meramente formal o virtual²⁴, queriendo con ello decir que no es un federalismo sustantivo, en el que el poder esté realmente dividido desde el punto de vista territorial, habida cuenta de que el ente territorial superior, la Federación, acapara el grueso del poder real, resultando los entes federados entes con capacidades solo residuales. Es posible que a ello hayan contribuido las fracasadas experiencias hispanoamericanas durante el siglo XIX, comenzando por las Provincias Unidas de Nueva Granada (lo que hoy vienen a ser los territorios de Colombia y Panamá) durante el paréntesis en la dominación española de los mismos de 1811-1816, la Confederación de Nueva Granada en 1858-1863 y los Estados Unidos de Colombia en 1863-1886; continuando por la República Federal de Chile (1826-1827) –rechazada mayoritariamente por la población– y por la Confederación peruano-boliviana (1837-1839); y terminando por la de las cinco provincias centroamericanas que constituían el Reyno de Guatemala, que tras casi tres lustros de federación (1824-1838) se disolvió sin que volviese a fraguar ninguno de los hasta quince intentos por reconstruirla durante el siglo XIX, ni, ya en el s. XX, tampoco el que, bajo la orientación de Estados Unidos y México, tuvo lugar en 1921 (del que se autoexcluyeron Costa Rica y Nicaragua), que apenas duró semanas²⁵.

La forma federal no se ha extendido a más territorios latinoamericanos, no ya en la concepción más genuina de países que pudieren servir de referencia (EE.UU., Canadá, Australia), sino tampoco en la versión de la zona, una versión, como se ha dicho, muy poco fiel a aquella. Hasta donde se nos alcanza, tampoco parece un anhelo de los Estados centralizados la transformación de los Estados unitarios hoy existentes en federales. La única experiencia de la que tenemos noticia que versa sobre descentralización es la habida en Bolivia, que ha supuesto una relativa descentralización respecto de algunas regiones (La Paz, Cochabamba, Potosí, Oruro, Chiquisaca), algunas “autonomías indígenas” y a algunos municipios²⁶.

los cuatro, Venezuela, tiene prácticamente 1.000.000 km²), siendo los países federales pequeños y exitosos (Suiza, Austria, Bélgica, Emiratos Árabes Unidos) excepciones que confirman la regla.

- 24 Unos términos amables en comparación con los habituales: Fernández Segado indica que “Desfederalización, desnaturalización, conculcación, deformación, desvirtuamiento, debilitamiento, quebrantamiento, nominalismo... etcétera, son algunas de las expresiones que han sido utilizadas por muy amplios sectores de la doctrina de los cuatro países (y desde luego, de otros lugares) para tratar de reflejar con realismo la situación del federalismo en los distintos Estados federales de América Latina, y ello, al margen ya de que otros sectores doctrinales, lisa y llanamente, hayan certificado el óbito del sistema federal en países que, formalmente al menos, han adoptado en sus respectivas Constituciones esa forma de Estado”: FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El federalismo en América Latina*, en la serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, IJ-UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, n.º 41, 2003, p. 157.
- 25 Sobre las vicisitudes federativas de Centroamérica, cfr. García Laguardia, J. M., “El federalismo en Centroamérica. Integración y desintegración”, en D. VALADÉS y JOSÉ M^º SERNA DE LA GARZA, *Federalismo y Regionalismo*, UNAM - Tribunal superior de Justicia del Estado de Puebla, México, 2005, pp. 219 y ss.
- 26 De hecho, está programada una votación para el 20 de septiembre de este año 2015 en todas estas entidades para ver si aprueban, o no, las que han de ser sus normas principales (estatutos y cartas orgánicas), si bien parece que el desconocimiento de la población sobre tal cuestión es notorio.

Un supuesto relativamente similar podría ser el de Ecuador, con bastante menos población indígena que el boliviano pero que parece mostrarse singularmente activa en sus reivindicaciones de reforma agraria y educación intercultural bilingüe, pero –hasta donde conocemos– no nos consta que haya reivindicaciones de descentralización. Nos consta, en cambio, que en Colombia hay un sector doctrinal firme partidario del federalismo para el país²⁷, pero no que en la actualidad se haya integrado en la agenda política como cuestión relevante²⁸.

Ciñéndonos a los federalismos ya existentes, la respuesta a cómo debieran ser en su futuro (que es lo que plantea la pregunta correspondiente de este eje temático) constituye un lugar común en la doctrina, que propugna una descentralización más intensa, con más participación y más corresponsabilidad de los entes federados. En esencia si, según es de sobra conocido, todos los federalismos experimentan una tendencia al fortalecimiento del poder federal frente al de los entes federados, en el caso de los sistemas federales latinoamericanos ello ha sido una constante desde su inicio y en un grado sensiblemente mayor que en la generalidad de los demás supuestos, atribuyéndose a ello en buena medida las disfunciones en la gobernabilidad de los respectivos Estados. Obviamente no podemos pormenorizar aquí en qué medida se predica aquella propuesta en cada uno de los cuatro sistemas y las razones en función de sus distintas circunstancias²⁹, pero sí apuntar algunas notas individuales relevantes en relación con esa acumulación de poderes en el ente central, acudiendo a alguna referencia doctrinal relevante en cada caso.

27 Al punto que elaboró un anteproyecto de Constitución federal para Colombia a finales de los años 90: el Grupo de Estudios Constitucionales “Quirama” (cfr. ESTUPIÑÁN ACHURY, L., “Organización del territorio en Colombia. Hacia el fortalecimiento del nivel intermedio de gobierno”, en *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia*, J. L. GARCÍA RUIZ y E. GIRÓN REGUERA, coords.), Junta de Andalucía-Universidad de Cádiz-Universidad Libre de Colombia, 2006, p. 207). Pero ya antes, excelentes académicos, como L. VILLAR BORDA, se manifestaron en favor de la federalización del país (p. ej., en *Democracia municipal: autonomía, planificación y desarrollo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986).

28 El fracaso de la organización federal en Colombia generó una cultura de debilitamiento del nivel territorial intermedio, los Departamentos, entre el Estado y los competencialmente relevantes, aunque crónicamente infradotados, Municipios, potenciados estos con las reformas de los 80 del pasado siglo y convertidos en el fundamento de la descentralización por la Constitución Política de 1991. La duda de si deben subsistir los Departamentos o deben ser sustituidos por otros de nivel intermedio, como las regiones (sobre estas, *vid.*, VIDAL PERDOMO, J., *La región en la organización territorial del Estado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2001), ha planeado desde hace tiempo: la Constitución –en términos de HERNÁNDEZ BECERRA– “... desahució al Departamento. La carta de 1991 creó la falsa impresión de que la desaparición de los departamentos esta próxima, y que en un futuro no lejano serán reemplazados por regiones y provincias” (HERNÁNDEZ BECERRA, A., “Del departamento del siglo XIX al departamento del siglo XXI”, *Crisis y futuro de los Departamentos en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia - Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 210). A comienzos del presente siglo, parece haberse optado por la potenciación de los Departamentos mediante numerosas atribuciones competenciales a los mismos; quizá es aún temprano para hacer balance de si lo accedido hasta ahora se cohonesto suficientemente con la citada intención.

29 Nos remitimos para ello, hasta la fecha de su publicación, al trabajo de F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El federalismo en América Latina*, cit.; la misma acaba con un repertorio bibliográfico donde pueden hallarse las obras más significativas de la doctrina latinoamericana sobre la materia.

Sin duda el caso más claro de entre ellos lo ofrece el venezolano, máxime tras el advenimiento del actual régimen bolivariano, que, por más que siga proclamando que Venezuela es un Estado federal (art. 4 de la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela), ha conllevado una concentración extrema del poder en el gobierno central, propiciada por las mayorías monocolors en los Estados federados y en la Federación. En los recientes términos de Brewer-Carías, quien se desempeñó como Ministro del Estado para la Descentralización de dicho país en la década de los noventa, "... El Estado venezolano que nunca ha sido ni ha tenido realmente las características de un [Estado] «Federal descentralizado», expresión que solo fue una etiqueta contradictoria e ilusa en una Constitución centralista, progresivamente se ha centralizado aún más, ubicándose todo el poder público en el Estado nacional, que ahora está configurado como un Estado Totalitario y centralizado"³⁰.

En el supuesto argentino, baste decir que la muy relevante reforma constitucional de 1994 tuvo por objeto, precisamente, "*fortalecer el sistema federal*". Su resultado, sin embargo, señala V. Bazán, ha sido una divergencia entre "el plano normológico" y "la aplicación real" de las normas y cláusulas aprobadas para ello: "En otras palabras, *no se ha robustecido el federalismo* y, en contrapartida, han crecido disfuncionalmente el centralismo, con el consecuente quebranto de la calidad democrática e institucional"³¹.

En el caso brasileño, recuerda Fernández Segado que entre las circunstancias impulsoras de la degradación del federalismo latinoamericano no se puede olvidar "el abusivo recurso a la intervención federal", especialmente en Brasil (y también en Argentina). Paulo Bonavides, por su parte, clama por la "regionalización" del federalismo en Brasil, habida cuenta de las enormes desigualdades que en un país de proporciones continentales ha generado el mismo tal y como se ha desarrollado hasta la fecha³².

Y, en fin, en el caso mexicano se ha dicho que "En el s. xx y principios del xxi, el federalismo mexicano ha seguido una lógica centralizadora, determinado de conformidad con los intereses establecidos desde la capital de la República"³³. En palabras de D. Valadés, el federalismo es en el sistema mexicano uno de los asuntos

30 BREWER-CARIAS, A., "La destrucción de la institución municipal en Venezuela, en nombre de una supuesta «participación protagónica del pueblo»" (Ponencia para el xxx Congreso Ordinario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Guadalajara, noviembre 2014).

31 BAZÁN, V., "El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas", en *Estudios constitucionales*, vol. 11 oct., n.º 1, 2013, pp. 37-88 (cursivas originales).

32 BONAVIDES, P. "Federalismo regional num país periférico", en Pérez Royo, J. e. a., (edit.), *Derecho Constitucional para el siglo xxi. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 4345-4365.

33 BARCELÓ ROJAS, D. (e. a.), "Propuestas de evolución institucional del federalismo mexicano", en *Federalismo y descentralización* (Conferencia Nacional de Gobernadores), Secretariado Técnico al Servicio de los Gobiernos Estatales, A. C., 2ª ed., 2008, p. 172.

pendientes de consolidación, porque “sigue a medio construir” debido a “un sistema presidencial hipertrofiado y un sistema representativo atrofiado”. Ciertamente, se han producido modificaciones poniendo el acento en la distribución de recursos económicos con transferencia de potestades tributarias, pero se ha dejado de lado lo relacionado con la organización y el ejercicio del poder federal y local, de modo que ha experimentado no una descentralización del poder, sino una concentración del mismo en varios centros (los Gobernadores de los Estados), continuando “muy endeble” la estructura de los legislativos y judiciales estatales³⁴.

III. LOS ESTADOS UNITARIOS CON AUTONOMÍA TERRITORIAL. ¿VERDADERAS EXPERIENCIAS DE DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER?

Frente al tipo de federalismo que es el federalismo latinoamericano (y seguramente también otros de los que no tenemos noticia directa sobre cómo se desarrollan, pero que cabe intuir que de federal tendrán poco más que el nombre), según se acaba de ver en el epígrafe anterior la pregunta de si la descentralización de poder puede darse ‘verdaderamente’ en los Estados unitarios se contesta por sí sola constatando la realidad de los sistemas que obedecen ‘verdaderamente’ a ese tipo de Estados, es decir, que tienen autonomía territorial real. Por tal tipo de autonomía se entiende la política, frente a la administrativa. Autonomía “política” quiere decir poder con capacidad de adoptar decisiones que comporten voluntad propia, no condicionada por poderes de otros niveles más que en lo determinado por la Constitución. En términos jurídicos, esta autonomía se traduce en la capacidad de innovar el ordenamiento mediante la fuente ordinaria –esto es, no constitucional– del derecho más relevante tanto por su legitimidad en calidad de producto de la voluntad general, como por sus efectos respecto de las demás: la ley. De ahí que, aunque no pueda negarse la cualidad política del ejercicio del poder en niveles inferiores, típicamente los locales, porque ‘político’ es todo lo que afecte al interés común de la comunidad gobernada, no pueda predicarse con propiedad de tales poderes locales que son el producto de una descentralización política, sino solo administrativa, es decir, limitada a la gestión y ejecución de lo normativamente decidido por los niveles superiores a ellos. La autonomía política la ostentan los entes territoriales intermedios: comunidades autónomas, regiones, territorios, o como se opte por denominarlos en el sistema de que se trate. Hay, no obstante, algunas excepciones,

34 VALADÉS, D., “Consideraciones preliminares”, en DIEGO VALADÉS y JOSÉ M^a SERNA DE LA GARZA, *Federalismo y regionalismo*, cit. Estos términos, que fueron expuestos hace una década larga, parecen sin embargo seguir teniendo plena vigencia, a tenor del título del balance del sistema federal mexicano efectuado hace apenas unos meses por CEJUDO, G. M. y LÓPEZ AYLÓN, S., que lleva el descriptivo título “Muchas reformas, pocos resultados”, *Rev. Nexos*, diciembre 2014.

en las que, existiendo entes descentralizados regionales, conviven con ellas algunas provincias también con autonomía política caracterizada según lo antes dicho (p. ej., Trento o Bolzano, provincias integrantes de la región italiana fronteriza del Trentino-Alto Adigio, con lengua y características propias acusadas, tienen una autonomía equivalente a la de la propia región).

En comparación con la cantidad de Estados federales, verdaderos o no, pero que formalmente se denominan así y se estructuran en unidades federadas, estos sistemas unitarios con autonomía política son escasos. La idea originaria del sistema de Estado unitario con autonomía en la forma que hoy se conoce, se debe esencialmente al constituyente republicano español de 1931, que la ideó justamente para evitar un Estado federal, a la luz de la poco edificante experiencia alemana de la República de Weimar que estaba teniendo lugar en ese momento, y con el recuerdo del rotundo fracaso que constituyó en España la escueta experiencia federal de 1873. Aunque la experiencia de dicho texto constitucional de 1931 fue breve, dando lugar en rigor a un único supuesto de región autónoma efectivo y no precisamente ejemplar en su desenvolvimiento, el de Cataluña³⁵, el sistema fue analizado en aquella época por el italiano Ambrosini, junto con otros modelos entonces vigentes (el austriaco, el alemán y el de la URSS)³⁶, dando lugar a un conocido trabajo³⁷. Finalmente, el Estado regional fue implantado en Italia, donde sigue vigente hasta hoy; Bélgica fue Estado regional hasta su conversión formal en Estado federal por modificación constitucional de 1993 (aun cuando su sistema sea jurídicamente bastante peculiar como tal, incluso dentro del amplio margen inclusivo que ofrece el federalismo); se ha considerado igualmente por algunos que Gran Bretaña respondería sustancialmente a este tipo de sistema de Estado unitario con autonomías regionales tras las competencias transferidas a Escocia y Gales y con la devolución de la autonomía a Irlanda del Norte; parcialmente es también regional Portugal, en tanto en cuanto sus dos archipiélagos (Açores y Madeira) son regiones “autónomas”, pero los ciudadanos rechazaron contundentemente (en contra de la postura del gobierno convocante) en referéndum (1998) la regionalización administrativa del territorio continental; en fin, la República que constituyó Yugoslavia, durante un tiempo fue

35 La experiencia que está teniendo lugar en estos meses con Cataluña tiene antecedentes desgraciadamente muy semejantes en lo acaecido hace ocho décadas, durante la Segunda República española: la proclamación unilateral por dos veces de la República catalana. En ambas ocasiones, tal proclamación fue fugaz: en la primera por unos días y en la segunda por unas horas; en esta segunda acabó con algún muerto, la suspensión de la autonomía por el Gobierno republicano del Estado y el presidente catalán y varios de sus consejeros condenados por el delito de rebelión, del que serían posteriormente indultados; ganada la contienda civil por Franco, el citado presidente sería finalmente fusilado.

36 AMBROSINI, *Stato ed autonomia regionale nel sistema della cesatta monarchia austriaca e dell'attuale repubblica spagnola*, Palermo, 1933; *Autonomia regionale e federalismo: Austria, Spagna, Germania, URSS, Comunità*, Roma, s/f.

37 AMBROSINI, “Un tipo intermedio di Stato fra l’unitario e il federale caratterizzato dall’autonomia regionale”, *Rivista di Diritto Pubblico*, Roma, 1933.

igualmente regional. Con la incorporación de España a la civilización democrática tras la muerte de Franco, sucede que, precisamente en este ámbito de la organización territorial, ha vuelto a ser original con su sistema de Comunidades Autónomas, toda vez que el mismo ha resultado tan descentralizado por la práctica política y por la amplia interpretación de la Constitución, que los comparatistas foráneos de habitual no lo consideran como un Estado regional, sino como un sistema federal³⁸, *ad intra* del país, aunque no son pocos los que entienden lo mismo³⁹, tal calificación es bastante más discutida⁴⁰.

Es claro que la formulación de la cuestión obedece a la concepción habitual que grafica la extensión de la descentralización del poder de más a menos (de la Confederación al Estado centralizado), y que ha dado carta de naturaleza a la idea de que la descentralización regional o autonómica es menos intensa que la federal, de modo que los sistemas regionales vienen a ser una fase previa en el proceso evolutivo hacia el Estado federal. Ello, sin embargo, no necesariamente es así; o, por mejor decir, no ha de acabar siempre siendo así.

El ejemplo paradigmático de lo que se acaba de afirmar lo constituye, sin duda, el sistema español, como sabemos bien los familiarizados con él y –no tanto, pero sí en la medida en que lo requiere el análisis comparativo– con los sistemas federales más significativos. No hay criterios inconcusos para medir el grado de descentralización y, en determinados ámbitos, el sistema autonómico español no está descentralizado (p. ej., el poder judicial es en España único, contra lo que sucede en la mayor parte de los federalismos tomados como referencia, como el norteamericano, el alemán o el suizo; sin embargo, hay sistemas federales, como el austriaco o el belga, en los que tampoco está descentralizado dicho poder). Pero dicho lo anterior, es meridiano que un sistema en el que los entes territoriales intermedios (las Comunidades Autónomas), tienen por competencia en la actualidad, además, naturalmente, de sus propias instituciones (Gobierno, Parlamento, Tribunales de Cuentas, Consejos Consultivos, *Ombudsmen*, etc.), las del urbanismo, las de transportes y recursos hidráulicos e instalaciones eléctricas que se desarrollen *ad intra* de su territorio, importantes competencias en materia de inmigración y

38 Cfr. p. ej., ELAZAR, D. J., “Tendencias de desarrollo institucional en España y en el mundo”, en R. AGRANOFF y R. BAÑÓN I MARTÍNEZ (eds.), *El Estado de las autonomías, ¿hacia un nuevo federalismo?*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pp. 21 a 30; WATTS, R., *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, Madrid, 2006; o ANDERSON, G., *Una introducción al federalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

39 Por todos, R. BLANCO VALDÉS, que en la citada obra *Los rostros del federalismo* incluye el sistema español como uno de ellos.

40 Sin ir más lejos, es bastante discutida por el autor de estas líneas. Significativamente en este sentido, el último informe a esta fecha de la OCDE, de diciembre de 2014, al referirse en la tabla estadística comparativa de gastos públicos a los Estados descentralizados, no incluye entre los Estados federales a España, al que considera un Estado “regional”, porque –aclara en nota– “*Spain is constitutionally a non-federal country with a highly decentralised political structure*”.

servicios sociales; o que pueden mantener relaciones exteriores al Estado si con ellas no se compromete el *ius ad tractatum* del mismo, o establecer recargos sobre los impuestos estatales o tributos propios, que pueden disponer de policía y de administración penitenciaria propias; o en fin, y de forma muy significativa, que gestionan el grueso del gasto público del conjunto del Estado, porque disponen de las dos fundamentales competencias que lo requieren, que son la enseñanza (desde la básica a la universitaria) y la sanidad⁴¹, además de disponer de una Administración que gestiona todo lo anterior y las demás competencias; es evidente —decíamos— que un Estado tal es un ejemplo paradigmático de descentralización, incluso superior a lo que vendría a constituir el promedio de la descentralización federal en el conjunto de países así calificados⁴².

Ninguna duda, pues, hay, acerca de la respuesta a la pregunta de si “Los Estados unitarios con autonomía territorial constituyen ‘verdaderas experiencias de descentralización del poder’ (en los términos preguntados por el eje temático marco de esta intervención): tal experiencia de descentralización puede ser, incluso, más intensa que en algunos de los federalismos históricos (como los latinoamericanos, según se acaba de ver)... y que en algunos federalismos recientes.

IV. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO Y SU PAPEL EN UN ESCENARIO POSCONFLICTO

Porque todo lo anterior es, a nuestro modesto parecer, tal y como se ha expuesto, la descentralización territorial, como técnica de organización del poder —que no el federalismo, que presupone esta técnica, pero que es algo más: luego se aludirá de

41 Del antes aludido Informe de la OCDE de diciembre de 2014 (con datos referidos a 2012), se concluye que España es el país más descentralizado de toda la Organización por reparto fiscal, esto es, el Gobierno central del Estado español es, de los 34 países que integran dicha Organización y que son los más desarrollados, el que menos fondos públicos dispone en proporción a lo recaudado. De los Estados miembros de la OCDE, los federales no llegan a la cuarta parte (son 8: EE.UU., Canadá, Australia, Alemania, Suiza, Austria, Bélgica y México), pero se convendrá que entre ellos se encuentran los federalismos más significativos. De los entes territoriales intermedios que los componen, solo las provincias canadienses, según el citado informe, gestionan más fondos públicos que las Comunidades Autónomas españolas: los *Länder* alemanes, los Estados norteamericanos, etc., gestionan menos. Adviértase que, frente a los consolidados Estados federales, que nacieron o que han existido como tales la mayor parte de su historia, España, uno de los Estados más antiguos, ha observado una forma fuertemente centralizada casi siempre, y solo en menos de las dos últimas décadas ha experimentado la descentralización de la que son muestra los datos acabados de referir, lo que da cabal idea del extraordinario fenómeno producido en su caso, realmente único en el panorama comparado hasta el momento.

42 El interés doctrinal suscitado en Alemania por el nuevo modelo de Estado español como modo de verdadera descentralización política distinto al clásico federalismo, ha sido bien documentado por COLINO, C., en “El Estado autonómico como invención política y alternativa al federalismo tradicional: la visión alemana del origen, naturaleza y funcionamiento del modelo territorial español”, Cuadernos de Gobierno y Administración, n.º 3-4, 2003, pp. 245-280.

forma breve a ello— ha sido percibida como una solución teóricamente idónea para supuestos en los que minorías concentradas en territorios definidos que propugnan su autogobierno o autonomía dentro de un Estado, sin que este vea cuestionada su soberanía (y, en el fondo, su propia existencia como Estado, que quedaría en entredicho con cada precedente de independencia que experimentase).

En efecto, simbólicamente —perspectiva esta fundamental en las siempre delicadas situaciones de intento de secesionismo— con la sola descentralización no hay ejercicio de poder constituyente por parte de los entes territoriales descentralizados, lo que contribuye en la práctica a que la posibilidad de control del Estado sobre estos se haga más natural o, si se quiere, menos impropia. El supuesto de Irlanda del Norte, cuya autonomía fue suspendida por Londres hasta en cuatro ocasiones (en alguna de ellas por apenas horas; en la última por cinco años: de 2002 a 2007), se tiene como la referencia en tal sentido. Menos conocido, pero más apropiado para lo que ahora interesa ilustrar, es la respuesta a las reivindicaciones kurdas en Irak, que han acabado en el reconocimiento de una provincia autónoma para esta etnia (propiciada, más que por la voluntad del gobierno iraquí, por la situación caótica de aquel país desde su invasión); para el grueso del contingente kurdo, que, como hemos recordado, se encuentra en un área geográfica dividida entre Turquía, Siria, Irán y Armenia, una solución del mismo tipo que esta habida en Irak no parece, sin embargo y hoy por hoy, viable.

Aún más idóneo para disponer como ejemplo de este tipo es el caso de la Región Autónoma del Mindanao musulmán en Filipinas, producto de la firma en 1996 del acuerdo de paz entre el Frente Moro de Liberación Nacional (FMLN) y el gobierno filipino; tipo de acuerdo que ha vuelto a tener lugar con el Frente Moro de Liberación Islámica (FMLI) en abril de 2014, que dará lugar, si como todo parece indicar, se cumplen sus términos, a la región autónoma de Bangsamoro este año 2016, región esta que incluirá el citado territorio de Mindanao musulmán.

Desde los Acuerdos de Oslo, de 1994, en el caso de los Territorios Palestinos (o Palestina, sin más, como la denomina la ONU) estos son administrados civilmente y en materia de seguridad por la Autoridad Nacional Palestina, lo que de alguna manera emparenta el supuesto con la descentralización política, aun cuando el contexto sea muy diferente al de los movimientos independentistas surgidos en otros ámbitos territoriales y, en los días en que se repasan estas líneas, el enfrentamiento de tales Territorios con Israel está pasando por una fase muy crítica.

Los supuestos del Tíbet, ocupado por China y, en los últimos años, también de la región más extensa de este país, la de Xinjiang, con una población originaria, los uigures, de religión musulmana y de cultura distinta a la de la mayoría del resto de China (cultura Han), territorios ambos en los que hay una importante tendencia separatista, pueden ser vistos también, al menos en principio, como eventuales campos de proyección de esta técnica de la autonomía o del autogobierno político

para acomodar territorios con sus poblaciones en el Estado del que forman parte⁴³. Algo parecido podría decirse de los enfrentamientos en el sur de Tailandia del ejército con la minoría malaya musulmana (en particular, con el Frente Revolucionario de Liberación Nacional: BRN), que vienen durando medio siglo. Aunque las perspectivas de tal aplicación aparecen en estos supuestos bastante remotas, a la vista de lo acaecido, p. ej., con Irlanda del Norte (y en las épocas menos tensas, con los Territorios Palestinos), podría no resultar finalmente una idea impracticable incluso respecto de estos países, con el paso del tiempo y unas circunstancias suficientemente propicias.

A MODO DE CONCLUSIÓN LATINOAMERICANA

De todo lo que se lleva dicho se desprende que la descentralización territorial puede jugar un papel muy relevante, y aun fundamental, no solo en un escenario posconflicto, sino, en su caso, durante el propio conflicto. En el caso de los Territorios Palestinos, no hay previsión alguna de escenario posconflicto, antes bien, lo que aparece como más probable es más bien la continuación *sine die* del conflicto; y en el de Irlanda del Norte últimamente parece que las cosas están más calmadas, pero, dados los antecedentes, necesariamente hay que ser más que cautos sobre lo que pueda deparar el futuro. En ambos supuestos, sin embargo, lo que sin duda puede afirmarse es que la posibilidad de autogobierno (en el muy diferente grado correspondiente en cada caso) ha jugado, y juega, un indudable papel positivo, o dicho en sentido opuesto, que es fácil concluir que su situación hoy sería sensiblemente peor de no disponer del mismo.

En el ámbito latinoamericano, en cambio, hasta donde se nos alcanza los conflictos que han existido y los que hoy desgraciadamente permanecen, no parece que tengan relación directa con la organización territorial del Estado: los movimientos guerrilleros de la zona no blasonan de nacionalismo específico de una etnia o de una cultura distinta para la que pretendan autonomía o autogobierno, menos aún independencia. Ni siquiera en el caso del movimiento zapatista mexicano, ubicado en una zona en la que la abundancia de indígenas, el Estado de Chiapas (una cuarta parte de cuya población pertenece a alguna etnia de la docena que habitan el Estado y habla lengua propia), con un alto nivel de pobreza, en particular en algunas de sus partes, que pudiera, acaso, haber constituido una referencia territorial de la lucha emprendida por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

43 La región de Xinjiang se denomina oficialmente desde mediados del pasado siglo “Región Autónoma Uigur de Xinjiang”, pero su autonomía no es política, sino administrativa, si bien la razón de ser de tal autonomía administrativa es la étnica, no la puramente burocrática.

En materia de movimientos guerrilleros en la América hispana, el supuesto que concita el mayor interés ahora es, lógicamente, el proceso de paz que viene desarrollándose en La Habana entre el Gobierno colombiano y las FARC. En dicho proceso hay un sesgo territorial, pero, hasta donde entendemos, no desde una perspectiva política, sino desde una perspectiva claramente instrumental, consistente en interesar la participación ciudadana en los territorios con cultivos ilícitos, y en los que se consume el producto de los mismos, en orden a acabar con lo uno y lo otro mediante políticas agrarias y sociales, respectivamente, en las cuales han de jugar su papel, junto al Estado, también los entes territoriales en función de sus particularidades sobre tales cuestiones⁴⁴.

Al menos en la formulación inicial de las ideologías de los movimientos armados en la región (los más longevos y de mayor entidad parece evidente que han degenerado, dando lugar a la “narcoguerrilla”, como en el caso colombiano, o a lo que pudiera calificarse de “guerrilla-secta” en el caso peruano), y de otros ya afortunadamente desaparecidos, su pretensión era la de transformar el régimen del Estado de que se tratase en su totalidad territorial, esto es, dando por presupuesto el Estado como un todo y sin especial referencia a la organización territorial del mismo, imbuidos por las doctrinas de lo que suele ser entendido como de izquierda en general (marxistas, maoístas), de conformidad, por lo demás, con los muy graves defectos que se constataban con demasiada habitualidad en las sociedades del área geográfica (en esencia, pobreza extrema en muchos lugares conviviendo con enormes desigualdades sociales, falta de libertades propiciada por regímenes autoritarios y corrupción generalizada)⁴⁵.

En América Latina se suman así la singularidad de los federalismos existentes (en gran medida solo formales, como ha quedado dicho) a la inexistencia de supuestos de descentralización territorial, ni vigentes ni pretendidos. La primera aparece como una anomalía a resolver, aunque la aludida cultura sedicentemente

44 Por tomar uno de los últimos comunicados conjuntos de las Delegaciones del Gobierno y las FARC-EP (La Habana, 16 de mayo de 2014), se declara en él haber acordado ambas partes, entre otras cosas, que “... la transformación de los territorios y las alternativas para las comunidades afectadas por los cultivos de uso ilícito, partirán de la construcción conjunta y participativa entre estas y las autoridades nacionales, departamentales y municipales, de la solución al problema de los cultivos de uso ilícito y la superación de las condiciones de pobreza...” (resulta útil reseñar en relación con la cita transcrita, que en el seno de dicho proceso de paz se ha instaurado un “Foro sobre Política de desarrollo Agrario Integral (Enfoque Territorial); y más adelante continúa el comunicado afirmando que “Con base en la política y los análisis territoriales sobre el consumo de drogas ilícitas, el Programa [Nacional de Intervención Integral frente al Consumo de Drogas Ilícitas] promoverá el desarrollo de capacidades de las autoridades locales y las apoyará en la formulación y ejecución participativa de planes de acción departamentales y municipales frente al consumo, de acuerdo con las particularidades de los territorios y diferentes grupos poblacionales”.

45 Los casos de Cuba y, en otro nivel, aunque bastante distinto, de Nicaragua, pueden señalarse como referencias de lo que se quiere decir, aunque su limitada extensión geográfica no los hiciera especialmente idóneos para hacer de su organización territorial, ni en tiempos de sus respectivas revoluciones ni después, un tema especialmente relevante para la consecución de los objetivos perseguidos.

federal (con poderes centrales intensos y la consiguiente debilidad de los entes federados) de la zona de un lado, y el fenómeno de la intensa globalización que viene experimentando el mundo y que trae consigo en buena medida mantenimiento de esa cultura, no parece que precisamente vayan a ayudar a ello. Si se opta por reformar tales sistemas federales para acercarlos al concepto más propio del federalismo, resultará necesaria una voluntad política muy decidida en tal sentido, una voluntad a la que le resultaría casi imprescindible tener como fundamento la contribución académica.

La segunda singularidad –la inexistencia de supuestos de descentralización política, esto es, de Estados regionales, autonómicos o de índole similar, y, antes aún, la inexistencia de otros federalismos que no sean los históricos referidos– será enjuiciada en cada caso según el parecer de quien se pronuncie sobre tal dato, en función de las circunstancias concretas del país de que se trate. P. ej., en el que tiene lugar ahora este congreso, Colombia, con sus precedentes históricos recordados, con una extensión geográfica considerable y con una acusada diversidad entre regiones naturales y sus poblaciones, la posibilidad de esa descentralización (en departamentos, en regiones; en su caso, en provincias) ha sido un debate vivo que ha ocupado la atención de los iuspublicistas y, si nuestras noticias son correctas, de al menos parte de la clase política. Retomando lo apenas apuntado *ut supra*, y aunque el formato de esta intervención no nos permita extendernos en ello, contra una idea bastante generalizada nosotros afirmamos que la descentralización territorial es, sobre todo, una técnica, a diferencia del federalismo, que no es un mero tipo o grado de aquélla, sino bastante más: en esencia, una muy determinada cultura de compartición del poder político, que conlleva una posición constitucional fundamental de los entes federados en relación con la Federación o Unión (personificación del Estado por defecto), pero, simultáneamente, unas obligaciones de estos no menos fundamentales. En cuanto técnica, la descentralización es valorativamente neutra y, por ello, si los Estados deciden descentralizarse, permite un margen de operatividad, inmediatez, agilidad de los poderes centrales en relación con los entes descentralizados, que no admite el federalismo como forma nueva de organización territorial.

La tercera y última singularidad –la inexistencia de movimientos separatistas o independentistas en la región– debe calificarse, sin duda, de positiva. No, como podría quizá pensarse *prima facie*, por el supuesto patriotismo que cupiere deducirse de la ausencia de tales movimientos, entendido como respeto a la unidad del país incluso por aquellos movimientos guerrilleros antes citados que desean cambiar radicalmente su sistema de gobierno pero sin alterar la unidad (o ‘federalidad’ en su caso) del Estado. Tampoco porque el modelo tradicional de Estado-nación resulte una realidad inmarcesible. Sino, más sencillamente, porque la ausencia de tales movimientos contribuye a la estabilidad de la comunidad política, con la paz social que de ello deriva, estabilidad política y paz social que quienes provenimos

de sistemas en los que tales movimientos vienen siendo una constante desde hace décadas sabemos muy bien el valor que tienen. Como es de sobra sabido, desafortunadamente, los Estados latinoamericanos, federales o unitarios, tienen muchas y muy importantes cosas de las que ocuparse, y no tener que hacerlo también de movimientos separatistas o independentistas ha de resultarles una gran ventaja que debieran aprovechar para centrarse en la resolución de los problemas que les acucian.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSINI. *Stato ed autonomia regionale nel sistema della cesatta monarchia austriaca e dell'attuale repubblica spagnola*, Palermo, 1933.
- AMBROSINI. *Autonomia regionale e federalismo: Austria, Spagna, Germania, URSS, Comunità*, Roma, s/f.
- AMBROSINI. “Un tipo intermedio di Stato fra l’unitario e il federale caratterizzato dell’autonomia regionale”, *Rivista di Diritto Pubblico*, Roma, 1933.
- ANDERSON, G. *Una introducción al federalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- BARCELÓ ROJAS, D. (e. a.). “Propuestas de evolución institucional del federalismo mexicano”, en *Federalismo y descentralización* (Conferencia Nacional de Gobernadores), Secretariado Técnico al Servicio de los Gobiernos Estatales, A. C., 2ª ed., 2008.
- BAZÁN, V. “El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”, en *Estudios constitucionales*, vol. 11 oct., n.º 1, 2013, pp. 37-88 (cursivas originales).
- BLANCO VALDÉS, R. *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, 2012.
- BONAVIDES, P. “Federalismo regional num país periférico”, en PÉREZ ROYO, J. e. a., (edit.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- BREWER-CARIÁS, A. “La destrucción de la institución municipal en Venezuela, en nombre de una supuesta «participación protagónica del pueblo»” (Ponencia para el xxx Congreso Ordinario de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Guadalajara, noviembre 2014).
- CEJUDO, G. M. y LÓPEZ AYLLÓN, S. “Muchas reformas, pocos resultados”, *Rev. Nexos*, diciembre 2014.
- COLINO, C. “El Estado autonómico como invención política y alternativa al federalismo tradicional: la visión alemana del origen, naturaleza y funcionamiento del modelo territorial español”, *Cuadernos de Gobierno y Administración*, n.º 3-4, 2003, pp. 245-280.

- ELAZAR, D. J. “Tendencias de desarrollo institucional en España y en el mundo”, en R. AGRANOFF y R. BAÑÓN I MARTÍNEZ (eds.), *El Estado de las autonomías, ¿hacia un nuevo federalismo?*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, L. “Organización del territorio en Colombia. Hacia el fortalecimiento del nivel intermedio de gobierno”, en *Estudios sobre descentralización territorial: el caso particular de Colombia*, J. L. García Ruiz y E. Girón Reguera, coords.), Junta de Andalucía-Universidad de Cádiz-Universidad Libre de Colombia, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El federalismo en América Latina*, en la serie Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica (IIJ-UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, núm. 41, 2003.
- FRIEDRICH, C. J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática en Europa y América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- GARCÍA LAGUARDIA, J. M. “El federalismo en Centroamérica. Integración y desintegración”, en D. Valadés y José M^a Serna de la Garza, *Federalismo y regionalismo*, UNAM- Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, México, 2005.
- HELLER, H. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. “Del departamento del siglo XIX al departamento del siglo XXI”, *Crisis y futuro de los Departamentos en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia - Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- KEATING, M. *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*; Oxford University Press, 2001.
- LENAERTS, K. “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 38, 1990.
- NYE, JOSEPH. *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, New York, 2004.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (ed.). *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014.
- TARLTON, CH. D. “Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation”, en *The Journal of Politics*, vol. 27, n.º 4 (noviembre 1965, p. 874).
- Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dell'autonomia regionale*, *Rivista di Diritto Pubblico*, Roma, 1933.

VALADÉS, D. “Consideraciones preliminares”, en D. VALADÉS y JOSÉ M^a SERNA DE LA GARZA, *Federalismo y regionalismo*, UNAM- Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, México, 2005.

VIDAL PERDOMO, J. *La región en la organización territorial del Estado*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2001.

VILLAR BORDA, L. *Democracia municipal: autonomía, planificación y desarrollo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

WATTS, R. *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI*

*O federalismo brasileiro e alguns de seus dilemas:
cooperação e competição como problemas
tradicionais do constitucionalismo brasileiro*

SUMÁRIO

I. Introdução II. Concepções federalistas em período anterior à criação do Estado independente brasileiro. III. A Independência e o Império brasileiro – fase embrionária do federalismo. IV. República e Federalismo nos seus albores (1889-1930) V. Getúlio Vargas, a fase de transição constitucional e o Estado Novo VI. Redemocratização e a volta dos militares ao poder federal (1945-1988) VII. A Constituinte de 1987-1988 e a nova Constituição de 1988: promessas e resultados no plano federativo em matéria de solidariedade VIII. Síntese conclusiva.

I. INTRODUÇÃO

O surgimento de elementos federalistas no Brasil se dá concomitantemente à própria formação do Estado brasileiro.

Isso não significa que as ideias federalistas já não estivessem presentes em movimentos políticos que, antes da Independência, já se mostravam conhecedores e difusores das contemporâneas construções temáticas federalistas, especialmente, norte-americanas.

Todavia, como veremos, a declaração de independência e a formação de um estado unitário e monárquico, apesar de alguns desvios desse período longo (1822-1889), suspendeu a decisão pela opção federal, mas não os intentos federalistas, como veremos.

O presente artigo tem a intenção de apresentar, ainda que parcialmente, a evolução do tema no Brasil e apresentar, os problemas do modelo instaurado em 1988, com a nossa última Constituição, limitando-me a apontar elementos de assimetria financeira e ausência de cooperação entre os entes como um problema histórico da federação brasileira.

Em função do momento e do evento em se o discutirá, pretende muito mais dar uma visão panorâmica dos temas enfrentados, dado que a natureza do Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional é de circulação de ideias para atores de diversos países. Com isso e não se pretende limitar o debate aos participantes brasileiros presentes.

* Professor da Faculdade de Direito e Coordenador do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - Autarquia Municipal. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP, com estudos pós-doutorais no Instituto de Direito Parlamentar da Universidade Complutense de Madrid (2013-2014). Presidente da Coordenação do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Como se verá, no Brasil há certa confusão, entre federalismo e descentralização, terminando por ser corrente a máxima de que “mais federalismo significa mais descentralização”, bastante controversa, a meu sentir.

Estrategicamente, não farei uso de referências de direito comparado e internacional, o que para mim, estipula uma mudança metodológica na trajetória que tenho desenhado nos últimos anos, dando força ao intercâmbio entre o direito doméstico, comparado e internacional como meio de alcance de um diálogo mais produtivo e interessante no plano doutrinário, jurisprudencial e normativo.

Essa forma de expressar minhas ideias se dará, prevalentemente, pelo perfil do Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional e pela necessidade de trocas de percepções, experiências e ideias.

II. CONCEPÇÕES FEDERALISTAS EM PERÍODO ANTERIOR À CRIAÇÃO DO ESTADO INDEPENDENTE BRASILEIRO

As lutas contra a Coroa Portuguesa, antes da Declaração de Independência, foram bastante variadas, no que se refere aos objetivos que se ocuparam os movimentos insurgentes, mas unívocos quanto à necessidade de mais poderes e competências, por consequência, aos que estavam nessa parte do território português ultramarino no continente americano.

As ideias norte-americanas estavam presentes, em 1789, nos inconformes mineiros, que se espelhavam nos norte-americanos com intuito não somente de desfazer as relações com a monarquia, mas, também, produzir descentralização política e administrativa¹. Também na Revolução Pernambucana de 1817 tais ideias estavam presentes.

Aliás, em que pese os esforços da Metrópole em produzir centralização na Colônia brasileira, a realidade era bastante diferente. Em função de um pluralismo normativo pouco racional, da pouca estrutura administrativa portuguesa, e, talvez, da estratégia da Coroa de não permitir que qualquer autoridade se tornasse demasiadamente poderosa do outro lado do Oceano Atlântico, havia uma pluralidade de centros de poder que impressionava².

Inclusive o vice-rei, sediado, não tinha seu poder distribuído por todo o território, limitando-se a pouco mais que o Rio de Janeiro, estando a maioria das capitanias a responder a Portugal e não a ele, autoridade indicada pelo próprio Rei.

1 Nesse sentido, EMILIA VIOTTI DA COSTA recorda que Tiradentes fora acusado de tentar traduzir coleção de leis norte-americanas. Conforme EMILIA VIOTTI DA COSTA. *Da Monarquia à República*, São Paulo, Editora UNESP, 9ª. Edição, 2010, p. 28.

2 JOSÉ MURILO DE CARVALHO, *Pontos de Bordados – escritos de história e de política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2005, p. 158.

Resultado dessa pouca centralização é que, logo antes da Declaração de Independência, o poder da Metrópole era fraco e dependia, para sua efetividade, de acordos com particulares e, para isso, se usava de descentralização política e administrativa; a coesão entre as províncias era débil e o vice-rei uma autoridade enfraquecida³.

III. A INDEPENDÊNCIA E O IMPÉRIO BRASILEIRO – FASE EMBRIONÁRIA DO FEDERALISMO

A autonomia adquirida, com custos altíssimos, pelo Brasil, relegou a realidade pós independência a um apanhado de problemas de difícil solução. Dentre eles, a necessidade de fazer expandir, por um vasto território, o poder do Rei (ou Imperador).

A realização da Assembleia Constituinte, em 1823, estava cercada de grandes expectativas. Dentre elas, por óbvio, a distribuição política e administrativa do poder por todo o território.

A preocupação pela coesão já estava patente no Decreto de instauração da Constituinte, em junho de 1823 e, no de dissolução, essa questão vem veiculada claramente, pois, em 12 de novembro daquele mesmo ano, a violação à “integridade do Império” está entre as razões para aquele ato de fechamento do congresso do povo que elaboraria a Constituição⁴.

Resultado desse debate é a outorga de uma Constituição em que um modelo unitário de estado está entre os principais temas trazidos para o seu texto. Isso porque a doutrina conservadora do período via no federalismo uma fórmula habilitante à fragmentação e não à coesão do território. Essa era a posição de José Bonifácio de Andrada, o personagem mais influente naquele período, mas, que, em 1823, com a dissolução, se indispõe como o Imperador. Mas se mantinha fiel à monarquia para manter o elo entre os brasileiros

Na Constituinte, algumas vozes de tendência federalista tiveram seu espaço, tal o caso de Antonio Ferreira França, cuja biografia, e dos seus familiares, é marcada pela luta pelo federalismo no plano nacional⁵. Isso não significou grandes avanços quanto ao tema quando da outorga da constituição, frise-se.

A reação “federalista”, no plano formal, viria em 1834, com o Ato Adicional (Lei 16/1834), que institui severas mudanças na estrutura do Estado unitário brasileiro. Dá poder para que as Assembleias Provinciais, que têm seus membros escolhidos no âmbito provincial e legislam sobre matérias variada e tivessem, inclusive, competências tributárias e melhor distribuição das rendas do estado central.

3 Ob. cit., p. 159.

4 Decreto de 12 de novembro de 1823.

5 VINÍCIUS MASCARENHAS DE OLIVEIRA. *Federalistas na Bahia: Trajetórias, Idéias, Sociedades e Movimentos (1831-1838)*, dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2004, 11 e seguintes.

Durante o período “federalista”, permitiu-se que as províncias legislassem sobre “a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem (prejudicassem) as imposições gerais do Estado” (art. 10, §5º.), tendo sido o tema regulamentado pela Lei no. 99, de 31 de outubro de 1835. Tratava-se do primeiro arranjo fiscal entre os “entes” estatais, obviamente tendente ao centralismo, mas funcionou como o primeiro eco de descentralização no modelo de estado brasileiro.

Mas duraria pouco, pois, já em 1937, há um retorno centralizador, com a supressão de poder das assembleias provinciais, e com a criação da justiça e polícia ligadas ao poder central. Logo depois, com a Lei de Interpretação, em 1840 (Lei 105/1840), provocar-se-ia um retorno centralizador que duraria até o final do Império. Ainda que não se possa falar, tecnicamente, em federação, pode-se dizer que se está a notar um embrião da perspectiva federal no Brasil que tomou, brasileiros em diversas das revoltas do período, como a Cabanada, Revolução Praieira, Farrapos, etc.

Aliás, foi a falta de percepção dos “donos do poder” no período imperial que levaram à dissolução do império, pois a constituição estaria adaptada a permitir uma transformação descentralizadora em direção a um estado monárquico federal⁶, tendo, inclusive, em 1885, Joaquim Nabuco apresentado projeto que fomentaria tal objetivo.

A proclamação da República, a 15 de novembro de 1889, na verdade, era também um grito pela Federação e pela inspiração norte-americana que tomava conta da elite liberal brasileira e ganhava força com o passar do tempo no decorrer daquele século XIX⁷. Isso fica claro desde o ato no. 1, daquela data, expedido pelo Governo Provisório.

IV. REPÚBLICA E FEDERALISMO NOS SEUS ALBORES (1889-1930)

Logo no Decreto no. 1/1889, é instituída a República Federativa. O primeiro período, Primeira República, aparece como um modelo político em que as oligarquias regionais ascendem também a forças prestigiadas no cenário nacional. Trata-se do que se denomina “Política dos Governadores”, em que o poder de tais oligarquias, a dominar a política nos estados, tem ascendência sobre as decisões a serem tomadas no plano federal.

A Constituição de 1891 foi o documento constitucional mais descentralizador que se conheceu no Brasil. O tema da federação, a partir, principalmente, das lições

6 AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1957, p. 243.

7 Ob. cit., p. 250.

de Amaro Cavalcanti, colocou nas mãos dos Estados, e não da União Federal, matérias de importância central. O modelo norte-americano, de competências expressas para a União Federal e remanescentes para os Estados e a dependência política do Governo Federal dos acordos políticos com as oligarquias estaduais teve, naquele período, o condão de fortalecer sobremaneira as elites regionais.

O Despotismo do poder privado, tão criticado por Uruguai no Império, ganhou, no Coronelismo, seu melhor exemplo e teve em Campos Sales seu veiculador ou ao menos o primeiro presidente a reconhecer expressamente esse tema. Tratava-se de unicamente reconhecer uma realidade posta: o poder dos estados, pois ao presidente da República ou restava compor com essas forças regionais ou declarar guerra a elas⁸, o que tornaria instáveis seus governos.

No plano constitucional, cada Estado provê suas necessidades, intervindo a União em caso de calamidade. As receitas advindas dos tributos de exportação seriam revertidas aos Estados. As de importação (art 12 da CF 81) á União Federal. Todavia, em que pese o reforço das rendas estaduais, a União ficou reponsável tanto com a dívida pública interna quanto externa⁹.

O reforço do poderio político dos Estados, ainda, pode ser demonstrando com a organização de forças armadas estaduais e se verifica em todo território nacional uma politização da nomeação e remoção de juizes.

Mas interessa referir que as constituições estaduais, discricionariamente, davam amplo poder aos municípios de ordem administrativa e financeira, o que demonstrava a importância das elites locais.

O Supremo Tribunal Federal, naquele período, tem importantes funções de defender o federalismo¹⁰, tendo proferido importantes decisões como: a) a declaração de inconstitucionalidade de tributos de exportação dentro do território nacionais e facilitando a circulação de mercadorias e dividas, tendo isso sido reconhecido pela Lei 1185/1904 dá razão à jurisprudência do STF. Também vale apontar o Habeas Corpus 1195(1899), em que o tribunal se declara que competente para julgar o procedimento do *impeachment* de governador de Estado pelas Assembleias Legislativas; o HC 1622(1901), que declara ilícitos os atos constrangedores da liberdade de familiares do Senador Ponce, em Mato Grosso, que firmou jurisprudência de que atos estaduais também são passíveis de controle em matéria de direitos individuais e o HC 1501(1901), que entendeu que um deputado estadual que detém imunidade em seu Estado a carrega para outro¹¹ quando nesse se encontra.

8 VITOR NUNES LEAL. *Coronelismo, Enxada e Voto*, Rio de Janeiro, 1948, p. 80.

9 AMARO CAVALCANTI. *Regimen Federativo e Republica Brasileira*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900, p. 322.

10 Em sua obra, de 4 volumes sobre a história do STF, LEDA BOECHAT designa de seu Tomo II, que trata da análise da jurisprudência da Corte entre 1899-1901, de Defesa do Federalismo.

11 LEDA BOECHAT RODRIGUES. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo II, Editora Civilização Brasileira, 2ª ed., 1991, pp. 99-106.

V. GETÚLIO VARGAS, A FASE DE TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ESTADO NOVO

O interregno de ausência de uma Constituição, que se inicia com a chegada de Getúlio Vargas ao Governo Federal e a promulgação da Constituição de 1934, foi permeada por insatisfações regionais, tendo seu ápice ocorrido com a Revolução Constitucionalista de 1932, quando os paulistas lutaram contra o Governo Federal com o intuito de uma nova Constituição descentralizadora.

Porém, o resultado não foi o esperado pelas forças descentralizadoras. A Constituição, apesar de apresentar as primeiras normas características de um Estado Social (um capítulo com deveres estatais ligados à Ordem Econômica e Social), recrudescer a centralização, aumentando os poderes centrais e também as matérias de competências da União Federal. Por outro lado, reconheceu a autonomia municipal, com tributos inclusive de competência dos entes locais, bem como concedeu ao Distrito Federal a prerrogativa de eleger o seu governador pelo voto direto.

A União Federal passou a tributar a renda, excetuando aquela sobre imóveis. Os Estados detinham competência para criar impostos sobre combustíveis, que, com a Constituição de 1946, passa para o rol federal de competências tributárias¹².

Evoluiu ao incluir os Municípios na partilha tributária, fator positivo na transformação de nosso constitucionalismo até então dual, especialmente na divisão das receitas entre Estados e União Federal, que excluía os Municípios de tal repartição. Além disso, trouxe normas de cooperação financeira¹³.

Mas o projeto centralizador ganha importância com a outorga da Constituição de 1937, em que é possível cogitar, inclusive, da suspensão da cláusula federativa, tendo em vista que no período entre 1937 e 1945, foi decretada intervenção federal em todos os estados, tendo o presidente da República nomeado interventores que, por sua vez, repetiam o processo nos municípios.

VI. REDEMOCRATIZAÇÃO E A VOLTA DOS MILITARES AO PODER FEDERAL (1945-1988)

Numa experiência pendular, com a redemocratização, em 1945, deu-se, na ordem federativa o retorno das autonomias estaduais e o conseqüente aumento das competências municipais.

O Imposto de vendas e consignação, que no início da Década de 1940 já correspondia a 30% da receita dos estados alcança 40% com a nova Constituição. Já

12 AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO. *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 94.

13 JOSÉ AFONSO DA SILVA. *O Constitucionalismo Brasileiro*, São Paulo, Editora Malheiros, 2011, p. 309.

o tributo sobre exportações, antes tão importante, dada a transformação da economia, alcançava 4% do total das receitas dos entes regionais. Os Municípios, com a Constituição de 1946, passaram a deter também dois novos impostos: sobre o selo municipal e sobre as indústrias e profissões¹⁴.

O pêndulo voltou ao centro com a ordem autoritária instaurada com o Golpe Militar de 1964. No plano constitucional, a Constituição de 1967, alterada pela Emenda no. 1 de 1969, provocou nova onda de centralização, com a consequente ampliação das competências da União e redução dos Estados e Municípios e a implantação de um “federalismo cooperativo” de índole autoritária.

Em 1965, com a Emenda 18, estruturou-se um sistema tributário centralizado cujas bases remanescem até os dias de hoje, em que um rol alargado de competências tributárias é trazido para o texto constitucional a ponto de não gerar dúvidas o avanço financeiro do poderio da União Federal.

Com a Emenda 7/1977, provocou-se novo arranjo no plano político, com a diminuição do quórum para emenda (2/3 para maioria absoluta de cada uma das casas), a possibilidade de nomeação de senadores nomeados pelas assembleias legislativas e o aumento da representação dos Estados menores na Câmara, pois eram esses que davam maior apoio político aos militares.

VII. A CONSTITUINTE DE 1987-1988 E A NOVA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PROMESSAS E RESULTADOS NO PLANO FEDERATIVO EM MATÉRIA DE SOLIDARIEDADE

O pacto formulado para a elaboração e promulgação da Constituição ressaltou, no plano textual, fórmulas de cooperação entre os entes regionais com o intuito de diminuir as assimetrias federativas a concretizar o princípio da solidariedade no plano institucional¹⁵.

Esse tema fica claro em diversas passagens do texto constitucional.

A primeira delas diz respeito ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito que, no plano federativo, está veiculado logo na abertura do texto constitucional. Isso porque não somente a fórmula do Estado Democrático de Direito está exposta no seu artigo 1º, como no 3º, com a cláusula do Estado Social. Nesse sentido, cabe ao Estado brasileiro, com o auxílio da cidadania, por óbvio, não somente “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, mas também “erradicar a

14 RICARDO VARSANO. A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas - Texto para discussão, IPEA, Rio de Janeiro, 1996, p. 4.

15 Interessa afirmar, especialmente para os leitores estrangeiros, que, apesar da mudança prometida, os estados, historicamente, aprovam constituições que acabam por copiar o texto constitucional federal, numa demonstração de certa submissão, cf. CELINA SOUZA. *Federalismo, Desenho Constitucional e Instituições Federativas no Brasil Pós-1988*, Revista de Sociologia Política, n.º 24, Curitiba.

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais'. Significa isso dizer que a Constituição reconhece as assimetrias federativas e as dispõe como marcas a serem superadas pela ação estatal em coordenação com a cidadania.

O processo de redemocratização abriu as portas para um federalismo cooperativo¹⁶ e as cláusulas de redução das desigualdades têm um papel importante nesse quadrante histórico.

Significa dizer que o princípio da solidariedade entre os entes está exposto na Constituição e reproduzido em diversas de suas passagens, como se verá.

Mas há duas promessas que precisam ser vistas como não concretizadas, especialmente as ligadas à solidariedade e à redução das desigualdades.

A primeira, diz respeito à necessidade de maior aproximação competencial entre os entes da Federação. Ela está exposta no parágrafo único do artigo 23, quando, ao se referir às competências comuns dos entes da Federação, aposta na necessidade de que "leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Nessas atividades de cooperação, os entes devem atuar conjuntamente, e não de forma isolada. São competências comuns para as quais todos os entes devem executar parcela do todo como meio de atingir os resultados previstos no artigo 3º.

O Congresso Nacional, verificando a necessidade de que a cooperação seja formalizada mediante decisão sua, deve elaborar leis federais que exigem quórum aumentado para estabelecer fórmulas de cooperação entre os entes (leis complementares).

Tais leis não podem amesquinhar as competências dos entes federados, ainda que ausentes os meios para a realização dos fins planejados e não podem, por óbvio, avançar sobre competências que não são da União Federal. Ademais, não devem servir para dar preponderância de um ente sobre outro, mas, sim, para estipular papéis definidos constitucionalmente de modo mais efetivo com a solidariedade entre eles para o atingimento de um fim que lhes é outorgado em concomitância.

Até a presente data, é dizer, passados 27 anos da promulgação da Constituição, somente uma Lei Complementar foi editada com fundamento no referido artigo, que trata de matéria ambiental (Lei Complementar 140/2001), o que demonstra a fraqueza de espírito cooperativo derivada de decisão do Congresso Nacional. Claro que não se nega a existência de outros mecanismos, com a distribuição de rendas entre os entes (Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios, por exemplo), ou a criação de sistemas cooperativos de gestão de

16 GILBERTO BERCOVICI, *Dilemas do Estado federal brasileiro*, Porto Alegre, Editora Liv. do Advogado, 2004, pp. 23-24.

serviços (como o Sistema Único de Saúde). Mas salta aos olhos a falta de decisões que concretizem tal espírito claramente presente na Constituição Federal.

Outra questão importante de ser veiculada é o aprofundamento da assimetria financeira entre os entes da federação. A autonomia financeira dos entes federativos é uma característica relevante do Estado Federal¹⁷ e sem ela as assimetrias se revelam mais presentes e a reduzir o poder decisório nos planos políticos e administrativo por parte dos entes federados.

Esse tema diz respeito ao federalismo fiscal e tem por objetivo analisar os mecanismos de repartição de receitas entre os entes da federação. Nesse sentido, não significa a meu ver uma simples conjugação entre mais descentralização, mais federalismo, como sói ouvir-se corriqueiramente entre os fomentadores dos poderes periféricos em uma federação. Aliás, os expedientes de descentralização financeira são, inclusive, utilizados, corriqueiramente, em estados ditos unitários¹⁸.

No plano temporal, podemos dizer que a repartição de competências é um problema estrutural conhecido da Federação brasileiro e é fonte de aumento do poder de entes em detrimento de outros.

Sabe-se que em 1983, a União Federal ficava com 70% da receita pública disponível. Logo depois passou a ceder aos Estados e Municípios, parte dessa receita como forma de diminuição de assimetrias. No início dos anos 1990, municípios e estados detinham 45% de participação na receita pública disponível. Os municípios saltaram de 8,6%, no começo dos anos 1980, para 15,8%, em 1.993¹⁹. A partir daí, com a justificativa de que deveria sustentar superávits cada vez mais sensíveis, a União Federal passou a se utilizar, preponderantemente, da criação de Contribuições Sociais (que quase na sua totalidade não têm sua receita distribuída com os demais entes) como meio de melhora de sua projeção de poder financeiro. Em 2005, a União Federal já detinha 70% do todo²⁰. Ou seja, no período estudado, verifica-se um movimento pendular centralização-descentralização-centralização claramente apontável, que reforça a fórmula centralizadora e pouco solidária da Federação brasileira.

17 ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 87.

18 No mesmo sentido, HELENO TAVEIRA TORRES. *Direito Constitucional Financeiro – Teoria da Constituição Financeira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 255.

19 MARCELO FIGUEIREDO. Federalismo x Centralização. A Eterna Busca do Equilíbrio – A Tendência Mundial de Concentração de Poderes na União. A Questão dos Governos Locais em MONICA CAGGIANO e NINA RANIERI. *As Fronteiras do Federalismo*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2008, p. 134.

20 JOSÉ RAIMUNDO BAGANHA TEIXEIRA. *O Atual Desequilíbrio no Sistema de Repartição de Receitas Tributárias – Estudo/Maio 2005*, Câmara dos Deputados, 2005, p. 5.

VIII. SÍNTESE CONCLUSIVA

Como afirmei mais acima, a intenção do presente texto é bastante humilde. Quer mostrar o modelo centralizado da federação brasileira a partir de uma análise histórico-evolutiva.

Esse processo, ainda que a ser permeado por mecanismos cooperativos, está longe de poder ser tido como uma fórmula que acabou por transformar profundamente a federação brasileira.

O pêndulo direcionado à União Federal é a marca dessa construção histórica brasileira e quer servir como meio de um conseqüente apoderamento por parte daquele ente federativo em detrimento dos demais. No plano fiscal, essa realidade vem se aprofundando.

Ainda que se perceba, historicamente, um processo de autonomização dos municípios, isso se deu em detrimento, principalmente, do enfraquecimento dos entes regionais, os estados, que passaram a deter competências mais reduzidas.

Significa isso que a federação brasileira, imperfeita, é um molde a ser trabalhado de forma a torna-la mais justa e igualitária.

BIBLIOGRAFIA

- BAGANHA TEIXEIRA, JOSÉ RAIMUNDO. *O Atual Desequilíbrio no Sistema de Repartição de Receitas Tributárias* – Estudo/Maio 2005, Câmara dos Deputados, 2005.
- BERCOVICI, GILBERTO. *Dilemas do Estado federal brasileiro*, Porto Alegre, Editora Liv. do Advogado, 2004.
- BOECHAT RODRIGUES, LEDA. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo II, Editora Civilização Brasileira, 2ª ed., 1991.
- CAVALCANTI, AMARO. *Regimen Federativo e Republica Brasileira*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900.
- DA SILVA, JOSÉ AFONSO. *O Constitucionalismo Brasileiro*, São Paulo, Editora Malheiros, 2011.
- DE CARVALHO, JOSÉ MURILO. *Pontos de Bordados – escritos de história e de política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2005.
- DE MELO FRANCO, AFONSO ARINOS. *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- DE MELO FRANCO, AFONSO ARINOS. *Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1957, 243.

- FIGUEIREDO, MARCELO. *Federalismo x Centralização. A Eterna Busca do Equilíbrio – A Tendência Mundial de Concentração de Poderes na União. A Questão dos Governos Locais em* Monica Caggiano e Nina Ranieri. *As Fronteiras do Federalismo*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2008, 145-167.
- LEWANDOWSKI, ENRIQUE RICARDO. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 87.
- MASCARENHAS DE OLIVEIRA, VINÍCIUS. *Federalistas na Bahia: Trajetórias, Idéias, Sociedades e Movimentos (1831-1838)*, dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2004.
- NUNES LEAL, VITOR. *Coronelismo, Enxada e Voto*, Rio de Janeiro, 1948.
- SOUZA, CELINA. “Federalismo, Desenho Constitucional e Instituições Federativas no Brasil Pós-1988”, em *Revista de Sociologia Política*, n.º 24, Curitiba.
- TAVEIRA TORRES, HELENO. “Direito Constitucional Financeiro – Teoria da Constituição Financeira”, em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2014.
- VARSANO, RICARDO. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas* - Texto para discussão, IPEA, Rio de Janeiro, 1996
- VIOTTI, EMILIA. *Da Costa recorda que Tiradentes fora acusado de tentar traduzir coleção de leis norte-americanas*. Conforme Emilia Viotti da Costa. *Da Monarquia à República*, São Paulo, Editoria UNESP, 9ª. Edição, 2010.

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA*

*Tendencias de cambio constitucional
en materia de federalismo en México*

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco conceptual: las dos lógicas de los sistemas federales. III. Clasificación de las reformas. IV. Identificación de tendencias. V. Relaciones de colaboración y órganos de la administración pública. 1. Coordinación en el ejercicio de Facultades exclusivas. 2. Coordinación como título competencial formal o procedimental. 3. Régimen de Cooperación. 4. Sistemas Nacionales. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN^I

La presente comunicación tiene el objetivo general de identificar tendencias de cambio constitucional en el tema de federalismo, en el contexto del sistema multipartidista y de ‘gobiernos divididos’² que se ha venido consolidando en México desde la última década del siglo XX. De manera específica, el trabajo se propone describir y explicar lo que hemos llamado las ‘lógicas’ de evolución y funcionamiento de un sistema federal (lógica de descentralización y lógica de integración), así como las técnicas jurídicas empleadas para organizar una y otra.

Con base en un marco conceptual que abarca ‘lógicas’ y ‘técnicas’, se hace una clasificación de las reformas constitucionales en materia de federalismo ocurridas entre 1997 y 2014, lo cual nos lleva a una tipología que permite ver las tendencias de cambio en esta materia.

II. MARCO CONCEPTUAL: LAS DOS LÓGICAS DE LOS SISTEMAS FEDERALES

En todo sistema federal existen dos lógicas, una de descentralización y otra de integración. La primera nos lleva a la idea de reparto o devolución de facultades y atribuciones entre los órdenes de gobierno del arreglo federal; la segunda nos dirige al terreno de la colaboración y coordinación entre esos mismos órdenes. A su vez, cada una de esas lógicas tiene una expresión normativa a través de diversas técnicas jurídicas que suele encontrarse en las constituciones de los Estados federales.

* Maestro y Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Essex (Inglaterra); Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 La presente comunicación se basa parcialmente en mi trabajo SERNA, J.M., Las reformas al federalismo mexicano. En M. A. CASAR, e I. MARVAN, eds., *Reformar sin mayorías, la dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014.

2 Por “gobierno dividido” se entiende la circunstancia en la cual el presidente de la República no cuenta con una mayoría que le apoye en las cámaras de la legislatura federal.

Por ejemplo, la lógica de descentralización suele configurarse normativamente a través de una fórmula de distribución de competencias, o bien a través de fórmulas para descentralizar competencias. En el caso mexicano, la primera se encuentra en el artículo 124 de nuestra norma fundamental, mientras que las segundas pueden encontrarse en las normas que se refieren a convenios que permiten la transferencia de facultades de unos órdenes de gobierno a otros³.

Por su parte, la lógica de integración tiene sus propias técnicas. Por ejemplo, en el Derecho comparado suele aparecer de manera clara el principio constitucional de colaboración como el eje que permite asegurar la cohesión en los Estados compuestos⁴, con sistemas de relaciones intergubernamentales crecientemente complejos.

En efecto, en los Estados compuestos más sofisticados existentes en la actualidad, es posible encontrar junto al esencial principio de autonomía (de las entidades federativas, comunidades o provincias), otro principio que en lugar de dar pie a la descentralización, persigue la integración. Dicho principio es el de colaboración, que en los distintos Estados recibe nombres diferentes⁵.

Cabe señalar que no existe en México ni por mención expresa en la Constitución, ni por creación jurisprudencial, un principio constitucional de colaboración, como es el caso en otros países. Sin embargo, en nuestro país contamos con regímenes de coordinación de facultades exclusivas (por ejemplo, en el tema de seguridad pública); la Constitución prevé también regímenes de facultades compartidas (en materias como protección del medio ambiente, educación y salud); regímenes de cooperación (ejemplo, en materia de asentamientos humanos, caso típico es el del manejo de las conurbaciones de zonas metropolitanas). Asimismo, también tenemos regímenes que crean sistemas nacionales que articulan órganos y crean foros o espacios de encuentro entre órganos (por ejemplo, en materia de comisiones de derechos humanos o en información, geografía y estadística); regímenes que

3 Artículo 116.VII de la Constitución: “VII. La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de estos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.

Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus municipios, a efecto de que estos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior.”

4 Cabe aclarar que empleamos el término de “Estado compuesto” para referirnos a las distintas versiones de formas de organización estatal descentralizadas, como lo puede ser el Estado federal, el Estado de las autonomías y el Estado regional. De esta manera, caben dentro del referido término Estados como Canadá, Estados Unidos de América y México (formal y nominalmente federales), pero también España (‘Estado de las Autonomías’ o ‘Estado autonómico’) y también Italia (Estado regional).

5 Este principio existe en varios países, ya sea por referencia expresa en el texto constitucional o por interpretación del juez constitucional. De esta manera, las Constituciones de Bélgica (art. 143) y Suiza (arts. 44 y 45) han establecido dicho principio; mientras que en Alemania, EUA y España es producto de la interpretación del juez constitucional. En Alemania, le llaman *Bundestreue* (o principio de fidelidad federal), en los EUA se le conoce con el nombre de “federal comity”, y en España le denominan principio de colaboración.

establecen normas o estándares mínimos (como es el caso de la materia de acceso a la información pública y del nuevo modelo de justicia penal).

Por último, el grado máximo de “integración jurídica”, en el marco de un sistema federal, consiste en la federalización⁶ de una materia como en su momento ocurrió, por poner un ejemplo, con la materia laboral, que hasta antes de 1929 correspondía regular a las entidades federativas.

Habiendo elaborado el anterior marco conceptual, podemos preguntarnos: ¿qué lógica han seguido las reformas constitucionales en materia de federalismo entre 1997 y 2014?; ¿qué técnicas de organización jurídica han establecido?

III. CLASIFICACIÓN DE LAS REFORMAS

Ahora bien, las reformas constitucionales en materia de federalismo ocurridas entre 1997 y 2014 se pueden agrupar en las siguientes categorías:

1. Establecimiento de un régimen de bases de coordinación

A. Facultad del Congreso de la Unión para aprobar leyes que establezcan bases de coordinación en la materia de protección civil (art. 73-XXIX-I).

B. Facultad del Congreso para aprobar leyes que establezcan bases de coordinación en la materia de deporte (art. 73-XXIX-J).

C. Facultad del Congreso de la Unión para aprobar leyes que establezcan bases de coordinación en materia de cultura (art. 73-XXIX-Ñ).

2. Establecimiento de un régimen de facultades compartidas⁷

A. Facultad del Congreso de la Unión para aprobar leyes que establezcan la concurrencia en materia de pesca y acuacultura (art. 73-XXIX-L).

B. Facultad del Congreso de la Unión para aprobar leyes que establezcan los supuestos en los que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales (art. 73-XXI, párr. 3).

C. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia en materia de cultura física y deporte (art. XXIX-J)⁸.

6 En la presente comunicación, entendemos por “federalizar” una materia la acción de convertirla en objeto de regulación exclusiva por parte de la federación, a través de una ley expedida por el Congreso de la Unión. Estamos conscientes de que esta concepción va en contra de un entendimiento más bien coloquial de dicho término, que consiste exactamente en lo contrario: trasladar una materia del ámbito federal al de las entidades federativas.

7 En México llamamos “facultades concurrentes” a lo que en otras latitudes entienden por “facultades compartidas”.

8 Reforma publicada en el DOF el 12 de octubre de 2011. Cambió la redacción anterior, que otorgaba la facultad para que el Congreso de la Unión expidiera una ley que estableciera un régimen de bases de coordinación de las facultades concurrentes en materia de deporte.

D. Concurrencia en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 73-XXIX-P).

E. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes generales que distribuyan competencias entre la federación y las entidades federativas en materia de partidos políticos, organismos electorales y procesos electorales, conforme a las bases previstas en la propia Constitución⁹.

3. Establecimiento de un régimen híbrido (facultades compartidas y coordinación)

A. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de deporte que establezcan las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes en esa materia (art. 73-XXIX-J).

B. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de turismo que establezcan las bases generales de coordinación de las facultades concurrentes en esa materia (art. 73-XXIX-K).

C. Para expedir leyes generales en materia de secuestro que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la federación, el D.F., los Estados y los Municipios (art. 73-XXI, párr. 1).

D. Para expedir leyes generales en materia de trata de personas que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la federación, el D.F., los Estados y los Municipios (art. 73-XXI, párr. 1).

4. Creación de un Sistema Nacional en alguna materia

A. Deber del Congreso de la Unión y las legislaturas estatales de crear organismos de defensa de derechos humanos. Y facultad de la CNDH de conocer de las inconformidades en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de las entidades federativas (art. 102-B).

B. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de información estadística y geográfica de interés nacional y así crear un Sistema Nacional de Información Estadística y Geografía (arts. 73, XXIX-D y 26-B).

5. Establecimiento de estándares o mínimos nacionales

A. Establecimiento de principios y bases en materia de acceso a la información, que deben seguir federación, Estados y D.F. (art. 6, párr. 2).

9 Vinculada a esta reforma está la que transformó al Instituto Federal Electoral (IFE) en Instituto Nacional Electoral (INE), cuya esencia consiste en la absorción por parte del ahora INE de funciones que antes estaban en manos de los organismos electorales de las entidades federativas (art. 41 constitucional).

B. Facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y la presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial, para la Federación, los Estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, a fin de garantizar su armonización a nivel nacional (art. 73-XXVIII).

C. Establecimiento de un nuevo modelo de justicia penal, uniforme, en todos los niveles (arts. 16, 17, 19, 20, 21, 22, 73-XXI y XXII, 115-VII y 123-B-XIII).

D. Establecimiento de bases uniformes para la determinación de las remuneraciones de los servidores públicos, a que deben sujetarse en los presupuestos que aprueben las legislaturas federal, estatales y del D.F. (arts. 115-IV-c), 116-II, 122 Base primera .b) y 127).

E. Establecimiento de bases uniformes sobre campañas electorales federales, estatales y del D.F. sobre: duración de campañas, precampañas, propaganda gubernamental, entre otras (arts. 41, 116, 122 Base Primera v, f) y 134).

F. Facultad del Congreso de la Unión para expedir la ley general que armonice y homologue la organización y funcionamiento de los registros públicos inmobiliarios y de las personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales (art. 73-XXIX-R).

G. Establecimiento de principios y bases comunes que Federación, Estados y Municipios deben seguir en sus normas relativas al ejercicio del derecho de acceso a la información pública (art. 6, párrafo cuarto, inciso A, fracción I)¹⁰.

6. Federalización de alguna materia

A. Facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre vestigios y restos fósiles (art. 73-XXV).

B. Facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de datos personales en posesión de particulares (art. 73-XXIX-0).

C. Facultad de autoridades federales para conocer de delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos contra periodistas (art. 73-XXI, párr. 2).

D. Facultad del Congreso de la Unión para aprobar legislación única en materia procedimental penal y de medios alternativos de solución de controversias y ejecución de penas (art. 73-XXI).

10 Vinculada a esta reforma está la adición de un nuevo párrafo al artículo 73 constitucional (XXIX-s), que faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales en todos los niveles de gobierno. Y otro párrafo más (el XXIX-t), que faculta al Congreso para expedir la ley general que establezca la organización y administración homogénea de los archivos en los órdenes federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, que determine las bases de organización y funcionamiento del sistema nacional de archivos.

7. Creación de mecanismos de resolución de conflictos entre Estados

A. Creación de procedimiento para resolver conflictos de límites entre Estados y D.F. (arts. 46, 73-IV y 76-X y XI).

B. Nuevo procedimiento para resolver conflictos de límites entre entidades federativas (arts. 46, 76 y 105)

8. Fortalecimiento municipal

A. Con la reforma se reconoció al municipio como ámbito de gobierno¹¹; se hicieron varias precisiones sobre el alcance de la autonomía jurídica y sobre las leyes estatales relativas a cuestiones municipales¹²; se establecieron reglas más flexibles para la asociación de municipios¹³; se adicionaron otros servicios y funciones públicas que son de competencia exclusiva de los ayuntamientos¹⁴, y se reformularon las reglas sobre la intervención de los ayuntamientos en el desarrollo urbano, ecología y planeación regional (art. 115).

9. Mandatos y habilitaciones para los tres niveles de gobierno

A. Deber de Federación, Estados y D.F. de establecer un sistema integral de justicia para menores (art. 18, párrs. 4 y 5).

B. Establecimiento de la participación de Federación, entidades federativas y municipios en relación con el derecho de acceso, disposición y saneamiento del agua (art. 4, párr. 6).

11 Antes de la reforma de 1999, el texto del 115 establecía que los municipios serían “administrados” por un ayuntamiento; con la reforma referida, se estableció que los municipios serán “gobernados” por un ayuntamiento.

12 La reforma de 1999 añadió el siguiente párrafo a la fracción II del artículo 115 constitucional: “Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal”. Y después, en cinco incisos, estableció cinco bases que definen el objeto de las leyes que en materia municipal deben expedir las legislaturas de las entidades federativas.

13 La reforma de 1983 simplemente había establecido que los municipios de un mismo Estado, previo acuerdo de sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, podrían coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos que les correspondan. Por su parte, la reforma de 1999 al 115 estableció en este aspecto que “Los municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más Estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Asimismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio municipio”.

14 Tratamiento y disposición de aguas residuales; recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; equipamiento de calles, parques y jardines, y policía preventiva municipal.

IV. IDENTIFICACIÓN DE TENDENCIAS

Sin lugar a dudas, la lógica predominante de las reformas constitucionales en materia de federalismo es la de integración. Como se puede ver en la Tabla, de las 30 reformas que hubo entre 1997 y 2014, 25 han establecido técnicas de organización jurídica identificadas con la lógica de integración.

REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE HAN AFECTADO
EL SISTEMA FEDERAL MEXICANO, 1997-2014

Reformas que establecen un Régimen de Bases de Coordinación	3
Reformas que establecen un Régimen de Facultades Compartidas	5
Reformas que establecen un Régimen Híbrido (compartidas y de coordinación)	4
Reformas que crean un Sistema Nacional en alguna materia	2
Reformas que establecen estándares o mínimos nacionales	7
Reformas que federalizan alguna materia	4
Reformas que crean mecanismos de resolución de conflictos entre Estados	2
Reformas que buscan el Fortalecimiento municipal	1
Mandatos y habilitaciones para los tres niveles de gobierno	2

El sistema federal mexicano acusa un alto grado de centralización. No es este el espacio para desarrollar una explicación histórico-política de por qué esto ha sido así. Sin embargo, por lo menos hemos de decir que históricamente el federalismo no ha sido una realidad plena en nuestro país, porque el constitucionalismo tampoco lo ha sido a lo largo de grandes períodos de nuestra historia. Es hasta ahora que hemos empezado a construir una democracia multipartidista, y a contar con elecciones auténticas y competitivas y con una justicia constitucional efectiva, que comenzamos a experimentar un federalismo real, así como los problemas típicos de todo Estado compuesto.

Las reformas del periodo 1997-2014, examinadas en la presente comunicación, nos muestran en primer lugar que la reforma constitucional no solo es posible, sino común y hasta frecuente, aun bajo los llamados ‘gobiernos divididos’¹⁵. Las cámaras del Congreso de la Unión y las legislaturas estatales han sido capaces de construir las coaliciones legislativas necesarias para integrar las mayorías (calificadas en el caso de las primeras) para aprobar las reformas.

Por otro lado, el hecho de que la mayor parte de las reformas examinadas se identifiquen con la lógica de integración que mencionamos en la parte conceptual de este trabajo, sugiere que existe un problema estructural de falta de cohesión

¹⁵ ‘Gobiernos divididos’ en su dimensión ‘horizontal’ (relaciones Legislativo-Ejecutivo) y ‘vertical’ (gobiernos estatales de distinto color político).

institucional, que antes se paliaba por medio de las prácticas y reglas del sistema de partido hegemónico. A su vez, la falta de cohesión se traduce en ineficacia de la acción pública en diversas materias, lo cual bien puede estar relacionado con la percepción acerca de la existencia de una seria falta de capacidades del Estado mexicano para atender no digamos ya las demandas sociales de una sociedad compleja como la mexicana, sino los problemas más básicos de la misma (seguridad, salud, educación)¹⁶.

Muchas de las reformas examinadas apuntan a resolver problemas de cohesión (y por ende, de ineficacia). Es previsible que un aumento significativo de las capacidades del Estado mexicano tenga que pasar por una revisión integral del arreglo federal. Un ejemplo de ello es el tema fiscal y más específicamente el tributario (el gran ausente de las reformas examinadas). Es posible que un aumento significativo de la carga tributaria en México (ahora una de las más bajas de América Latina), solo pueda lograrse con una reforma a nuestro federalismo fiscal, que revise facultades y atribuciones, así como mecanismos de coordinación y colaboración entre los tres órdenes de gobierno. En una revisión de esta naturaleza habrá que encontrar el justo equilibrio que requiere México, entre la lógica de descentralización y la de integración, y también habrá que identificar cuáles pueden ser las técnicas jurídicas adecuadas para alcanzarlo.

V. RELACIONES DE COLABORACIÓN Y ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las relaciones de colaboración en el sistema federal mexicano pueden adoptar cuatro mecanismos básicos: 1. Coordinación en el ejercicio de facultades exclusivas; 2. Coordinación como título competencial formal o procedimental; 3. Coordinación como régimen de cooperación, y 4. Integración de órganos en sistemas nacionales. En los párrafos que siguen, examinaremos cada uno de estos mecanismos en su significado e implicaciones desde el punto de vista de la integración de órganos específicos de la administración pública.

I. COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE FACULTADES EXCLUSIVAS

En nuestro sistema constitucional, existe una acepción de “coordinación” que alude a un principio de organización tendiente a generar un resultado coherente

¹⁶ Recordemos el debate que se dio en los medios mexicanos entre 2010 y 2011 en torno a si México entra o no en la categoría de “Estado fallido”.

en la actuación de las distintas instancias del Estado federal, que se hace efectivo mediante el ejercicio de competencias propias (normativas y ejecutivas).

Bajo esta significación de la *coordinación*, los niveles de gobierno actúan en una posición de igualdad jurídica, ya que ninguno tiene capacidad de dirección ni formal ni material en el ámbito de competencias de los otros niveles. Es decir, bajo esta forma de entender la coordinación, las partes deciden ejercer de común acuerdo ciertas competencias que la Constitución prevé que se ejerzan separada e independientemente, sin que ninguna de ellas tenga la facultad de imponer su criterio a las demás y condicionar así el ejercicio de las competencias de las demás partes. Asimismo, esta modalidad permite a las partes “recuperar” para sí en todo momento las competencias comprometidas en un régimen de coordinación, y pasar a ejercerlas de forma separada e independiente¹⁷. Por esta razón, los procedimientos y órganos de coordinación bajo la modalidad aquí referida tienen un carácter deliberante o consultivo, y sus actos y resoluciones no disponen de efectos vinculantes.

Desde el punto de vista orgánico, y a nivel ya no constitucional sino legislativo, la Federación ha creado órganos de coordinación para el ejercicio de sus competencias, en cuya composición participan las entidades federativas. La finalidad de dichos órganos es dar a dichas entidades voz, así como permitir la consulta, por lo que sus funciones son deliberativas y consultivas.

Un ejemplo de este tipo de órganos es el Consejo Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CNANP) previsto en el Artículo 56bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, mismo que dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 56 BIS.- La Secretaría constituirá un Consejo Nacional de Áreas Naturales Protegidas, que estará integrado por representantes de la misma, de otras dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como de instituciones académicas y centros de investigación, agrupaciones de productores y empresarios, organizaciones no gubernamentales y de otros organismos de carácter social o privado, así como personas físicas, con reconocido prestigio en la materia.

El Consejo fungirá como órgano de consulta y apoyo de la Secretaría en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de la política para el establecimiento, manejo y vigilancia de las áreas naturales protegidas de su competencia.

Las opiniones y recomendaciones que formule el Consejo deberán ser considerados por la Secretaría en el ejercicio de las facultades que en materia de áreas naturales protegidas le corresponden conforme a este y otros ordenamientos jurídicos aplicables.

¹⁷ ALBERTI ROVIRA, ENOCH, Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1985, p. 14, pp. 145-146.

El Consejo podrá invitar a sus sesiones a representantes de los gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, cuando se traten asuntos relacionados con áreas naturales protegidas de competencia federal que se encuentren dentro de su territorio. Asimismo, podrá invitar a representantes de ejidos, comunidades, propietarios, poseedores y en general a cualquier persona cuya participación sea necesaria conforme al asunto que en cada caso se trate.

Como puede apreciarse, en el CNANP, órgano de la administración pública federal que ejerce facultades exclusivas de la federación, se permite la participación de los Estados, D.F. y Municipios, a invitación del propio Consejo. Estamos ante una acepción de coordinación entendida como mecanismo de información “de abajo-arriba”, que alimenta la toma de decisiones de un órgano federal.

2. COORDINACIÓN COMO TÍTULO COMPETENCIAL FORMAL O PROCEDIMENTAL

La coordinación también puede ser entendida como un título competencial formal o procedimental, consistente en una competencia para establecer obligatoriamente un método de actuación de los poderes propios y ajenos, un procedimiento de ensamblaje de las diversas competencias que recaen sobre una materia determinada. Sin embargo, bajo esta acepción, la federación, titular en este caso de la facultad de coordinación, no puede transformar su competencia formal en una competencia material, pues ello significaría una invasión ilegítima –sin título– del ámbito competencial que corresponde a las entidades federativas. Dentro de esta significación de coordinación puede identificarse la facultad del Congreso de la Unión para aprobar leyes que establezcan bases de coordinación en materia de seguridad pública y de protección civil.

En esta modalidad de la coordinación, se han creado lo que bien pueden denominarse “órganos mixtos de coordinación”, es decir, órganos o reuniones institucionalizadas que se convierten en plataformas de encuentro entre Federación y entidades federativas, a los cuales se les asigna una función que puede ser deliberativa o consultiva pero también de discusión y decisión de líneas de actuación comunes en relación con alguna materia.

El ejemplo más sofisticado del referido tipo de órganos es el que existe en materia de seguridad pública, a través del Consejo Nacional de Seguridad Pública y las Conferencias Nacionales de Procuración de Justicia; de Secretarios de Seguridad Pública o sus equivalentes; del Sistema Penitenciario; de Seguridad Pública Municipal; los Consejos Locales e Instancias Regionales¹⁸.

18 Ver artículo 10 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Todas estas instancias integran el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Como se recordará, actualmente, el décimo párrafo del artículo 21 de la Constitución establece que las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional; y que el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y para conformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, el cual estará sujeto a las bases mínimas que indica el mismo artículo.

Por su parte, la fracción XXIII del artículo 73 constitucional otorga al Congreso de la Unión la facultad para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, así como para establecer y organizar las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta constitución¹⁹.

La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), publicada en el DOF el 2 de enero de 2009^[20], establece cómo se integran el Consejo Nacional y las Conferencias Nacionales, así como sus facultades. De esta manera, el artículo 12 de dicha ley dispone que el Consejo Nacional de Seguridad Pública está integrado por:

- I. El Presidente de la República, quien lo presidirá;
- II. El Secretario de Gobernación;
- III. El Secretario de la Defensa Nacional;
- IV. El Secretario de Marina;
- V. El Secretario de Seguridad Pública;
- VI. El Procurador General de la República;
- VII. Los Gobernadores de los Estados;
- VIII. El Jefe del Gobierno del Distrito Federal, y
- IX. El Secretario Ejecutivo del Sistema²¹.

La coordinación en materia de seguridad pública busca generar uniformidad, homologación, trabajo conjunto de todas las instituciones que integran el sistema respectivo.

19 La redacción actual de estos dos artículos data de la reforma de 18 de junio de 2008. Sin embargo, ya antes habían sido modificados para establecer un sistema nacional de seguridad pública y para otorgar facultades al Congreso de la Unión para legislar en esa materia, con la reforma publicada el 31 de diciembre de 1994.

20 Esta ley abrogó la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el DOF el 11 de diciembre de 1995.

21 También se establece en este artículo que el Presidente del Consejo será suplido en sus ausencias por el Secretario de Gobernación. Los demás integrantes del Consejo Nacional deberán asistir personalmente.

3. RÉGIMEN DE COOPERACIÓN

En algunos casos, la coordinación puede entenderse como el coejercicio de las competencias que corresponden a los poderes federales, estatales y municipales. Esto es, en esta tercera acepción de la coordinación, se hace referencia a la posibilidad de un ejercicio mancomunado, de modo que una determinada actuación pública solo puede ser realizada de forma conjunta. En otras palabras, la cooperación implica que hay actuaciones públicas que requieren de la acción conjunta para poder ser realizadas. O sea, a través de un órgano mixto de cooperación, dos o más instancias coejercen mancomunadamente las competencias que les corresponden. En este mecanismo, una actuación pública solo puede ser realizada de manera conjunta e interdependiente en un único proceso de decisión.

Bajo esta acepción de la coordinación se puede encontrar el esquema de las conurbaciones, que responden a la idea de una regulación “conjunta y coordinada”. El régimen constitucional actual de las conurbaciones se encuentra establecido en el artículo 115-VI de nuestra norma fundamental, cuya redacción data de la reforma de 1983^[22]. A su vez, la conceptualización del tema de conurbaciones que se encuentra en la Constitución se basó en el esquema de la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH) expedida en 1976²³. Conceptualización que con variante ligera se plasma también en el artículo 122, Base Quinta, inciso G, en lo que se refiere al Distrito Federal, según se desprende del texto respectivo. El órgano previsto en la LGAH para la planeación y regulación de las zonas conurbadas es el de las “comisiones de conurbación” (artículo 22). Para el caso de la zona metropolitana de la Ciudad de México, el artículo 122, Base Quinta, inciso G les denomina “comisiones metropolitanas”. Ambos tipos de comisión pueden considerarse como “órganos mixtos de cooperación”.

En el caso de la zona metropolitana de la Ciudad de México, desde mediados de la década de los noventa del siglo XX, los gobiernos del Estado de México, del Distrito Federal y el propio Gobierno Federal, comenzaron a crear una serie de “Comisiones Metropolitanas” para la planeación y ejecución conjunta y coordinada de políticas públicas en diversas materias.

22 El artículo 115-VI de la Constitución dispone que: “Cuando dos o más centros urbanos situados en territorios municipales de dos o más entidades federativas formen o tiendan a formar una continuidad demográfica, la federación, las entidades federativas y los municipios respectivos, en el ámbito de sus competencias, planearán y regularán de manera conjunta y coordinada el desarrollo de dichos centros con apego a la ley federal de la materia”. Reforma publicada en el DOF el día 3 de febrero de 1983.

23 Publicada en el DOF el día 26 de mayo de 1976.

4. SISTEMAS NACIONALES

Por último, encontramos esquemas de integración de órganos adscritos a los distintos órdenes de gobierno en un conjunto interconectado y articulado, creados con el fin de evitar contradicciones y reducir disfunciones, así como garantizar coherencia y eficacia en las actuaciones públicas relativas a una materia²⁴. Uno de los ejemplos más sofisticados de este tipo de esquema es el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

Dicho sistema está definido y organizado por la Ley de Coordinación Fiscal (LCF)²⁵, cuyo objeto es “...coordinar el sistema fiscal de la Federación con las entidades federativas, así como con los municipios y demarcaciones territoriales, para establecer la participación que corresponda a sus haciendas públicas en los ingresos federales; distribuir entre ellos dichas participaciones; fijar reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales; constituir los organismos en materia de coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento”²⁶.

La forma de integrarse al sistema es a través del convenio que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con las entidades que solicitan adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal. Suscrito el convenio, las entidades federativas tienen derecho a participar en el total de los impuestos federales y en los otros ingresos que señale la LCF mediante la distribución de los fondos que en la misma se establecen²⁷.

El artículo 16 de la LCF establece que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los gobiernos de las entidades, por medio de su órgano hacendario, participarán en el desarrollo, vigilancia y perfeccionamiento del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, a través de una serie de órganos, como son:

- I. La Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales.
- II. La Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales.
- III. El Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC).
- IV. La Junta de Coordinación Fiscal.

24 Ver DÍAZ RICCI, RAÚL MARCELO, *Relaciones gubernamentales de cooperación*, Buenos Aires, EDIAR, 2009, pp. 241-270.

25 Publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1978.

26 Artículo 1 de la LCF.

27 El convenio de adhesión al sistema debe ser autorizado o aprobado por su legislatura local respectiva. También, con autorización de la legislatura local, podrán las entidades federativas dar por terminado el convenio (artículo 10 de la LCF).

VI. CONCLUSIÓN

En las últimas décadas, el sistema federal mexicano ha evolucionado en el sentido de fortalecer sus mecanismos de integración, más que los de descentralización. La trayectoria de la reforma administrativa vinculada a nuestro sistema federal ha seguido esa tendencia. Como hemos podido constatar, se han creado distintos tipos de órganos y de mecanismos para articular órganos, cuya finalidad es asegurar diferentes niveles y grados de armonía, uniformidad, homologación y coherencia en la elaboración y ejecución de políticas públicas en diversas materias.

De esta manera, se han creado mecanismos que buscan el auxilio y asistencia en términos de provisión de información, para la mejor toma de decisiones en el ejercicio de sus facultades. En estos casos, no se trata de un órgano de carácter mixto, sino que cada órgano permanece orgánica y funcionalmente adscrito a la instancia a la que pertenece, que es la que concede el derecho de representación e intervención.

Asimismo, se han creado “órganos mixtos de coordinación”, los cuales son instancias o reuniones institucionalizadas que se convierten en plataformas de encuentro entre Federación y entidades federativas, a los cuales se les asigna una función que puede ser deliberativa o consultiva pero también de discusión y decisión de líneas de actuación comunes en relación con alguna materia. En relación con este tipo de órganos, se otorga a la Federación un título competencial suficiente y preeminente, con base en el cual se puede imponer a las entidades federativas una determinada forma de ejercicio de las facultades que les son propias. Como ya dijimos, en este caso, la coordinación implica un cierto matiz de control, un cierto grado de jerarquía entre un ente coordinador y los entes coordinados, con el objeto de generar resultados unificadores.

Por otro lado, se han creado “órganos mixtos de cooperación”, compuestos por instancias de los distintos órdenes de gobierno del sistema federal, que ejercen sus atribuciones no como sujetos aislados, sino como partes integrantes de una única estructura de gobierno, que actúa sobre los mismos ciudadanos. Y se han diseñado “sistemas nacionales”, mismos que se erigen en instancias de integración de la diversidad de partes en un conjunto articulado, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la eficacia de la acción pública.

La estructura normativa e institucional que se ha venido creando a través de las reformas constitucionales y legales reseñadas en la presente comunicación, ha buscado favorecer que el sistema federal mexicano opere de una manera más cohesionada, y que exista una mejor comunicación entre los gobiernos federales, estatales y municipales.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTI ROVIRA, ENOCH. “Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, pp. 14, 145-146.

DÍAZ RICCI, RAÚL MARCELO. *Relaciones Gubernamentales de Cooperación*. Buenos Aires, EDIAR, 2009, pp. 241-270.

ANDREA MORRONE*

*Tendencias del federalismo al tiempo
de la crisis económica y financiera***

SUMARIO

Introducción. Excursus 1. Excursus 2. Excursus 3. Excursus 4. Excursus 5. Algunas conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica y financiera descubrió muchos temas críticos del federalismo y de las formas federales de organización política. Mi objetivo en esta ponencia es señalar algunos de los mitos que se repiten en las doctrinas en boga, que se difundieron en las culturas nacionales, especialmente en aquellas que se quejan hoy en día de la crisis del Estado federal o del Estado regional, como si existiera un solo modelo repetible de la misma manera en cada lugar y en cada tiempo. El razonamiento, en este sentido, no puede ser único: es necesario distinguir las diferentes experiencias, pero en el fondo, el análisis nos permite aislar algunas tendencias comunes, que pueden connotar el federalismo con algunos caracteres esencialmente unitarios. La especificidad del proceso federal en Europa es una prueba crucial: esta es, de hecho, el contexto en el que hay que enfrentar las reflexiones científicas sobre el federalismo de los Estados federales o regionales del viejo continente.

1. Si nos remontamos a los orígenes de la doctrina de Carl J. Friedrich acerca del proceso federal, el punto más notable no es la representación bien importante de una fuerza dinámica en doble sentido –según el caso, centrífuga o centrípeta, que, en consecuencia, permite matizar, incluso en términos teóricos, los límites entre el Estado federal y el Estado regional– sino la definición de un contenido material preciso y esencial que constituye la base *a priori* y le permite sobrevivir.

Según nuestro autor, el “federalismo es también, y quizá sobre todo, el proceso de federalización de una comunidad política; es decir, el proceso a través del cual varias comunidades políticas separadas se juntan en una organización común para

* Andrea Morrone (e-mail: andrea.morrone@unibo.it; web: <http://www.unibo.it/docenti/andrea.morrone>) es profesor catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Bolonia, donde también enseña Justicia Constitucional. A partir del 2014, es coordinador del doctorado en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho. Entre 2012 y 2015 ha sido Secretario de la Associazione italiana dei costituzionalisti (www.associazionedeicostituzionalisti.it) y es codirector de las revistas científicas *Quaderni Costituzionali* (il Mulino, Bolonia), *Federalismo Fiscale* (Jovene, Nápoles), *Istituzioni del federalismo* (Maggioli, Rimini). Es autor de muchos artículos en el marco del derecho constitucional, tal vez conectados con otras disciplinas: en particular, sus principales ejes de investigación tratan de fuentes del derecho, derechos fundamentales, forma de gobierno, federalismo y derecho europeo. También ha escrito varias monografías, como: *Il custode della ragionevolezza* (Giuffrè, Milán 2001), *La Repubblica dei referendum* (con Augusto Barbera, Il Mulino, Bolonia, 2003), *Il diritto regionale nella giurisprudenza* (Cedam, Padova, 2005), *Il diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale* (Cedam, Padova, V ed., 2014). Editó el libro *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo* (Giappichelli Editore, Turín, 2015) y es uno de los fundadores y coautor del blog de cultura constitucional “Confronti costituzionali” (www.confronticostituzionali.eu).

** Traducción al castellano hecha por Francesca Minni.

llegar a soluciones, adoptar políticas comunes, decidir juntas sobre los problemas comunes; y, al revés, el federalismo es también el proceso por el que una comunidad política unida se modifica en un todo organizado de manera federal. Las relaciones federales suelen desarrollarse y modificarse continuamente. Por lo tanto, cada comunidad que esté organizada de manera federal tiene que disponer de las herramientas que permitan la revisión a menudo de su modelo o diseño. Solo de esta manera el equilibrio inestable entre los valores, los intereses y las creencias, compartidos y diferentes, puede de hecho reflejarse en relaciones más diferenciadas o más integradas” (Friedrich 1968, 3 ss).

Es decir, que el aspecto característico es, en particular, que el “proceso de federalización acompaña el desarrollo comunitario, como su contraparte organizacional. Si los valores, los intereses y las creencias tienen un modelo estable y estructurado, en el que los valores, los intereses y las creencias compartidas se ven compensados por los valores, los intereses y las creencias específicos, aunque geográficamente distribuidos, entonces, un desarrollo federal se hace posible” (Friedrich 2002, pp. 265, 273).

El proceso federal, dicho de otro modo, se realiza cuando logra expresar un equilibrio dinámico y no estático, entre valores locales y nacionales, entre el pluralismo y la unidad. De acuerdo con Daniel J. Elazar, el “federalismo responde a las necesidades de los pueblos y de las comunidades políticas a unirse para perseguir objetivos comunes, aunque sigan separados para preservar su identidad” (Elazar, 1998, p. 28). El federalismo como proceso dinámico, influenciado por razones históricas, económicas, políticas, sociales, requiere la formación y la convivencia de valores, comunes y diferentes, en referencia a una comunidad geográficamente localizada, y debe ser capaz de lograr el equilibrio continuo entre las necesidades de la unidad nacional y las necesidades territoriales específicas. Desde este punto de vista, podemos decir que el federalismo represente, en sus manifestaciones concretas, una variante del proceso institucional de integración política (donde el concepto de “integración” se entiende en el sentido de una unificación política y no en el simple –y ciertamente incompatible con el federalismo– sentido de una “uniformidad” de trato). En el contexto federal, por lo tanto, la autonomía y la soberanía “se excluyen mutuamente” (Friedrich, 1968, ob. cit.), porque la idea es que las instituciones federales y las relaciones políticas se establecen a través de convenios, acuerdos y compromisos solemnes (Elazar, 1998, p. 28; Friedrich 1968, ob. cit.).

Los Estados Unidos de América, de nuevo según Friedrich, constituyen un “arquetipo”, ya que el federalismo, en esa realidad, no se realizó solo en un *Conso-ciatio* de los Estados, sino también en el gobierno de las personas. El “sentimiento americano”, nacido de la guerra contra Inglaterra, se fue añadiendo a los “viejos patriotismos locales” (Albertini, 1993, p. 52): los ciudadanos de los Estados Unidos

de América, de hecho, pertenecen a dos comunidades, aquella del Estado y aquella de la nación.

Gobernar intereses territorialmente diferentes, como cualquier proceso de integración plural, solo es posible si todos los ciudadanos, sin que importe el lugar en que viven, se sienten parte de un común destino de vida, como dijo Ernest Renan (Renan, 2004, p. 16). El principio de homogeneidad de los valores es la base de cualquier modelo realmente federal (Friedrich, 2002, p. 287, 293): si falta este principio, o el proceso de unificación federal es imposible o cuando ya exista un Estado federal o regional, lleva a la disolución de la unidad política y a la formación de Estados independientes y “soberanos” (para usar una categoría considerada, durante mucho tiempo, agotada, pero todavía útil para explicar los fenómenos de agregación política). Solo en estas circunstancias, es decir, cuando fallecen los valores compartidos, se puede considerar legítima la “secesión”: de otro modo, desde el punto de vista del Derecho constitucional, la cuestión es solo el simulacro de un derecho, una mera declaración sin valor jurídico.

2. El federalismo, en sus manifestaciones concretas, por lo tanto, implica una comunidad de personas que comparten valores comunes y que, al mismo tiempo, poseen valores “específicos”. Para utilizar una expresión de Adriano Olivetti, el federalismo es el “orden político de las comunidades” (la comunidad concreta, entendida como “la sociedad humana, solidarista y personalista”, Olivetti, 1945, p. 15), o sea, el ordenamiento de diferentes comunidades que se integran a través de un “*foedus*”, que encuentra su sanción jurídica en una constitución. El idioma alemán nos permite resaltar la diferencia cualitativa de este proceso cuando se contrasta el *Staatenbund* al *Bundesstaat*. La *integración* se refiere a los modos de ser de un pueblo y, por lo tanto, a su cultura. Según Olivetti: “la comunidad es el núcleo básico de un Estado que quiere mantener cierto nivel de cultura y de valores que se irían perdiendo si se volviese una entidad completamente autónoma. La tarea de una civilización es ofrecer a todos sus elementos la perfección a la que ya llegaron algunos de ellos. Solo un Estado que siente la necesidad de una transferencia continua de valores desde la periferia hacia el centro y desde el centro hacia la periferia, puede lograr un alto grado de civilización” (Olivetti, 1945, p. 36).

Las formas institucionales federales *siguen* el proceso de formación y desarrollo de la integración entre las comunidades locales y la comunidad nacional, no lo preceden. El federalismo, como organización, necesita que ya exista dialéctica entre creencias, intereses y valores nacionales y locales. El Derecho puede, tal vez, facilitar la consolidación de los valores comunes y de los valores locales diferenciados a través de la transferencia de poderes y responsabilidades del centro a la periferia y viceversa, según la dirección que asume el proceso federal. No puede, sin embargo, llegar al punto de crearlos desde cero. Este —aparentemente simple pero— esencial hecho no siempre queda asumido y claro por los líderes políticos y

los legisladores, tanto cuando se establece una Constitución federal, como cuando se opera una revisión federal de una Constitución preexistente.

Excursus 1. La experiencia de la República Italiana es emblemática: las regiones que, por ejemplo, corresponden a las provincias del Estado federal de Argentina, nacieron como Minerva de la cabeza de Júpiter, sin tener ninguna o casi ninguna raíz en los procesos comunitarios de formación de intereses territoriales localizados. La necesidad de “hacer la Italia” en 1860 había totalmente dejado de lado toda ambición, aunque tímida, de “descentramiento” administrativo de la dimensión regional, colocada junto al nivel municipal y provincial de organización de los asuntos públicos. Después de la Segunda Guerra Mundial y después de la guerra de liberación que dividió al país como consecuencia del armisticio firmado el 8 de septiembre de 1943, surgió la necesidad de “hacer a los italianos” que influyó sobre los trabajos de la Asamblea Constituyente, con la consecuencia que el tipo de “Estado regional” salió a la luz casi por accidente (como resultado de un compromiso entre los demócratas y los comunistas, tras romper la unidad antifascista y al fin de garantía mutua) y, en cualquier caso, de acuerdo con un modelo indeciso, sobre la base de un compromiso de hecho dilatorio, que entregó “un recipiente vacío con la placa de región” (Salvemini, *Federalismo y regionalismo*, 1949) o una “página en blanco” (Giannini) en las manos libres de un futuro legislador. Las regiones correspondían a los antiguos repartos estadísticos del Reino de Italia: fueron, desde el punto de vista territorial, decididas de común acuerdo pero sin referencia concreta a la división geográfica, totalmente desprovistas, con excepción de algunas de las cinco regiones especiales en las que había minorías lingüísticas homogéneas, de cualquier elemento identificador de una “comunidad” local. Ni siquiera *a posteriori* la historia del regionalismo vio la formación de las comunidades autónomas en un sentido material: la necesidad de lograr un preciso y digno programa de integración política y social de dimensión nacional, en el que se pusieran de acuerdo las fuerzas políticas hegemónicas, los retrasos para la aplicación de las regiones ordinarias, la hipoteca representada por la decepcionante experiencia de las regiones especiales, junto con una amplia cultura claramente centralista, comprimió mucho la transferencia de funciones desde el centro hacia las regiones (tres en veinticinco años), y fomentó una legislación estatal invasiva más allá de lo necesario para garantizar unas condiciones de vida equivalentes; una jurisprudencia constitucional esencialmente adhesiva a las decisiones de política nacional y casi totalmente insensible a las razones de autonomía y descentralización y, por último, la debilidad crónica de la clase política y de las instituciones territoriales locales convirtió las regiones en una fórmula organizativa, una administración cada vez más pesada y cara, que se añadió, en competencia con los municipios y las provincias y no, más bien, en una entidad de gobierno de los diferentes intereses relacionados con la

comunidad territorial local (Barbera, 1973). En los años noventa, la solución a la crisis del regionalismo se buscó en reformas encaminadas a fortalecer la autonomía regional y local y los poderes legislativos de la primera, reduciendo las funciones y los poderes del Estado. Se estableció, por lo tanto, la elección directa de los alcaldes y de los presidentes de los gobiernos provinciales y regionales.

Las reformas constitucionales promulgadas entre 1999 y 2001, en particular, quisieron transformar profundamente el Estado en la dirección del federalismo. Dos trayectorias: a las regiones se les atribuyó la facultad de darse su propia forma de gobierno (mucho más allá de lo que está permitido en los Estados federales, donde hay un principio de homogeneidad entre modelo de gobierno nacional y estatal); se actuó una transferencia de competencias a las regiones y a los entes locales (que, según el art. 114 de la Constitución, son entidades “constitutivas”, como el Estado, de la República Italiana), de acuerdo con el criterio federal que asigna al Estado poderes enumerados y a las regiones todos los demás. La reforma constitucional “federal”, por el carácter incompleto del proyecto (el Senado de las Regiones sigue siendo en la pluma del legislador), por los conflictos institucionales que se produjeron (difícil de establecer en la maraña de competencias quién hace qué), puso de manifiesto no solo las ambiciones de un proyecto constitucional lanzado especialmente para propósitos políticos –la mayoría de centro-izquierda quería el federalismo para contener la fuerza política de la Lega Nord, un partido que nació y creció sobre las reclamaciones de la secesión de “Padania”, que coincide con las regiones del norte del país–, sino también la abstracción de la realidad actual del regionalismo italiano, que, por las fracturas sociales, económicas y políticas que históricamente dividen el país, exigiría una mayor cooperación y solidaridad en lugar de la competencia y diferenciación entre todas las instituciones de gobierno (Morrone, 2004, 2010).

Merece la pena, sin embargo, reflexionar sobre el hecho de que las dinámicas descritas en el modelo federal de Friedrich quedan afectadas por un cierto grado de abstracción. Si del nivel formal nos pasamos a analizar las experiencias concretas federales o regionales, nos podemos enfrentar con algunas constantes que encanalan el proceso federal en una sola dirección. Entre diferenciación pluralista e integración política, es este último polo el que tiende a prevalecer en la práctica.

(a) Entre los factores que influyen en una dirección centrípeta del proceso federal hay que tener en cuenta, en primer lugar, la homogeneidad de los valores asumidos por el federalismo. Si hay valores comunes de la comunidad nacional, estos se refieren a los bienes que suelen ser más importantes para el individuo, como persona y como ciudadano. Los derechos fundamentales, políticos, civiles y sociales, más que cualquier otro bien, justifican en abstracto, y permiten en concreto, el *enlargement of functions* de los gobiernos nacionales, reduciendo la autonomía de los gobiernos regionales y locales. Además de los derechos, tienen la misma función

unificadora, también los bienes comunes o públicos, como la seguridad, la política exterior, la política económica, el medio ambiente, etcétera. En las experiencias federales que nacieron como confederaciones de Estados – como los Estados Unidos de América, Alemania y también Argentina– bienes básicos originalmente reconocidos como patrimonio de cada entidad federada (derechos, moneda, impuestos, etc.) fueron progresivamente adquiridos (después de los acontecimientos históricos “constituyentes”, a través de reglas *ad hoc* o interpretaciones respaldadas por los tribunales constitucionales) entre los poderes de la federación o del Estado nacional. La protección de las “condiciones de vida equivalentes” y, por lo tanto, el principio de igualdad, desempeñó una función clave para la integración.

(b) En segundo lugar, la integración política federal se consigue por la presencia de partidos políticos estructurados y de alcance nacional, que son portadores de proyectos generales de la sociedad. Mientras que son, en general, los partidos regionales o territorialmente organizados que representan los diferentes intereses locales que, en situaciones extremas, también pueden llegar a reclamar fórmulas políticas de confederaciones o incluso la secesión.

Estas, por supuesto, son tendencias: hay excepciones importantes que no podemos ignorar: considerando el caso de Bélgica, así como los eventos relacionados con el referéndum para la secesión de Escocia y de Cataluña. Lo que me interesa es resaltar, sin embargo, que si el federalismo implica una homogeneidad de valores, que está promocionada por las fuerzas políticas nacionales que no persigan solo meros intereses fraccionados, estos dos factores refuerzan la integración.

(c) Las cosas no cambian en los tiempos de “crisis” que se producen en el ciclo de vida de un ordenamiento. Las crisis mayores (aquellas causadas por conflictos armados, sociales, económicos) son históricamente los factores que aumentan los poderes de las instituciones centrales: entre ellos, por su importancia, el poder tributario y el poder de gasto. Es suficiente pensar en el peso que estos tuvieron en las dos guerras mundiales en la dinámica del federalismo fiscal estadounidense. Por lo que se refiere a la crisis económica, es suficiente recordar que la Gran Depresión de 1929 transformó literalmente el contenido material del Estado constitucional –no por casualidad es a partir de ese momento que convencionalmente trazamos el salto de línea entre la forma de Estado liberal monoclasa y la forma de Estado liberal–democrático multiclasa– y, con ello, cambiaron de una manera clara también las fórmulas federales del gobierno. La experiencia norteamericana del *New Deal*, con su programa federal de protección social que quiso F. D. Roosevelt, a pesar de los conflictos amargos con la Corte Suprema, sigue siendo paradigmática.

(d) La centralización financiera es, sin embargo, un hecho constante en todas las experiencias federales o regionales. La “dominación financiera” del gobierno central se fortalece, incluso para la conectada y coesencial función de redistribución de la riqueza del país entre las comunidades que lo conforman (Whare, 1997

[1963], pp. 187, 380). De esta manera, la integración federal asume totalmente los contornos de integración política funcional para lograr la cohesión social en un sentido nacional. Es importante señalar, sin embargo, que no siempre el poder de la bolsa del Estado central se refleja en una reducción de las políticas fiscales de las entidades descentralizadas. Las transferencias del gobierno central, mientras que afectan a la autonomía de los gobiernos regionales o de las autoridades locales, les permiten tener los recursos necesarios para llevar a cabo las tareas que se les asignan, desplazando la cuestión de la responsabilidad financiera de los ingresos a los gastos. El federalismo fiscal, en su más correcto sentido, implica un conjunto de relaciones: entre el centro, que normalmente determina el contenido de las políticas fiscales, y los suburbios que organizan su aplicación concreta. El federalismo fiscal se fundamenta en el principio de *accountability* compartida y, por lo tanto, en el método del acuerdo entre todas las instituciones de gobierno local.

Excursus 2. En este sentido, se puede leer la importante reforma del sistema de salud estadounidense conocida como *Obamacare*, que representó, después del *New Deal* y de la *Great Society* de Lyndon Johnson (que marcó un momento de enorme expansión de los poderes federales, por un lado, con respeto a las leyes contra la segregación que invadieron una tarea tradicionalmente estatal, por otro lado, para la construcción del *welfare state* con la aprobación de los programas de Medicare, Medicaid, el Housing Act, etc), la decisión más importante de la administración federal para restringir la autonomía de los Estados miembros. Estos se vieron obligados, por una parte, a establecer el *health insurance exchange*, una especie de mercado especializado en la venta de pólizas de seguro de salud a fin de garantizar que todos los residentes en los Estados Unidos tengan una “cobertura mínima esencial de la salud”, es decir, la cobertura de salud para la protección esencial de la salud pública a través de la compra de pólizas de seguros individuales (*individual mandate*); y, por otra parte, para extender el programa federal de Medicaid a todas las personas necesitadas, bajo la amenaza de la sanción de pérdida de financiación aunque ya prevista por leyes anteriores para el mismo programa (*cross-over sanction*). El Tribunal Supremo, por decisión mayoritaria (decidió el voto del presidente republicano Roberts), salvó básicamente la reforma, aunque reinterpretando la base de la legitimidad del *individual mandate* (no el *commerce power*, sino el poder de impuestos del Congreso, que, como ustedes saben, queda libre de la lista de poderes enumerados) y, en el caso de Medicaid, declarando inconstitucional el mecanismo de *cross over sanction*, que se considera perjudicial para la libre determinación de los Estados. De esta manera, los jueces supremos no solo confirman el poder del Congreso para “regular sin hacer leyes” (Bolonia, 2010, pp. 287 y ss.), es decir, establecer lazos para los Estados en asuntos de su competencia a través de la técnica de los *conditional grants*, sino que también

ponen un freno a la financiación condicional, que no puede ser resuelta, como en el caso de Medicaid, en simples limitaciones estatales. Si la lógica de los *conditional grants* es la del contrato, los Estados podrán adherir de forma voluntaria y consciente, para no socavar el principio de la responsabilidad del Estado con sus propios ciudadanos.

(e) Incluso la crisis económica y financiera que estalló en 2007, y que todavía continúa, cambió profundamente la vida de millones de personas y modificó, aunque siempre en la dirección de la centralización de poderes y de reducción del espacio de la autonomía territorial, regional y local, las estructuras de todos los países de base federal o regional. La constitución financiera de los Estados, como en 1929, se ha ido adecuando a la realidad, aunque sin duda con dificultad; y de nuevo hoy en día, como entonces, las respuestas a la situación excepcional de hecho han sido decisiones “soberanas” de los gobiernos centrales.

Resumiendo, se puede decir que cuando los valores fundamentales son patrimonio común de la gente de un Estado federal, el proceso federal se lleva a cabo en la dirección de la centralización de las políticas y de los medios necesarios para ponerlas en práctica, en primer lugar el poder de la bolsa, con la consiguiente reducción de los poderes de las entidades descentralizadas, a las que quedan, de hecho, funciones administrativas y actuativas. Además, si John Stuart Mill argumentó que “el poder se puede descentralizar, pero la gestión debe quedar centralizada”, Alexander Hamilton reconoció que “los medios deben ser proporcionales al fin, y que aquellos a quienes se les atribuye la consecución de cualquier objetivo deben poseer los medios para hacerlo” (Hamilton, 1788, n. 23, p. 274).

Esto es aplicable en los casos normales y *a fortiori* en situaciones excepcionales. Las crisis que ocurren en un Estado constitucional, sin embargo, no son en sí mismos la causa de los cambios en una dirección centrípeta de la dinámica federal, sino simplemente un factor que puede influir en el resultado: o bien en el sentido de favorecer una mayor integración (así como pasó, excepto lo que voy a decir en breve, en Europa) o bien en el sentido de la disolución del Estado.

Excursus 3. Estas tendencias hacia la centralización pueden considerarse compatibles con una “Constitución federal”? Esta es la pregunta que agita el debate constitucional, sobre todo en la época de crisis económica y financiera. En teoría sí, si se toma del federalismo la idea principal del proceso (dinámico) de integración política. En el Derecho positivo, la respuesta depende de cada ordenamiento federal o regional. También en este caso, sin embargo, la cuestión teórica permite encontrar soluciones interpretativas compatibles con la Constitución. Las fuerzas centrípetas son legítimas en la medida en que sean compatibles con el proceso de integración federal requerido por la Constitución. Cuando, sin embargo, no se justifican por este objetivo principal, y son de hecho invasiones arbitrarias y sin razón

de competencias por parte del gobierno nacional en detrimento de los gobiernos regionales, deben considerarse *contra constitutionem*.

3. La crisis económica y financiera de hoy en día nos enfrenta a una pregunta teórica crucial: aquella relacionada con la sostenibilidad del Estado constitucional vigente y, a raíz de esto, con la sostenibilidad del Estado federal o regional como modelo de gobierno. Es este el aspecto realmente importante, no tanto las preguntas sobre la violación de la Constitución Federal o aquellas que plantean un grave *vulnus* para la democracia en la reducción, de por sí, del espacio de autogobierno territorial. Mi tesis es que la crisis económica fue acentuando los efectos de los cambios que ya se estaban produciendo en la vida del Estado constitucional, en lugar de constituir, en sí misma, la causa de una nueva (otra) crisis de esa forma de organización política (Morrone, 2014, p. 79).

El factor decisivo es la globalización de la economía y de las finanzas. En la reducción del poder del gobierno de los Estados, la globalización toma la forma de un “antisoberano” auténtico, en el sentido de que en este complejo fenómeno existen todos los ingredientes para derrocar los fundamentos del Estado de Derecho. No puedo explorar el tema, pero estas cosas son ya bastante conocidas. Creo que las transformaciones (más que la crisis) del Estado constitucional y, por lo tanto, de las formas de organización federal o regional, así como las respuestas que los gobiernos estatales dieron en la época de crisis económica y financiera dependen precisamente de esta razón. Dicho de mejor manera: la reciente tendencia a la centralización de los poderes y de las funciones en las manos de los gobiernos nacionales, aunque con métodos y resultados no siempre iguales (como puede verse comparando los Estados Unidos, por un lado, y los países de Europa por el otro) expresa la reacción de los Estados, el último grito en orden de tiempo de la antigua pero insuperable “soberanía” estatal, para contrarrestar la pérdida de peso de la política y del Derecho frente a la globalización y a los conflictos que esta genera.

A diferencia de Estados Unidos, donde nació la crisis económica y financiera, y también donde se trató de una manera decisiva y, en todo caso, de forma tal que permitiera que ese gran país pudiese mantener la posición tradicional de la hegemonía política y económica, Europa es una anomalía y, por lo tanto, un *case study*. Según mi punto de vista, el análisis del federalismo en el contexto europeo no puede ignorar la situación que actualmente caracteriza el proceso de integración europea. Esto es particularmente relevante si se considera que los países líderes de Europa están organizados todos con una forma federal o regional (Alemania, Italia, España) o, al menos, están experimentando importantes etapas para la reorganización del gobierno territorial local (como Francia y, en algunos aspectos, también el Reino Unido).

La anomalía de una Europa unida, si bien lo pensamos, depende de las contradicciones propias de un proceso federal: ya que todavía no es una unión política, el

proceso de federación oscila entre las fuerzas centrífugas y fuerzas centrípetas, que miran a veces a destacar el papel de las instituciones europeas (Comisión y Parlamento), a veces de los gobiernos de los Estados (en conjunto, el Consejo Europeo o, más bien, de forma aislada, en función de la fuerza de los diferentes gobiernos). En segundo lugar, las contradicciones del *European process*, como resultado de los vínculos institucionales y funcionales entre los países de la Unión Europea, afectarán inevitablemente la política interna y, por lo tanto, también al proceso federal interior de los Estados miembros. La fórmula “unidos en la diversidad”, que es el lema de la Unión Europea, no expresa un Estado de equilibrio, sino termina por cubrir, con torpeza, una serie de aparentes contradicciones. Tres son los perfiles sobre los que merece la pena llamar la atención, ya que demuestran de manera muy clara las anomalías del federalismo en Europa.

(i) Todos los países más importantes con estructura constitucional federal o regional aprobaron, sobre todo en las dos últimas décadas, unas notables reformas acerca de la organización entre el centro y la periferia. En resumen, mientras que en Alemania el federalismo fortaleció el *Bund* y limitó los poderes de los *Länder*, reduciendo la diferenciación territorial en favor de una mayor cooperación y solidaridad, para completar el proceso de reunificación y el equilibrio de los diferentes niveles de desarrollo entre el Oeste y el Este, en Francia, España, y particularmente en Italia, las reformas tuvieron el objetivo de reducir el peso del Estado y, en paralelo, de otorgar más autonomía a las entidades de gobierno local; esto incluso mediante cambios significativos del sistema de financiación, basado en los principios de “federalismo fiscal”, en el que se establece un gasto adicional regional, asociado con las distribuciones de competencias, por el que se atribuyen ingresos correspondientes (fiscales y de otro tipo) de origen descentralizado.

Excursus 4. En Alemania, la principal causa de las reformas del federalismo fue la reunificación después de la caída del Muro de Berlín (1993): la ampliación de los límites del estado de los *Länder* federales requirió muchas revisiones de la Constitución que, por razones de compensación financiera entre las dos Alemanias, redefinieron el federalismo alemán, con la extensión de los poderes de los órganos federales y, en paralelo, con la reducción de los poderes de los Estados federados, tanto en los poderes legislativos, como en relación con los poderes de veto reservados anteriormente en el *Bundesrat* (Consejo Federal).

En España, Francia e Italia el regionalismo ha sido objeto de profundas modificaciones que, al contrario de Alemania, se fueron hacia una mayor autonomía de las comunidades locales. Francia adoptó una serie de medidas que otorgan a las regiones poderes reguladores y financieros desconocidos, al momento de su creación, en los años ochenta, para este nivel de gobierno. En España, la presión secesionista de Cataluña obligó a los gobiernos de Madrid a revisar el ordenamiento

de las comunidades autónomas, sobre todo por el cambio del sistema de financiación y el desarrollo de la diferenciación territorial.

Más complicado ha sido el proceso de reforma en Italia. El fracaso de la aplicación del ordenamiento regional operado desde 1970 llevó a una serie de reformas legislativas y constitucionales que cambiaron la faz de las autonomías. Los puntos más importantes son: la Ley del ordenamiento de las entidades locales (modificada en varias ocasiones hasta el texto único del año 2000); la elección directa de los alcaldes y presidentes de las provincias, a la que siguió la elección directa del presidente de las regiones (Ley 81/1993, Ley 49/1995, Ley const. 1/1999 y Ley 2/2001); la introducción de “federalismo administrativo” (Ley 59/1997, Ley 127/1997 y Decreto Legislativo 112/1998) que, sin modificar la constitución, invirtió el orden de competencias entre el Estado, las regiones y las entidades locales, según los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación; reforma, esta, que se completó con la revisión constitucional del “Título V de la Parte II de la Constitución” (Ley Constitucional 3/2001); el establecimiento de un complejo mecanismo de reorganización de los flujos financieros entre el Estado, las regiones y las entidades locales, de acuerdo con los principios de “federalismo fiscal” según el ordenamiento fiscal italiano, en el que la mayoría de los impuestos son nacionales, y las más amplias facultades quedan atribuidas a las entidades regionales y locales (Ley 42/2009, cuyos principios quedan aplicados parcialmente con 10 decretos legislativos).

Esta serie de novedades inspiradas a una mayor autonomía y responsabilidad de las administraciones locales se ha mantenido en gran parte no realizada, aunque no dejó de causar conflictos institucionales que, en ausencia de soluciones políticas compartidas y apropiadas, se han resuelto según el caso y muchas veces forzando, por parte de *la Corte Costituzionale*, hasta los contenidos de las reformas constitucionales aprobadas. Para superar las consecuencias negativas de la reforma constitucional de 2001, junto con la necesidad de reducir los costes de la política, en línea con los compromisos derivados de la Unión Europea, sobre todo aquellos conectados a las medidas aprobadas tras la crisis económica y financiera, el gobierno de Matteo Renzi presentó algunas reformas importantes, algunas legislativas, otras constitucionales. Entre estas últimas (aprobada en el Senado en octubre de 2015): superar el *bicameralismo perfetto*, con la transformación del Senado en una cámara de representantes de las instituciones locales; modificar las competencias legislativas, fortaleciendo las competencias de gestión del Estado y reduciendo las de las regiones según el criterio de los intereses (nacionales y regionales); fortalecer los poderes de gestión de las finanzas públicas por parte del gobierno nacional.

(II) La crisis económica y financiera provocó un verdadero choque en los procesos nacionales de reforma del federalismo: los Estados que habían apostado a la descentralización y la diferenciación de las políticas territoriales se han visto más

vulnerables a raíz de la especulación financiera y de la crisis de la deuda soberana, de los que, al igual que Alemania, habían ya aprobado desde hace tiempo reformas para una mayor cohesión social y territorial. La situación, sin embargo, ha ido empeorando porque la Unión Europea sigue siendo un ordenamiento “sin soberano”.

En particular, durante la crisis de deuda pública nacional, Europa se encuentra desnuda, con poderes (limitados) en la política monetaria, y ningún instrumento de política económica común (las políticas fiscales siguen siendo de los Estados), que al revés sería necesario para hacer frente a la crisis de la deuda soberana y al riesgo de impago de muchos países (Grecia, Irlanda, España, Portugal, Italia). Casi todas las decisiones tomadas a nivel europeo se fueron tomando hasta hoy o en el borde o fuera del Derecho europeo; tuvieron carácter predominantemente excepcional y, de esta manera, se les justifica (por ejemplo, leyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Pringle* o el *Bundesverfassungsgericht* sobre el *fiscal compact* y el Fondo europeo de estabilidad financiera de los Estados del 12 de septiembre de 2012).

Entre las medidas utilizadas durante los años de crisis¹, el Tratado *fiscal compact* (anticipado por el *Pacto Europlus*) trata de hacer que las políticas europeas sean eficaces para la estabilidad y el crecimiento que, desde el Tratado de Maastricht, se había materializado en los dos parámetros de 60% de proporción entre deuda y PIB y el 3% con respecto al porcentaje de déficit público (la falta de respeto de estos datos hasta hoy ha quedado sin sanciones), con un conjunto de restricciones para asegurar el cumplimiento de esas normas.

Los principales cambios se refieren a la imposición a los Estados de la zona del euro a adoptar normas reforzadas, preferentemente de carácter constitucional, con el fin de garantizar un “equilibrio presupuestario”, así como los procedimientos estrictos, tomados de acuerdo con las instituciones europeas y las autoridades nacionales, para devolver la deuda. Aunque estas medidas no han tenido un efecto inmediato en los mercados financieros², las principales consecuencias del nuevo

1 Ver el *Six* y el *Tro Pack*, es decir, los mecanismos de vigilancia económica y presupuestaria; el Fondo de Ayuda Europea contra el riesgo de quiebra; el proceso para el establecimiento de la unión bancaria; las Transacciones Monetarias sobre valores – OMT es decir, la compra por parte del BCE de bonos del gobierno en el mercado secundario de forma “ilimitada”.

2 El *spread* de crédito que separa, y de manera profunda, el valor de los títulos de deuda pública, especialmente entre los países del sur de Europa y Alemania, y por lo tanto la especulación financiera, se redujeron por la amenaza del BCE de utilizar transacciones monetarias finales, OMT. Desde este punto de vista, resulta paradójico que esta decisión crucial, simplemente anunciada, pero con efectos de estabilización sobre la especulación financiera, fue impugnada por el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; la reacción alemana, sin embargo, queda justificada teniendo en cuenta que las decisiones de política económica en la legislación de la UE, siguen siendo competencia de los Estados (los jueces constitucionales consideran de hecho el OMT una medida de este tipo y no un medio político monetario en los poderes del BCE).

“Pacto Europeo sobre el presupuesto”³ fueron las revisiones constitucionales española e italiana, que introdujeron el principio de “estabilidad presupuestaria” o “presupuesto equilibrado”⁴.

Estas reformas constitucionales han acentuado las restricciones legales a la política presupuestaria nacional, regional y local, en el marco de las trayectorias indicadas en la Unión Europea que, entre otras cosas, exige que los Estados miembros respalden la deuda en tiempos muy estrictos (objetivo que, de hecho, parece difícil de alcanzar). El aspecto más importante es que, bajo la presión conjunta de las restricciones europeas para la estabilidad y de las normas nacionales para lograr un presupuesto estructural equilibrado a través de la contracción de los gastos financiados por los préstamos en déficit –siempre salvo “los efectos del ciclo económico” y de “los eventos excepcionales” que todavía pueden justificar excepciones a las limitaciones generales– las políticas nacionales han experimentado un fuerte giro de las reformas adoptadas hasta el momento, en el sentido de reforzar las competencias de dirección y coordinación del gobierno central (en estrecha relación con las instituciones europeas), y por eso reduciendo el espacio de la autonomía regional y local. La necesidad de cubrir los gastos requirió una legislación muy estricta, tanto para las restricciones en el gasto público, incluyendo aquello social, reduciendo por eso los recursos asignados a los gobiernos de las regiones y de los entes locales, que están encargados de una gran parte de los servicios sociales, como para la reorganización forzada impuesta a las administraciones correspondientes.

Excursus 5. En Italia, se decidió por la virtual abolición de las provincias, directamente impuestas por el Banco Central Europeo, con una carta enviada al gobierno en 2011; la reorganización de las ciudades pequeñas; el establecimiento por ley de las ciudades metropolitanas en espera de ejecución desde el año 1990; la reducción de los costes de la política de las instituciones de gobierno regional y local mediante la reducción del número de concejales, el endurecimiento de los controles de gestión, etc. En este marco, hay que colocar también la reforma constitucional del Título V del Senado presentada por el Gobierno de Matteo Renzi (*supra excursus 4*).

El cambio hacia la centralización operada a través de leyes adoptadas por los gobiernos nacionales prácticamente no tuvo problemas en el juicio de constituciona-

3 Hace falta recordar que esta reforma en Europa fue apoyada principalmente por Alemania, que había introducido en el *Grundgesetz*, ya desde el año 2009, normas estrictas sobre el “freno a la deuda” y sobre la corresponsabilidad de los *Länder* en las políticas económicas nacionales.

4 Ver la revisión española de 2011 del artículo 135 de la Constitución, y la revisión italiana de 2012, que modificó los artículos 81, 97, 117 y 119 de la Constitución. Francia, con la sucesión de Hollande a Sarkozy a la Presidencia de la República, abandonó un proyecto similar de reforma constitucional, decidiendo modificar la legislación nacional sobre las finanzas públicas para adaptarla a las normas europeas (Ver MORRONE, 2013; GIUPPONI, 2014).

lidad: si nos fijamos en el contenido de las normas y se analizan las decisiones de los tribunales constitucionales, nos enteramos de que no siempre las medidas adoptadas por el legislador estatal se fundamentan en legítimas necesidades de protección de los ciudadanos frente a las consecuencias financieras de la emergencia (y no faltan, de hecho, ni siquiera los casos, aunque raros, en los que la Corte resistió a medidas discriminatorias en nombre del principio de igualdad⁵ —es decir que los sacrificios introducidos sean aplicables a todos aquellos que pertenecen a la misma categoría, sin distinción— y reaccionó a notables compresiones de la autonomía regional); así como, al revés, no todas las soluciones llevan a una compresión de los poderes regionales (la reforma presupuestaria en Italia, por ejemplo, atribuye un papel de coordinación financiera a la región en relación con el sistema de financiación local, superando, al menos según lo que queda escrito en las normas, el dualismo histórico entre regiones y municipios).

Desde un punto de vista general, los hechos confirman la hipótesis de que en situaciones de crisis, que amenazan la existencia misma del Estado de Derecho, el federalismo se muda en una dirección centrípeta, mejorando los poderes de los gobiernos nacionales y al mismo tiempo reduciendo aquellos de las entidades territoriales, sobre todo aquellos que resulten incompatibles con el principal objetivo.

(III) Los acontecimientos que tuvieron lugar en Europa, a diferencia de lo sucedido en otros lugares, muestran que el carácter incompleto del proceso de unificación política supranacional dejó las instituciones nacionales más vulnerables en las garras de la crisis económica y financiera. Hay que reflexionar sobre algunas paradojas. Por un lado, Europa tiene una moneda única —aunque no es así en todos los países de la UE— pero es “apátrida” (Visco, 2014, p. 3). El ordenamiento, pues, ofrece una asimetría dramática entre la singularidad de la política monetaria y la multiplicidad de las políticas presupuestarias y estructurales de los Estados. Por otra parte, el endurecimiento de las restricciones establecidas para asegurar la estabilidad y el equilibrio presupuestario resultan realmente sofocantes para las economías nacionales: se está demostrando que el control de la deuda y del gasto público, sin poderes fiscales europeos y sin una política económica europea, bloquea el crecimiento⁶.

Más allá de los aspectos particulares, aquel europeo es un caso problemático con una importancia de carácter general. La categoría de proceso federal, aplicada al caso de la Unión Europea, nos permite destacar claramente los límites de la

5 Se vean las decisiones de la Corte Constitucional italiana n.ºs 70/2012; 63 y 205/2013; 22 y 36/2014; 104/2013; 88/2014 en tema de equilibrio presupuestario.

6 A pesar del freno a la especulación financiera por parte del BCE durante el segundo trimestre de 2014, ninguno de los países del Viejo Continente, Alemania tampoco, tuvo valores del PIB tranquilizadores; esto porque la solución a la crisis depende de las reformas estructurales que cada país adopte, sin la existencia de un marco de referencia europeo.

integración “federal” indecisa, en la que fuerzas de distinta intensidad empujan en direcciones opuestas. Las instituciones europeas, los gobiernos nacionales y, cuando existan, los gobiernos regionales y locales no han alcanzado aún el equilibrio necesario ni las reglas estructurales correspondientes que permitan completar el *European process* como un verdadero proceso de federación.

Además de lo anterior, hay que pensar que el presupuesto de la UE sigue siendo solo “derivado” (además, de tamaño insignificante en comparación con las necesidades reales), financiado por las transferencias de los Estados miembros individuales; y a la restricción de empate presupuestario de la Unión (art. 310 del TFUE), que no permite se tomen decisiones de políticas expansivas y anticíclicas para compensar las restricciones impuestas a nivel estatal; y también a la falta de instrumentos financieros de mutualización de la deuda de los Estados, lo que retrasa irresponsablemente la necesidad de lograr una unión fiscal, transformando la solidaridad intergubernamental presente en una verdadera solidaridad constitucional. Vuelvo a repetir con otras palabras: sin un gobierno económico europeo, no será posible mudar la asociación actual de Estados en un sistema de gobierno federal (Caruso, Morvillo, 2014).

La crisis económica y financiera, por lo tanto, confirmó que en el viejo continente el “federalismo fiscal” está destinado a moverse desde el Estado a la dimensión europea: si estamos hablando de un “proceso federal”, en este nivel hay que definir políticas presupuestarias, tanto en los ingresos como en los gastos. Con las consecuencias que este cambio de perspectiva, inevitablemente, pueda producir en los Estados nacionales. Esta transformación solo está al principio, como parece ser el *fiscal compact* y del equilibrio presupuestario; pero estas medidas van en la dirección correcta de gobierno económico europeo.

También las políticas de los derechos fundamentales necesitan de un cambio. Europa es una experiencia constitucional “con varias velocidades” —y no en un sentido positivo en el que este término se utiliza normalmente— también por lo que se refiere a la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Esto no solo depende de la presencia de tres ordenamientos para proteger a los derechos potencialmente en conflicto (la Unión Europea, la CEDH, los Estados constitucionales). El mercado común europeo ha ido liberalizando el comercio, el movimiento de personas, de bienes y servicios, pero no ha reducido —al revés, de hecho, ha aumentado— la diferencia de protección social, especialmente para las clases más expuestas a la marginación y a la pobreza, debido sobretodo al *social dumping*, que se produce de forma natural entre los países que, a pesar de ser parte del mismo proceso de incorporación, tienen un diferente nivel de desarrollo económico, político y cultural.

La objeción sería: gracias a la CEDH, a la Carta de Derechos de Niza y al diálogo entre los jueces ya se ha alcanzado un nivel europeo de integración material, a través

de la acción conjunta de los tribunales nacionales y supranacionales para proteger los derechos. Es cierto, sin embargo, que la protección multinivel de los derechos, bien recibida por la casi totalidad de la doctrina constitucional europea como la nueva frontera del constitucionalismo centrado en una etérea “soberanía de los derechos” no se puede sustituir, ni siquiera en teoría, a un indispensable proceso político de integración, ya que el criterio jurídico de “una mejor protección de los derechos” puede garantizar, de todas formas, solo los casos concretos, y en general, solo en beneficio de las personas que gozan de más instrumentos y recursos que les permitan acceder a esta tutela.

4. Algunas conclusiones. El federalismo es un proceso que virtualmente se puede desarrollar de muchos modos, que se lleva a cabo de una manera dinámica a lo largo de la centralización-descentralización. No se puede reducir a un modelo puro: forma y fondo, estructuras organizativas y valores de contenido, son esenciales en cualquier proceso federal. El federalismo, sin embargo, es una superestructura: presupone cierta realidad, formada por la integración de las comunidades de las personas, que llevan consigo intereses diferentes y a la vez comparten un proyecto de vida común. En esta realidad, el federalismo debe ser capaz de adaptarse. Es este hecho material preexistente que permite predefinir el contenido de los modelos federales, mientras que es solo el resultado del constructivismo abstracto la idea de que los modelos puedan por sí mismos transformar valores, intereses y creencias que dan identidad a las formas sociales.

El tema del federalismo fiscal sigue a la letra este argumento: en cualquier posible traducción concreta, el conjunto de normas que regulan el flujo de los recursos fiscales y financieros entre el centro y la periferia está también estrechamente ligado a la estructura de las comunidades locales que conforman el Estado regional o federal. En todo caso, incluso cuando las comunidades territoriales sean muy diferentes, el proceso federal requiere equilibrio entre las necesidades de la unidad y aquellas de diferenciación. La reconstrucción de una “sociedad de iguales” (Rosanvallon, 2011) y la cohesión nacional, sin embargo, son la esencia del Estado constitucional y, por lo tanto, de la organización federal como su variante estructural: esta puede justificar cambios o interpretaciones del proceso federal en favor de las políticas nacionales con la contracción de aquellas regionales o locales. Desde este punto de vista, la objeción de los que dicen que en estas situaciones, en paralelo con la reducción de autonomía, lo que también se reduciría es la democracia, no centra el punto. Esta crítica confunde la democracia política con una forma particular de organización política, es más, solo con la forma de la *polis*. El concepto de democracia, sin embargo, implica la existencia de valores comunes y responsabilidades compartidas que se conectan a la difícil tarea de gobernar un pueblo. Al contrario: la crisis de nuestro tiempo mostró que el déficit

de democracia que viven las instituciones públicas depende o bien de la ausencia o bien de la debilidad de la política y del Derecho frente a la globalización y a los conflictos que esta produce. Por esta razón, es deseable que la crisis económica y financiera represente una oportunidad para que el “Leviatán” vuelva a vivir, con el fin de recuperar la posesión de las palancas de la economía y del mercado, para llevar a cabo su tarea esencial de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de la reducción del poder tecnocrático de las instituciones de la globalización que, en el vacío de políticas públicas, han ido ocupando un espacio que queda libre de forma irresponsable.

Hoy en día, en Europa, el objetivo de la cohesión social tiene un tamaño mayor que aquel de las constituciones nacionales. Y, efectivamente, es el déficit institucional europeo, o sea la falta de una constitución y de un gobierno en Europa –con el inevitable resultado tecnocrático que mejora los poderes aparentemente neutros pero necesarios a raíz de la presión de la crisis– que es el principal obstáculo para la democracia y el federalismo, tanto en Europa, tanto dentro de los Estados miembros de la Unión Europea. En el campo de los derechos fundamentales, como se ve con la comparación, la definición de un contenido básico es necesariamente general y, por lo tanto, nacional; mientras que no es así en lo que respecta a la aplicación y actuación de las políticas de los derechos, que, por esta razón, pueden ser objeto de diferenciación según las estructuras federales o regionales de un Estado.

Este equilibrio entre la definición nacional y la ejecución local es la medida característica del proceso federal de protección de los derechos fundamentales. Es, sin embargo, un marco muy general: incluso la ejecución puede ayudar a redefinir el contenido de un derecho fundamental, modificando su protección esencial. Con el resultado que, incluso en este contexto, se pueden considerar legítimos los cambios que se averigüen en consonancia con el objetivo de una igualdad en el disfrute de las libertades fundamentales. El federalismo se pone siempre para garantizar la libertad de todos los *cives* y no para la protección de las instituciones regionales o locales o, peor aún, de aquellos que las gobiernan.

Es posible todavía el federalismo en Europa? A esta pregunta se puede responder explicando que entre la integración europea y los procesos federales nacionales, no hay contradicción si el federalismo estatal se realiza en consonancia con el proceso federal en Europa. Hoy en día, los principales enemigos de la unión política de Europa son los gobiernos de los Estados miembros, no solo aquellos que establecieron históricamente su fundación y realizaron los acontecimientos posteriores, sino también los Estados que se incorporaron a la Unión después de la disolución de la Europa comunista que, recuperando la plena soberanía, ahora quieren aprovecharla lo más posible (o al menos sin demasiados límites exteriores).

La ideología más sensible a las cuestiones de federalismo no solo debe denunciar las transformaciones (no las “transiciones”) y, tal vez, la crisis de una fórmula de

organización política, sino tomar medidas para que se realice en el marco de la integración política europea. Las incertidumbres, las ambigüedades y las contradicciones de las experiencias federales de los Estados europeos dependen principalmente de las incertidumbres, las ambigüedades y las contradicciones del proceso federal europeo. Sería recomendable, sin embargo, que la doctrina del federalismo se fuese moviendo en la dirección de repensar las instituciones federales en el marco, deseable, de un gobierno de unidad europeo, en el que, a pesar de todo, no haya más necesidad de autonomías territoriales descentralizadas distintas de los Estados soberanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTINI M. *Il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- BARBERA A. *Regioni e interesse nazionale*, Milano: Giuffrè, 1973.
- BOLOGNA C. *Stato federale e "national interest": le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna: Bologna University Press, 2010.
- CARUSO C. e MORVILLO M. *Economic Governance and Budgetary Rules in the European Context: A Call for a New European Constitutionalism*, en *Diritto dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè, 2014, n.º 4, pp. 699-732. ISSN: 1125-8551.
- ELAZAR D.J. *Exploring Federalism* (1987), trad. it., *Idee e forme del federalismo*, Milano: Mondadori, 1998.
- FRIEDRICH C.J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York: Frederick A. Praeger Publishers, 1968.
- FRIEDRICH C.J. *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna: Il Mulino, 2002.
- GIANNINI M.S. *Regione e Stato moderno in Italia*, ahora en Id., *Scritti (1963-1969)*, vol. v, Milano: Giuffrè, 2004.
- GIUPPONI T.F. *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, en *Quaderni costituzionali*, Bologna: Il Mulino, 2014, pp. 51-77, ISSN 0392-6664.
- HAMILTON A. *The Federalist n. 23* (1788), en HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The Federalist*, trad. it., *Il federalista*, Bologna: Il Mulino, 1997.
- MORRONE A. *Lo Stato regionale nella transizione*, en S. Vassallo, S. Ceccanti (a cura di), *Come uscire dalla transizione*, Bologna: Il Mulino, 2004, pp. 247-265.

- MORRONE A. *Per un progetto di regione*, en Istituzioni del federalismo, Rimini: Maggioli, 2010, vol. 1-2, pp. 47-61. ISSN: 1126-7917.
- MORRONE A. *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, en Lavoro e diritto, Bologna: Il Mulino 2013, no. 3, pp. 357-382. ISSN: 1120-947X.
- MORRONE A. *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, en Quaderni costituzionali, Bologna: Il Mulino, 2014, no. 1, pp. 79-108. ISSN: 0392-6664.
- OLIVETTI, A. *L'ordine politico delle comunità*, Ivrea: Nuove edizioni Ivrea, 1945.
- RENAN, E. *Qu'est ce qu'une nation?*, Paris: Calmann Lévy Éditeur, 1882.
- ROSANVALLON, P. *La société des égaux*, Paris: Seuil, 2011.
- SALVEMINI, G. *Federalismo e regionalismo*, en Il Ponte (1949), pp. 830, ahora en Id., *Opere. Il Mezzogiorno e la democrazia italiana*, vol. IV.2, *Movimento socialista e questione meridionale*, Milano: Feltrinelli, 1961.
- VISCO, V. *L'uscita dalla crisi del debito sovrano: politiche nazionali, riforme europee, politica monetaria*, Lectio magistralis del Governatore della Banca d'Italia Vincenzo Visco, Pavia 25 marzo 2014, disponibile en <http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2014/visco-pavia-25-3>
- WHEARE, K.C. *Federal Government*, London, New York, Toronto, Oxford University Press (1963), trad. it., *Del governo federale*, Bologna: Il Mulino, 1997.

CAPÍTULO IX
LA ECONOMÍA Y EL ESTADO APARATO

JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ*

*La importancia de la Constitución económica
y la destrucción paulatina de la Constitución política*

SUMARIO

I. Presentación. II. La estructura dogmática de la Carta Política de 1991 III. La estructura orgánica de la Carta Política de 1991. IV. El modelo económico de la Carta Política de 1991. V. El Derecho constitucional económico nacional. VI. La Constitución económica colombiana.

I. PRESENTACIÓN

El cambio constitucional que comenzó en 1991 con la expedición de la nueva Carta Política de Colombia por una Asamblea Nacional Constitucional, que de inmediato y a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que le dio vida y legitimidad institucional se autoproclamó constituyente y sin límites, recogió para el sistema político nacional buena parte de las grandes transformaciones y evoluciones que vivieron las sociedades contemporáneas a finales del siglo XX, especialmente desarrolladas en Alemania, Italia, España, Portugal, EE.UU. y Brasil.

Una vez liberada de los libretos de la convocatoria constitucional, comenzó una dinámica superior en el interior de todas las fuerzas políticas y del gobierno nacional, que convocó a especialistas y a interesados en provocar el cambio en el fondo del modelo económico, endurecido durante cincuenta años en prácticas intervencionistas, reguladoras y empresariales, que debía ser sustituido por un nuevo régimen social que combinara a cabalidad las instituciones neoliberales, desreguladoras, aperturistas y privatizadoras con la autorización para que la iniciativa privada ocupara los espacios y algunas de las responsabilidades tradicionales del Estado y de las administraciones públicas con principios parciales de la economía de alcances y fines sociales, con instituciones, reglas y principios de rectoría, dirección, inspección, vigilancia, control e intervención estatal y pública en todo el ámbito de los derechos económicos y de los derechos sociales.

Cabe observar que ni dentro de las consideraciones substanciales ni en el marco de los acuerdos partidistas y propuestas previas del gobierno aparecía la voluntad de transformar el Régimen Económico y de la Hacienda Pública colombiano, y que ello ocurrió gracias a la dinámica de la transfiguración de la Asamblea Nacional Constitucional en una Asamblea Nacional Constituyente. Estos nuevos elementos de la ciencia del Derecho constitucional contemporáneo se expresaron jurídicamente en instituciones inicialmente poco examinadas entre nosotros, pero desarrolladas suficientemente por los modelos constitucionales que le sirvieron de fuente inmediata.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho administrativo y en Derecho público comparado, con estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Instituto de Estudios Europeos de Turín, Italia. Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Colombia.

Algunos de aquellos elementos fueron también desarrollados en el ámbito nacional siguiendo su evolución científica, principalmente en las fuentes jurisprudenciales originales como los de *Estado Social de Derecho* y los de *Economía Social de Mercado*.

El régimen económico colombiano fue modificado amplia y profundamente dentro de varios de los títulos de la Constitución Nacional; fue de los apartados constitucionales más transformados, pues se pasó de un régimen intervencionista, asistencial, benefactor, empresario, patrono y empleador, a un Estado de Economía Social de Mercado, dominado principalmente por las ideas y las instituciones del neoliberalismo con componentes solidarios y universalistas en materia de servicios públicos y de seguridad y asistencia social.

Desde la Constitución se propuso la privatización, supresión o liquidación de la mayor parte de las empresas estatales ineficientes y deficitarias; se establecieron las reglas de la desregulación de las actividades privadas salvo la de las actividades bancarias, financieras y aseguradoras; se decretaron fórmulas de apertura e internacionalización de los mercados y de la economía y los derechos a la libre competencia, la libre concurrencia y los derechos de la empresa, aun en espacios y ámbitos tradicionalmente reservados al Estado y sus agencias.

De igual modo, desde la Constitución se ordenó la participación de los varios actores privados y sociales en los procesos económicos, especialmente en la privatización de las actividades asistenciales y de seguridad social, en materia de viejos y nuevos servicios públicos. Como veremos, la primera de las reformas introducidas en este campo son las que se refieren a la supresión de la cláusula que permitía la expropiación sin indemnización por razones de equidad que introdujo el gobierno del presidente Andrés Pastrana al artículo 58 del texto original de la Carta para dar mensajes de seguridad jurídica y política a los inversores extranjeros y para promover su actividad confiada en nuestro país.

En el mismo sentido, se han impulsado y replanteado algunos elementos de las reformas de las constituciones de la década de los noventa, especialmente en lo que hace a la introducción de reglas de solidaridad, universalidad y generalidad en materia de servicios públicos domiciliarios y de derechos sociales aun en los prestados por particulares o por la comunidad misma, que plantean la existencia de un modelo de economía social de mercado y que permite altos grados de intervención y orientación pública de los recursos. Esto ha planteado de nuevo y en algunos países nuevas reformas constitucionales que permitan orientar y cautelar las injusticias sociales y el desequilibrio económico.

Además, la importancia de la Carta Política de Colombia consiste en que desde su redacción inicial se le introdujeron varios de estos componentes transversales y racionalizadores de solidaridad, generalidad y universalidad al lado de los elementos relacionados con la productividad, la competitividad, las desregulaciones y la globalización.

La realidad económica, política, social y cultural aún dista sustancialmente de las condiciones objetivas requeridas, a tal punto que no se ha logrado siquiera implantar todavía un verdadero Estado de Derecho en buena parte del territorio nacional, y todavía se hacen esfuerzos inmensos por consolidar acuerdos de paz con grupos armados insurgentes de inmenso poder destructivo y terrorista.

Se trata de una sociedad excluyente y fragmentada que no ha logrado cohesionar al conjunto de los ciudadanos en torno de un proyecto colectivo, de un modelo de desarrollo que no ha incorporado productivamente a gran parte de la población en la vida social y económica de la nación, de la crisis de lo político como instrumento colectivo de construcción de un orden social a partir de su función de representación y expresión de los intereses, problemas y tensiones de la sociedad, y de un Estado ineficaz para el cumplimiento de sus responsabilidades básicas y en ocasiones suplantado por intereses privados poderosos.

Su desarrollo nacional comenzó con muy vigorosos y osados avances de la jurisprudencia nacional de las dos primeras generaciones de jueces constitucionales y adquirió ritmos menores con el paso de los años hasta su estado actual de evidente estancamiento. Sobran las referencias específicas a la importancia histórica del periodo de fin de siglo en el que se pudo redactar nuestra Constitución y a los grandes cambios vividos en todo el mundo occidental en dichos años, especialmente con la disolución de la Unión Soviética, la consolidación de las doctrinas neoliberales en América, la revolución judicial americana y la tercera oleada de la democracia y del constitucionalismo en América Latina.

Lo que ha ocurrido en los últimos quince años con la Constitución económica colombiana ha sido la consolidación de un proceso de demolición de la segunda vía que adoptamos con el modelo de economía social y su transformación anestesiada en otro régimen económico desprendido de las responsabilidades sociales en serio y más ocupado en la consolidación de una infraestructura vigorosa promotora del mercado de recursos naturales y del mercado internacional de los mismos. Para ello ha recurrido a la politización orgánica de las instancias de decisión y administración de los recursos públicos y de reducción de los alcances de los derechos sociales de los trabajadores y de la población en general.

II. LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LA CARTA POLÍTICA DE 1991

Desde luego, y en mucho, la estructura normativa de la Carta Política de 1991 es más rica y compleja que la contenida en la Constitución de 1886 y sus importantes reformas de 1936, 1968 y 1986; es reflejo y traducción de las modernas tendencias del Derecho constitucional en lo que hace entre otras instituciones a la adopción de técnicas específicas de redacción de las disposiciones constitucionales sustanciales

y a la incorporación más o menos pacífica de contenidos jurídicos relativamente nuevos en nuestro medio, como es el caso de los derechos constitucionales fundamentales y de los derechos sociales, económicos y sociales, y de los instrumentos judiciales de protección directa de la mayor parte de ellos.

Su valor normativo pleno, decretado directamente por el artículo 4 de la Carta Política, desde el inicio de su vigencia generó serias reflexiones y conflictos técnicos en nuestro medio, resueltos con fuerza notable en la Corte Constitucional, pues, como ocurre en las modernas constituciones, su estructura comprende, además de reglas y subreglas específicas de origen, contenido y finalidades políticas, otras disposiciones redactadas en forma de principios; estos, a su vez, se redactan como objetivos, fines, valores y subprincipios, y principios parciales, todo lo cual significó enfrentar los retos de una nueva disciplina jurídica principalmente hermenéutica y práctica que hace parte del llamado neoconstitucionalismo, incorporado con generosidad por la primera Corte Constitucional.

Los sistemas jurídicos que se manifiestan en las Constituciones contemporáneas como la colombiana de 1991, inspirada en esta materia en Constituciones como la española de 1978, son en esencia sistemas abiertos integrados principalmente por principios y reglas de carácter abierto, con muy pocas definiciones específicas y puntuales de carácter restrictivo y limitante.

Además, estos sistemas son tendencialmente dinámicos y aparecen compuestos por disposiciones jurídicas que expresan valores superiores, principios generales del ordenamiento jurídico político, principios constitucionales, principios parciales, subprincipios, programas y fines constitucionales, especialmente dirigidos a promover el Estado social de Derecho, el régimen de economía social de mercado y los valores, fines, objetivos y programas del modelo de bienestar social, lo que demanda suficientes supuestos de autocontrol y restricciones institucionales para evitar la demagogia y el populismo judicial.

De otra parte, los principios y su estructura textual, dada especialmente por la existencia de silencios normativos, generan en muchos casos la posibilidad de reconocer y descubrir la existencia de principios implícitos y de promover por vía legislativa y, ahora por vía judicial, su reconocimiento expreso y práctico. En este sentido, es evidente que esta condición estructural también genera una especie de sobrecarga de principios y que la ausencia de determinaciones normativas objetivas y completas en buena parte de la misma conduce a amplios niveles de indeterminación, flexibilidad y apertura sustancial, todo lo cual favorece su desarrollo práctico de modo dinámico.

Así, la Constitución fue reflejo inicial y traducción fiel de las modernas tendencias del Derecho constitucional en lo que hace, de una parte, a las nuevas formulaciones ideológicas de los modelos de Estado, de sociedad, de Derecho y de libertad sustanciales que traducen expresiones política post-igualitaristas y post-

materialistas. Dichas tendencias se expresan en la adopción de técnicas nuevas y específicas de redacción y de configuración estructural de las disposiciones constitucionales como las que se refieren a las varias categorías de derechos constitucionales y a las relaciones entre las varias categorías de leyes.

Además, aquellas tendencias se expresan de modo directo en el texto de la Carta Política con la incorporación más o menos pacífica de contenidos jurídicos relativamente nuevos en nuestro medio, como son las pautas y reglas hermenéuticas de origen constitucional que tienen relación con el pluralismo y la democracia, y con la definición e integración multiorgánica del Estado y de las varias administraciones públicas.

Algunos de los elementos que transformaron el régimen constitucional colombiano contemporáneo fueron los que integraban la noción inicial de Estado Social y Democrático de Derecho contenido en el texto de la Carta política de 1991, para arribar a las puertas del concepto de Estado Democrático Avanzado, al reforzar las reglas que permitirían alcanzar permanentes y actualizados consensos en los diversos espacios y sedes de la sociedad organizada, así como en sus diversos fragmentos, y al reconocer nuevos y diferentes actores sociales válidamente habilitados para desarrollar actividades y para actuar como interlocutores de los cometidos públicos.

En las materias relacionadas con el régimen de los derechos y libertades, encontramos otro grupo de componentes normativos de nuestras instituciones constitucionales que hace parte de las regulaciones sobre los derechos constitucionales fundamentales, sociales, económicos y colectivos que han sufrido una notable evolución y un profundo desarrollo jurisprudencial y legislativo.

En efecto, en estos otros apartados de la Carta Política de 1991 se aprecian grandes evoluciones de singular importancia, como el catálogo de derechos constitucionales fundamentales cuyo valor ha sido reforzado con las cláusulas de la aplicabilidad inmediata y su refuerzo judicial en las relaciones entre particulares por medio de la acción de tutela que los hace exigibles de modo preferente.

Dicho reforzamiento también aparece con la incorporación del bloque de constitucionalidad y las demás cláusulas preferentes. Además, se encuentra un abundante grupo de derechos colectivos y del ambiente, de derechos económicos y de derechos sociales.

También existe en la Carta Política de 1991 otro catálogo de derechos económicos y sociales, de carácter sustancialmente programático. Esta cláusula se afirma en la ampliación del catálogo de los derechos constitucionales y en el refuerzo del valor jurídico de los mismos o el establecimiento de una posición preferente de ellos por virtud de la incorporación de los principios que disponen la igualdad material y real de las personas, y la eficacia plena de los derechos constitucionales fundamentales, inclusive en caso de relaciones entre particulares.

III. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CARTA POLITICA DE 1991

De manera muy general y en resumen, tenemos que los principales cambios en el régimen constitucional son los siguientes:

a. La forma del Estado pasó de ser la de un Estado Unitario centralizado a la de un Estado Unitario Complejo de configuración progresiva. Se entiende que se pueden crear progresivamente otras entidades territoriales, como regiones y provincias, además de los departamentos, municipios y distritos que existen originariamente, al lado de los territorios indígenas que pueden adquirir la categoría de entidades territoriales. Además, las entidades territoriales se revisten de autonomía administrativa, de planeación y de la definición de los usos del suelo y en parte de autonomía política; también tiene derechos constitucionales y derechos económicos y fiscales respetados como los derechos de los particulares.

b. La noción de soberanía adoptada por la Carta Política de 1991 ahora es la de la Soberanía Popular, a diferencia de la vieja noción de Soberanía Nacional, que quedó reducida a ser un atributo exterior del Estado como persona de Derecho internacional. Este cambio fundamenta, además, las instituciones de la democracia participativa y deliberativa, como el caso de la Iniciativa Popular, las Consultas Populares, la Revocatoria del Mandato, los Cabildos Abiertos y los varios tipos de referendos, entre otros.

c. En materia del régimen político, nuestra Constitución adoptó instituciones que racionalizan y refuerzan el régimen presidencial tradicionalmente acotado y limitado por los partidos políticos; se establecen instituciones de desbloqueo y de fortalecimiento del poder presidencial al lado de instituciones de control político como las citaciones a los ministros y la Moción de Censura, recientemente modificada, dinamizada y extendida a los gobiernos territoriales y locales.

Sostenemos que, por primera vez, se trata de restablecer la confianza en el gobierno del gobierno y no en el gobierno por estados de excepción. El presidente colombiano sigue siendo Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Jefe Supremo de la administración; además, puede poner en vigencia tratados internacionales de naturaleza económica antes de su adopción legislativa; puede recibir a solicitud suya facultades legislativas temporales y puede decretar, con límites normativos, materiales y temporales, los estados de excepción. El presidente de la República también quedó revestido de facultades superiores como Jefe de Estado para suscribir Tratados de Paz sin someterlos a la aprobación del Congreso, y estos incluyen los tratados de paz interna como sucedió en 1902 para terminar la Guerra Civil de los Mil Días con los llamados tratados de Chinácota, Neerlandia y Wisconsin.

En las reformas introducidas a nuestro régimen político constitucional desde la reunión de la Asamblea Constituyente, se trató de establecer mecanismos institucio-

nales para asegurar a todos los ciudadanos en igualdad de oportunidades el cabal y pleno acceso a una información exacta sobre los programas de acción política y las capacidades e instancias para que se puedan debatir con transparencia y eficacia.

En este sentido, se destaca el intento de fortalecer de la participación social y la colaboración de los particulares en el ejercicio de las capacidades orientadoras y de planeación, en las responsabilidades del Estado y de la administración, en la prestación de servicios y el manejo de bienes, el más amplio espectro de las competencias de los jueces, los nuevos instrumentos de la democracia participativa, la desregulación administrativa y la autorregulación privada, las nuevas libertades económicas, la igualdad sustancial y el acceso a bienes y servicios, son parte de las respuestas del constitucionalismo contemporáneo pluralista y de consenso que se incorporan en la nueva Constitución.

d. La organización del Estado Colombiano fue modificada de modo radical, como quiera que se pasó del viejo esquema de la división tripartita del poder y de separación orgánica y de colaboración funcional entre los varios actores del régimen político a un Estado Multiorgánico con un buen número de órganos, organismos, entes y entidades constitucionales o de importancia y relieve constitucional. Se crearon órganos autónomos e independientes, organismos autónomos de control y órganos y organismos de administración y de gobierno en el interior de las ramas del poder.

Como organismos autónomos e independientes tenemos a la Junta Directiva del Banco de la República, la suprimida Comisión Nacional de Televisión –reemplazada ahora por la llamada Autoridad Nacional de Televisión– y la Organización Nacional Electoral, integrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el muy reformado Consejo Nacional Electoral. Como órganos de control aparecen el llamado de modo equívoco en Colombia Ministerio Público, integrado por la hipertrofiada Procuraduría General de la Nación y la oficina del Defensor del Pueblo; también es órgano de control la igualmente hipertrofiada Contraloría General de la República, acompañada de las contralorías territoriales y la Auditoría General de las contralorías.

Como órganos de autogobierno y administración en las ramas del poder y aun de los organismos autónomos e independientes, tenemos el llamado Consejo Superior de la Judicatura, recientemente suprimido de la Carta Política en una muy cuestionada reforma constitucional llamada de Equilibrio de Poderes, y la Fiscalía General de la Nación en la Rama Judicial, las direcciones administrativas de las cámaras del Congreso de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral en la Organización electoral.

Desde luego, esta nueva disposición multiorgánica del Estado colombiano obedece a una concepción contemporánea de la supuesta neutralización del poder político, especialmente de los miembros de las ramas legislativa y ejecutiva para

asegurar mayores niveles de democracia y de independencia política en áreas de alta trascendencia para el régimen constitucional. Como organismos constitucionales tenemos el Consejo Nacional de Planeación, la Comisión de Concertación y de Solución de Conflictos Laborales, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Contaduría General de la República.

f. El régimen de partidos políticos encontró por primera vez en la Carta política de 1991 una verdadera respuesta democrática y modernizadora con instituciones de variada naturaleza orientadas a su institucionalización, organización y control por los órganos autónomos e independientes de la organización electoral relacionados con su personería jurídica, su organización de democrática, con su financiación y con la financiación estatal y con el control de su gastos.

Se garantizó el derecho a conformar partidos y movimientos sociales y se establecieron las bases del estatuto de la oposición y el acceso a los medios de información. Una de las críticas que se hizo a esta regulación inicial fue su extrema apertura y la facilidad para la constitución de partidos y movimientos políticos y a ello se le atribuyen las causas de algunos problemas del régimen político posconstitucional. Todo esto motivó varias de las reformas relacionadas con las listas, el umbral, la cifra repartidora, el voto preferente, la disciplina de bancadas, etc.

g. En materia de regímenes de control, la Carta Política de 1991 establece un variado y amplio catálogo de instituciones para efectuar el control político del Congreso al poder ejecutivo, el control disciplinario que ejerce de modo preferente el llamado Procurador General de la Nación, que no es más que un inspector general disciplinario de la Administración pública, el control fiscal y el control penal en los varios fueros que se reconocen, especialmente el fuero penal directo y pleno de la Corte Suprema de Justicia sobre las causas penales de los miembros del Congreso de la República y la acción de pérdida de investidura de los congresistas, directamente tramitada ante el Consejo de Estado.

En algunos casos, se han formulado fuertes críticas al funcionamiento de los regímenes de control sobre la conducta de los servidores públicos y se ha llamado a este asunto penalización de la política y de politización de la justicia penal y disciplinaria. En este último asunto, es evidente la desastrosa desfiguración política de la noción colombiana del Procurador General de la Nación y la agresiva hipertrofia presencialista de nuestra Contraloría General de la República.

Se incorporan como mecanismos de control civil y de control orgánico las instituciones de la Acción de Tutela sobre la conducta de los servidores públicos cuando amenazan violar o violan los derechos constitucionales fundamentales, las Acciones Populares relacionadas con la moral administrativa, los bienes y el patrimonio público y los intereses colectivos; el control de legalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y los nuevos controles políticos, como es el caso

de la moción de censura a los ministros y a los altos dignatarios del gobierno y de la rama Judicial.

El control fiscal del manejo oficial de los recursos públicos en cabeza de la Contraloría General de la República y el muy efectivo Sistema de Control de Constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales equiparables. También el control de constitucionalidad y de legalidad de los demás actos normativos del estado en cabeza del Consejo de Estado.

En materia de control fiscal, la Carta Política de 1991 escogió el sistema de la Contraloría General de la República a través del llamado control posterior y selectivo y el control de resultados y de eficiencia de la gestión administrativa y la promoción de las instituciones del llamado control interno de las administraciones.

h. La organización y los supuestos esenciales de funcionamiento de la Rama Judicial y de la Administración de la Justicia resultó tan modificada en esta nueva Constitución que no se conocen precedentes internos relacionados con la mayor parte de sus nuevos principios y reglas. En primer lugar, se afirmó un régimen de judicialización de la Constitución y de constitucionalización de la administración de la justicia; se creó la Corte Constitucional que reemplazó a la Corte Suprema en la función del control de constitucionalidad, se creó el ahora suprimido Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación.

Además, se incorporaron instituciones procesales como las de la acción de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento. Se crearon las figuras de los jueces de paz y se reconocieron los derechos de los indígenas para administrar justicia en sus territorios.

i. El régimen de control constitucional fue transformado sustancialmente no solo con la creación de la mencionada Corte Constitucional, sino con la creación de nuevas vías y procedimientos de control y de acceso a la justicia, especialmente la ya mencionada Acción de Tutela. En estas materias, nuestro régimen ha sido reconocido como uno de los más completos y complejos, y la expansión de las actividades de la justicia constitucional significan uno de los elementos principales de nuestra evolución.

Cabe destacar el enfrentamiento no resuelto entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con la Corte Constitucional en materia de la procedencia de las acciones de tutela contra sentencias judiciales. Este enfrentamiento ha generado varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a desmontar la acción de tutela de nuestras instituciones, pero, sin excepción, ellos han fracasado de manera rotunda, ya que esta institución se ha consolidado como una de las de mayor respetabilidad y legitimidad en el nuevo ciclo constitucional.

IV. EL MODELO ECONÓMICO
DE LA CARTA POLÍTICA DE 1991

De otra parte, en cuanto al régimen económico en la Carta Política de 1991, se trata del modelo llamado *Economía Social de Mercado* y de una nueva modalidad de responsabilidades, compromisos y deberes sociales compartidos entre Estado, administraciones públicas, patronos o empleadores, trabajadores y demás actores de los colectivos sociales abiertos en lo que, por otra parte, se llama *Welfare Mix*.

A este respecto, cabe señalar que la Constitución política del Estado español apenas y recién cumplía once años de existencia y su tribunal constitucional no pasaba de más de diez años en funciones; no obstante, fue evidente la influencia de sus instituciones complejas en materia de modelo constitucional de la economía y del Estado Social en materias de los derechos y principios de rango constitucional a la hora de redactar y aprobar las instituciones colombianas y en el proceso de desarrollo jurisprudencial en cabeza de la Corte Constitucional.

Su desarrollo nacional también fue abordado por las legislaturas que han transcurrido después de la expedición de la Carta Política y hoy nos encontramos ante un formidable y muy complejo Derecho público nacional que expandió el alcance de los derechos fundamentales y solo de algunos derechos sociales¹.

Estas han sido profundamente adicionadas y reformadas en parte por el mismo órgano legislativo ordinario pero, también, han sufrido un profundo tratamiento de adiciones y reformas que la han alterado de modo altamente significativo con instituciones realmente exóticas y ofensivas al modelo mismo de Estado social de Derecho y de justicia constitucional, como es el caso de la obligatoriedad general y el sometimiento judicial a la llamada regla fiscal, del equilibrio fiscal, del impacto fiscal y de la llamada sostenibilidad fiscal.

El inicial desarrollo progresista de la Carta Política de 1991 se ha hecho desde luego, con los trabajos de la Corte Constitucional creada bajo el nuevo modelo de justicia y especialmente de administración de justicia constitucional. Esta Corte y los demás jueces en funciones de tutela de los derechos constitucionales han desarrollado, promovido y ejecutado de modo extraordinario y admirable el texto de la mencionada constitución política, en especial en materia de los derechos constitucionales fundamentales y de los derechos sociales, entre los que ocupan especial lugar los derechos a la seguridad social y los derechos económicos sociales, la mayor parte de ellos relacionados con la dignidad humana, la solidaridad y la igualdad real y efectiva.

¹ Especialmente cabe destacar las leyes sobre los mecanismos de participación ciudadana, las reglas para la prestación, control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, los varios regímenes de seguridad social y de medio ambiente que llevan los números 134 y 142 de 1994, y 100 y 99 de 1993, respectivamente.

La mencionada actividad jurisprudencial ha sido influenciada de manera notable por su apertura a las doctrinas constitucionales europeas y por su diálogo de niveles iniciales con su jurisprudencia, de las cuales se destacan las nociones de Derecho Constitucional de la Economía, la Economía Social de Mercado y la reglas del Estado Social, las disposiciones sobre la prevalencia del gasto público social y de los recursos fiscales, la fundamentalización constitucional de los derechos sociales, los principios de la garantía ineludible del mínimo vital y de la dignidad de la persona, y del no retroceso o inderogabilidad de los contenidos de los derechos sociales, entre otros, como veremos más adelante.

Es evidente en esta evolución político-constitucional que la jurisprudencia de los jueces constitucionales tomó partido por la expansión y desarrollo de los derechos constitucionales de contenido social y económico, y por el poder regulador y rector del Estado. Así, es posible afirmar que a pesar de las graves dificultades de orden público y de seguridad ciudadana que ha sufrido la República de Colombia, el modelo de Constitución adoptado en 1991 gracias al inicial impulso generoso de la Corte Constitucional se ha aplicado con una dinámica y una fuerza no imaginadas inicialmente, y fue visto en un momento como un trabajo paradigmático y merecedor de los mayores reconocimientos académicos y políticos, pues han servido para soportar la acción de los actores legítimos del régimen político para promover el crecimiento económico, la reducción de los índices de pobreza absoluta y la consecución de un poco de desarrollo social sostenible y para mantener, en medio de las mayores dificultades en el orden público y la paz social, la vigencia y operancia del orden jurídico y las instituciones públicas.

Sin duda el diálogo de nuestros jueces con la Jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos ha servido para promover el empleo de un mismo lenguaje y unas sendas similares en la ruta de la protección de los derechos humanos y de los derechos constitucionales.

El proceso de legitimación del cambio constitucional en Colombia ha sido arduo y difícil en el plano de las disciplinas jurídicas y, especialmente, en el terreno del derecho judicial y en lo que se ha llamado la disciplina del derecho viviente, principalmente por la fuerte reacción inicial de los representantes del viejo pensamiento jurídico, que encontraban en la antigua judicatura su expresión natural.

No obstante las mencionadas dificultades nacionales, la mayor parte de los juristas y de los operadores jurídicos de la Carta Política de 1991 en nuestro medio, paulatinamente, han comprendido que las transformaciones introducidas a partir del texto constitucional, hacen parte de las modernas tendencias del Derecho Constitucional y que, ahora, ellas tienen suficiente espacio de legitimidad en Colombia, como lo tienen en la mayor parte de las democracias contemporáneas, a pesar de las profundas crisis que han atravesado y aun atraviesan modelos económicos de los cuales incorporamos notables instituciones del Estado Social. En este tema,

como ocurre en otros ya madurados por la doctrina del Derecho Constitucional colombiano, se hace indispensable mantener y promover el diálogo vigoroso entre nuestras cortes y no solo entre los órganos multilaterales de financiación ni entre los titulares del poder ejecutivo, que diseñan, copian e implantan modelos artificiales de las llamadas tercera y cuarta vía.

La profundidad y dinámica del sentido constitucional de las disposiciones jurídicas introducidas en Carta Política de los colombianos por la Asamblea Nacional Constitucional o Constituyente han significado, además de graves dificultades políticas para el poder legislativo, profundos retos científicos y técnicos para los varios operadores jurídicos, especialmente para los juristas que aún sostienen doctrinas y jurisprudencias antagónicas y disolventes de las bases del mismo modelo como en los casos de la prestación estatal y oficial de los servicios públicos domiciliarios y de la seguridad social en salud y en pensiones.

De otra parte, pareciera que en la mayor parte de los procesos de reforma a la Carta Política de 1991 se ha tratado de establecer condiciones de gobernabilidad democrática y sostenible para garantizar la viabilidad económica y superar los problemas recurrentes que en países como Colombia se pueden resumir en elementos como la corrupción, la exclusión social y económica, el desempleo, el bajo crecimiento y la inestabilidad económica, la impunidad y la inseguridad pública y ciudadana.

Con base en esta realidad sustancial que se ha consolidado en los últimos veinte años de vigencia vigorosa del nuevo texto constitucional, y para comprender sus verdaderas dimensiones y alcances, es necesario el examen sistemático de las transformaciones más recientes de las sociedades y de los Estados contemporáneos y, especialmente, es preciso examinar en varias dimensiones lo que ha ocurrido en Colombia después de la expedición de este documento, especialmente las dificultades y las varias transformaciones políticas, así como los avances y los retrocesos de la disciplina judicial. En todo caso, es claro que las nuevas constituciones como la colombiana son el parámetro objetivo de interpretación del resto del ordenamiento constitucional y de la restante estructura del ordenamiento jurídico.

V. EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO NACIONAL

El Derecho Constitucional Económico es una de las más complejas y vigorosas disciplinas que hacen parte del Derecho público contemporáneo, y en su desarrollo en los últimos cincuenta años varios regímenes constitucionales de Europa y América han recibido una muy notable y grande influencia suya, como en el caso de Colombia en el proceso constituyente de 1991, y han adoptado con sobrecarga un amplio catálogo de disposiciones normativas con efectos directos en el desarrollo

de la vida económica y política de los Estados y, en general, de todas las personas y grupos de personas en diversos escenarios y situaciones regulados directamente por aquellas disposiciones.

También suele llamarse al conjunto de sus disposiciones, similares a las que hicieron parte de la versión inicial de la Carta Política de 1991, “régimen de bienestar mixto” o *Welfare Mix*, ya que este tipo de regímenes, desde su versión original, también y en todo caso suponen la participación privada junto a la acción del Estado y de las administraciones públicas en la prestación de servicios públicos y en la atención de prestaciones sociales de contenido económico y asistencial.

En efecto, los modelos de Estados de bienestar mixto han sido ricos en regulaciones relacionadas con la prestación privada de servicios públicos y con la atención privada de varios derechos fundamentales de contenido económico y con varios derechos sociales de orden económico social, hasta denominarse derechos sociales fundamentales bajo reglas y condiciones que no desvirtúan ni pueden desvirtuar la noción de lucro y beneficio privado en la prestación de servicios sociales esenciales y en la atención de varios tipos de necesidades y prestaciones sociales como pensiones, riesgos laborales, salud, saneamiento básico, educación, bienestar social y nutrición de la población, sometida a las reglas constitucionales que aseguran principalmente elementos como los de la universalidad, solidaridad y redistribución de ingresos, la finalidad social del Estado y de los servicios públicos. Asimismo, la Constitución política establece principios parciales y subprincipios especiales que mantienen poderes y atribuciones de regulación, inspección, vigilancia y control en cabeza de las autoridades administrativas.

Como vimos, la Carta Política de los colombianos expedida en 1991 recoge una versión de esa sustancial tendencia y adopta desde sus inicios un modelo que se arroja con los supuestos doctrinarios y dogmáticos del llamado régimen de Economía Social de Mercado. Este aparece entre nosotros siguiendo la vertiente española y alemana con fuertes ingredientes de responsabilidad e iniciativa privada, aun en áreas tradicionalmente reservadas al Estado y a las distintas administraciones públicas, principalmente territoriales, sustituyéndolas de modo notable y vigoroso con presencia empresarial privada muy activa en áreas de servicios públicos tradicionales y contemporáneos y asistenciales, y con otros grandes componentes sustanciales de principios y reglas estructurales de orientación dogmática, de rectoría, participación, intervención y control de los agentes públicos en los procesos productivos y de gestión de los servicios públicos y de la seguridad y la asistencia social, así como en materias prestacionales y de derechos sociales.

Recientemente y en el marco de la crisis económica y fiscal de Europa Central y de Norteamérica, se han producido varias oleadas de cambios y adiciones constitucionales de contenido económico y de organización de las finanzas y del gasto público en materia social que han producido rectificaciones estructurales,

reorientaciones sustanciales en el papel de los agentes privados y empresariales, y grandes recortes en los presupuestos públicos, en los que se adopta una *tercera vía* promocional del desarrollo de la infraestructura y de grandes negocios en recursos naturales y de minería con la participación política de los miembros de las coaliciones de gobierno, y a ellos no hemos escapado los colombianos. Esta nueva doctrina se introduce paulatinamente entre nosotros desde finales del gobierno de Álvaro Uribe Vélez, hasta las más fuertes reformas correctivas y sustitutivas en el proceso constituyente de 2011, en los inicios del gobierno de Juan Manuel Santos.

De otra parte, hemos disfrazado las últimas crisis fiscales principalmente en materias relacionadas con la seguridad social en salud, con la protección integral al menor, la seguridad alimentaria y ambiental, con acciones de intervención y liquidación de algunas empresas privadas que prestan esos servicios en salud más bien con el propósito de ocultar el fracaso de las políticas de inspección y control de ellas y de los recortes fiscales ante la expansión constitucional de sus alcances, pero los desajustes recientes no han sido resueltos por esa vía. Los recortes y los controles al gasto en materias sociales y asistenciales han conducido en Colombia a una muy grave y delicada crisis no resuelta todavía en salud y alimentación de comunidades desprotegidas.

También han surgido y se han incorporado, con el aval de la Corte Constitucional de Colombia, serias limitaciones y reestructuraciones en la iniciativa política para decretar los gastos y en su distribución social, en las que prevalecen la Constitución Política y las necesidades de gobernabilidad presidencial a las regulaciones sociales de la Constitución Económica del Estado Constitucional, principalmente en los componentes del Estado Social². Hoy se hace prevalecer en la Constitución la necesidad de repartir los recursos en materias relacionadas con la infraestructura vial, de puertos y aeropuertos y se descuida la distribución de recursos que soporten los designios sociales de la Constitución económica.

La última de aquellas oleadas, especialmente en el caso de Colombia, introducen modificaciones restrictivas del alcance y del ámbito de los derechos sociales y económicos de contenido fiscal, como en el caso de los regímenes de pensiones y

2 El artículo 356 de la Carta Política de 1991, reformado por Acto Legislativo número 1 de 1993, a su vez modificado posteriormente por el Acto Legislativo número 4 de 2007, establece las reglas para la distribución de las competencias y recursos con los que se atienden los servicios a cargo de la Nación y de los departamentos y municipios. Así, se creó y se modificó con adiciones el *Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios* y se impuso al Gobierno Nacional el deber de presentar el proyecto de ley que regule la organización y el funcionamiento de ese sistema. Además, en el artículo 345 de la Carta Política, el Acto Legislativo número 1 de 2001 introdujo un párrafo transitorio que estableció, para las vigencias fiscales de los siguientes seis años una restricción en el aumento de las apropiaciones en la ley anual de presupuesto por seis años limitándolo a la tasa de la inflación más el uno punto cinco por ciento.

del gasto en salud y educación pública, saneamiento básico y de servicios públicos esenciales, de una parte³.

De otra parte, dicha oleada introduce serias modificaciones al régimen político en el Acto Legislativo número 5 de 2011, que consisten principalmente en la parcelación y concentración gubernamental de las facultades de administración de los ingresos fiscales y de los recursos públicos para que estos se orienten desde los organismos gubernamentales de planeación y de administración de los servicios públicos, de conformidad con las necesidades de gobernabilidad general del régimen político. Se trata de una especie de subordinación de las instituciones sociales y fiscales de la constitución económica a los fines de gobernabilidad política, y por ello se crea el llamado Sistema General de Regalías⁴.

Este es uno de los más serios desajustes a la doctrina tradicional del Estado Social de Derecho, pues quedan todos los recursos de la regalías en manos de los grupos políticos con representación política en el Congreso de la República y en los gobernadores y alcaldes.

Se puede citar otro cúmulo de organismos en los cuales se depositan los recursos fiscales multimillonarios de la Nación que se hallan por fuera del Presupuesto General de la Nación y que son administrados directamente por el Gobierno Nacional en compañía de representantes de los partidos políticos y de gobernadores y alcaldes, como el Fondo de Adaptación, el FAER, el FASNI, el FOES, el FMPEP, entre otros, aparte del Departamento de la Prosperidad Social, y el Departamento Nacional de Planeación.

En aquella reforma también se modifica el artículo 361 de la Constitución Nacional y se introducen los llamados fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, de Desarrollo Regional, de Compensación Regional y de Ahorro y Estabilización encargados de hacer cumplir los objetivos y fines del Sistema General de Regalías como instrumentos de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Minas y Energía y el Departamento Administrativo Nacional de Planeación para distribuir políticamente a través de las OCAD la mayor riqueza nacional actual⁵.

3 En la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo número 4 de 2007 al artículo 356 de la Carta Política, se introdujo un inciso nuevo que le entregó al gobierno nacional la competencia para definir "... una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral del gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del sistema general de participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad".

4 El artículo 360 de la Constitución fue modificado por el Acto Legislativo número 5 de 2011, para permitir la creación del llamado *Sistema General de Regalías*, mediante el cual la Ley, a iniciativa del Gobierno, determine la distribución, los objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables. Estos recursos quedan por fuera del presupuesto general de la Nación y no hacen parte del *Sistema General de Participaciones*.

5 A manera de anexo de esta ponencia, transcribo integralmente el texto de los dos artículos de la Constitución modificados por el Acto Legislativo número 5 de 2011, que son la fuente de la llamada mermelada nacional

Además, la mayor osadía de los promotores de las últimas tendencias de reformas y de retrocesos en los contenidos del Estado Social y Democrático de Derecho ha llegado a establecer incidentes de naturaleza procesal constitucional para permitir a los gobiernos detener y forzar la alteración del contenido de las sentencias de última instancia de los jueces constitucionales que signifiquen y comprometan gastos fiscales, desde luego de aquellas de contenido social⁶.

En nuestra región, sus cultores son escasos y se conocen muy pocos manuales y tratados que se ocupen de este sector de la doctrina jurídica moderna, quizá la volatilidad estructural de algunos de nuestros regímenes impide a los profesores especialistas avanzar con certeza y tranquilidad. En esta ponencia, me ocupé de examinar únicamente el caso colombiano pero, desde luego, pongo de presente la fuerte oleada de transformaciones en las constituciones de Ecuador, Bolivia, Venezuela, Perú, Argentina y México.

VI. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COLOMBIANA

Como vimos más arriba, la Carta constitucional de los colombianos expedida en 1991 por una inédita y deseada pero sorprendente Asamblea Nacional Constitucional, súbitamente transfigurada en Asamblea Nacional Constituyente, estableció un Régimen Económico y de la Hacienda Pública relativamente coherente en última instancia, muy parecido en contenidos a varios de los modelos europeos de Economía Social de Mercado, que huyen de los supuestos categóricos del Estado interventor, regulador, empresario, empleador y patrono, así como de las nociones de los varios neoliberalismos abstencionistas.

Cabe recordar y subrayar la idea de que aquel órgano extraconstitucional fue convocado por el poder ejecutivo en 1990 con el aval de la Corte Suprema de Justicia para reformar la Constitución Nacional de 1886 y sus reformas en las partes relacionadas con la justicia, la democracia local y la administración territorial, pero dentro de su temario inicial el gobierno no había incorporado los temas económicos y en su idea inicial no aparecía la transformación del régimen constitucional de la economía ni de la Hacienda Pública, como ocurrió de modo contundente pero insospechado.

para mostrar cómo casi todo el componente social de la Constitución económica nacional quedó subordinado a las necesidades políticas del Presidente de la República y de todos los partidos o seudopartidos y movimientos que se sientan en la llamada Mesa de la Unidad Nacional, expresión local de nuevo componente sustancial de la gobernabilidad local que es el gasto público acordado en las llamadas OCAD - Órganos Colegiados de Administración y Decisión.

6 El concepto de “Marco de Sostenibilidad Fiscal”, artículo 346 de la Constitución Política de 1991, modificado por el Acto Legislativo número 3 de 2011, “por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”.

La Constitución Económica de Colombia y el Derecho Constitucional Económico que hacen parte sustancial de la versión original de la Carta Política de 1991 en sus distintos Títulos y Capítulos y que soportó buena parte de los desarrollos jurisprudenciales iniciales y de la escasa evolución de la Doctrina Constitucional nacional, en los últimos dieciséis años han sufrido serios ajustes y rectificaciones, contrarios al espíritu social y político del Constituyente que les dio vida.

Principalmente este itinerario de reformas correctivas y de ajustes de sentido comienza con la supresión de la norma constitucional colombiana de la expropiación sin indemnización por razones de equidad establecida en la reforma constitucional de 1999, la modificación de la Constitución introducida en 2005 restrictiva del monto y de aumento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión y, lo que es más grave, la constitucionalización del régimen de pensiones y, desde luego, la supresión de las facultades del legislador en esta materia social.

De igual modo, las mencionadas rectificaciones que se concentran en las reformas constitucionales de los últimos años y contradicen radicalmente la visión dominante de la jurisprudencia constitucional inicial y de la incipiente doctrina que se desarrolló desde la puesta en marcha del nuevo modelo de justicia constitucional en cabeza de la Corte Constitucional nuestra, principalmente en materia de derechos sociales como los de la seguridad social en pensiones y en salud. También, como lo anunciamos desde la presentación de este trabajo, estas reformas tienen estrecha relación con las reformas a los regímenes constitucionales en el tema de las participaciones de las entidades territoriales, es decir, los departamentos, los distritos y los municipios en los ingresos nacionales y en el régimen de regalías, que también debían compartirse con las mencionadas entidades y los territorios indígenas.

No obstante semejante cambio constitucional expreso y de los importantes desarrollos de la jurisprudencia constitucional de nuestra otrora formidable Corte Constitucional, aún subsisten tensiones ideológicas que se desarrollan en torno de la delimitación de los alcances y contenidos de los derechos a la libre competencia y a la libre concurrencia económica y muchos de nuestros legisladores, varios administradores del poder ejecutivo como los superintendentes de servicios públicos domiciliarios y algunos pocos académicos y jueces aún se aferran a los principios de la libre iniciativa privada como fórmula superior y excluyente de la intervención del Estado como órgano, como empresa y actor económico.

La transfiguración contemporánea de los textos constitucionales latinoamericanos que consiste en la incorporación hipertrófica de nuevos tipos y muy novedosas especies de regulaciones normativas, especialmente en los ámbitos económicos, de los servicios públicos, de los derechos sociales, de las políticas fiscales y de la hacienda pública, conduce a la paulatina destrucción del valor superior de la Constitución Política, arruina la política real y pervierte la deliberación democrática contemporánea.

Una tendencia continental del Derecho constitucional contemporáneo, especialmente visible recientemente en los regímenes latinoamericanos, y en el caso de Colombia en particular, consiste en la incorporación a granel de todo tipo de disposiciones normativas, particularmente de aparentes nuevos principios y subprincipios constitucionales, lo mismo que de reglas completas de muy diverso contenido y finalidad, tradicionalmente de rango legal y aun reglamentario, con los que se pretende resolver buena parte de los asuntos de la política social y prevenir las dificultades que suelen presentar en el mundo de hoy la economía y los derechos exigibles directamente.

Esta hiperinflación normativa y constitucional de disposiciones de contenido económico, económico social y de política fiscal bajo la creencia de que con ello se apaciguan las tensiones entre las clases sociales y los diferentes actores de los procesos económicos, además, sirve para atender a las exigencias de los inversores nacionales e internacionales, y a las agencias financieras internacionales y a los Estados que los controlan.

Con dicha práctica regulatoria de nuevo cuño, muy apreciada por gobernantes de muy diversa etiología ideológica y de distinto modo de ver la política y los procesos políticos en nuestras democracias, se devalúa gravemente la función democrática de la constitución política, se arruina el Derecho constitucional como disciplina jurídica y como práctica judicial, y se traslada la dinámica de la política a las agencias tecnocráticas de la administración en cabeza del poder ejecutivo y de la hacienda pública.

La nueva tipología de las definiciones constitucionales de la mayor parte de las reglas del Régimen Económico y de la Hacienda Pública en las que se incluyen buena parte de los contenidos de los derechos económicos, de los derechos sociales y los derechos económico-sociales, agota la vida democrática de los sistemas políticos y, en el caso de los regímenes presidenciales como los nuestros, hace del poder ejecutivo el centro de todo debate y somete a los legisladores y a los agentes de las democracias locales en las entidades territoriales sujetos de total sometimiento al poder ejecutivo central.

Las nuevas tecnocracias que se configuran a partir de la constitucionalización de las nuevas reglas de la política económica y fiscal gobiernan desde la Constitución Económica y convierten al poder ejecutivo en el centro de los negocios públicos de todos los actores legítimos del régimen, pues las oficinas gubernamentales del poder ejecutivo central negocian las definiciones puntuales del gasto con los diputados y senadores y así fijan su comportamiento legislativo y político.

En su ejecución, todos los actores del proceso político vigente actúan de conformidad con los acuerdos en materia de gasto e inversión social y de infraestructura a partir del endurecimiento constitucional de las reglas de la llamada política fiscal.

Estas dejan de ser desarrollos verdaderamente tecnocráticos aún deslegalizados y pasan a convertirse en disposiciones supraleales de rango constitucional.

Esta tendencia resulta convertida en una perversa modalidad de esclerosis constitucional, que consiste en la sobrecarga de dispositivos normativos de aparente orden y valor superior visible en el ámbito del régimen económico de la hacienda pública y de los derechos sociales y sus alcances y contenidos económicos.

A diferencia de lo que ha pasado en el ámbito de los derechos constitucionales fundamentales, que resultan enriquecidos con el reconocimiento positivo y generoso en buena parte de los dispositivos constitucionales contemporáneos –como ocurre con las nuevas declaraciones de principios y derechos de contenido relativamente explícito y completo– en el ámbito de las materias económicas, fiscales, de la hacienda pública y de la atención de los derechos sociales y económico-sociales, la incorporación constitucional de reglas que establecen normas de naturaleza meramente reglamentaria y aun contable alimenta la fuente de sometimiento de la política al poder del gobierno.

Ciertamente, no se trata del viejo fenómeno de la deslegalización constitucional de materias económicas bajo la figura de las llamadas leyes marco o cuadro, si no de la constitucionalización y presidencialización de disposiciones de orden reglamentario y legal ordinario para enriquecer el poder de articulación y agregación gubernamental de todos los poderes y de los procesos políticos.

El caso de Colombia es un ejemplo viviente de este cambio y los últimos quince años de vida constitucional obedecen a un mismo designio de destrucción de la democracia deliberativa y de participación. Ello permite consolidar los llamados pactos de unidad nacional, la creación de seudopartidos de unidad y el rígido bloqueo de todos los demás movimientos y partidos que no beban de la misma fuente política y no acaten en bloque los designios de una nueva tecnocracia que fija los cupos indicativos de distribución de los recursos fiscales, es decir, que no se sienten en la mesa de la unidad nacional.

A pesar de las grandes transformaciones constitucionales colombianas generadas desde la expedición de nuestra Constitución –que vimos de modo sucinto– y de la generosa evolución de nuestra jurisprudencia –que alcanzó a establecer los contenidos de los principios constitucionales de la dignidad humana, los componentes y los elementos de la noción constitucional de Estado Social de Derecho– hoy tenemos instituciones como las del llamado Incidente de Impacto Fiscal, la regla de la sostenibilidad fiscal, el régimen de participaciones y transferencias fiscales, las reformas al régimen de regalías, el régimen de pensiones, la supresión de la expropiación sin indemnización, que atentan contra la evolución de los derechos sociales y de los derechos económicos de contenido y alcance social y que desfiguran el modelo constitucional de la economía y de la democracia nacional.

I. REFORMA CONSTITUCIONAL Y ADICIONES
CONSTITUCIONALES AL RÉGIMEN DE PENSIONES

ARTÍCULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Texto adicionado:

Artículo 1. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

“Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”.

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

“En materia pensional, se respetarán todos los derechos adquiridos”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General

de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido”.

“Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión”.

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”.

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

“La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”.

“Parágrafo 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”.

“Parágrafo 2º. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

“Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

“Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010”.

“Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos

o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

“Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

“Parágrafo transitorio 5°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes”.

“Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”

2. SOSTENIBILIDAD FISCAL

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011

(Julio 1°)

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-288 y C-332 de 2012

por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Ver Sentencia C-132 de 2012.

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 334 de la Constitución Política quedará así:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

3. SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS

ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011

Artículo 1º. El artículo 360 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos

provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

Artículo 2°. El artículo 361 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue.

La suma de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías. La ley que regulará el sistema definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías.

La diferencia entre el total de los ingresos del Sistema General de Regalías y los recursos destinados al ahorro pensional territorial, al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, al Fondo de Desarrollo Regional, al Fondo de Compensación Regional, así como a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo se destinará al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los períodos de desahorro, la distribución de estos recursos entre los demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior.

En caso de que los recursos destinados anualmente al Fondo de Ahorro y Estabilización excedan del treinta por ciento (30%) de los ingresos anuales del Sistema General de Regalías, tal excedente se distribuirá entre los demás componentes del Sistema, conforme a los términos y condiciones que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior.

Parágrafo 1°. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.

Parágrafo 2°. La ejecución de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, así como de los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional, y de Compensación Regional, se hará en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

Los proyectos prioritarios que se financiarán con estos recursos, serán definidos por órganos colegiados de administración y decisión, de conformidad con lo establecido en la ley que regule el Sistema General de Regalías. Para el caso de los departamentos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán integrados por dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes. La ley que regule el Sistema General de Regalías podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y

decisión, con participación de la sociedad civil. En cuanto a los municipios y/o distritos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su delegado y el alcalde.

Los programas y/o proyectos en ciencia tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se definirán por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. Así mismo, los recursos de este Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se distribuirán en la misma proporción en que se distribuyan a los departamentos, los recursos de los Fondos de Compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

Los proyectos de impacto regional de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos de los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional se definirán a través de ejercicios de planeación regional por órganos colegiados de administración y decisión donde tengan asiento cuatro (4) Ministros o sus delegados y un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

La ley que regule el Sistema General de Regalías, podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión con participación de la sociedad civil.

En todo caso, la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°. Créase el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno.

La ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, definirá su funcionamiento y el procedimiento para la imposición de medidas preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías. Dentro de estas medidas podrán aplicarse a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

La ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior definirá, igualmente, el porcentaje anual de los recursos de Sistema General de Regalías destinado a su funcionamiento y al del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías. Este por-

centaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso cuarto del presente artículo.

Parágrafo 1°. *Transitorio.* Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

Parágrafo 2°. *Transitorio.* Respecto de los recursos que se destinarán a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo y a los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional, su distribución durante los tres primeros años será así: durante el primer año corresponderá a un porcentaje equivalente al 50% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo y un 50% para los fondos enunciados en este parágrafo; de la misma forma, durante el segundo año se destinará un porcentaje equivalente al 35% y al 65% respectivamente; y durante el tercer año se destinará un porcentaje equivalente al 25% y el 75%, respectivamente.

En el evento en que durante el período comprendido entre los años 2012 y 2014, las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, sean inferiores al 50% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; y durante el período comprendido entre los años 2015 y 2020, sean inferiores al 40% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; el departamento, municipio o distrito, podrá utilizar los recursos de la asignación del departamento respectivo en el Fondo de Desarrollo Regional, hasta alcanzar dicho porcentaje o hasta agotar los recursos del departamento en el mencionado Fondo, lo que ocurra primero.

Parágrafo 3°. *Transitorio.* En el primer año de operación del Sistema General de Regalías, se destinará un veinticinco por ciento (25%) de sus recursos al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Durante el período 2012-2014, una quinta parte de los recursos anuales del Fondo de Ahorro y Estabilización se destinará a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo.

Parágrafo 4°. *Transitorio.* El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional.

Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve (9) meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se faculta

por un (1) mes al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia.

Parágrafo 5°. *Transitorio*. El Sistema General de regalías regirá a partir de 1° de enero de 2012. Si para esta fecha no ha entrado en vigencia la ley de que trata el inciso 2° del artículo anterior, el Gobierno Nacional garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios con fuerza de ley, que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 2011.

Parágrafo 6°. *Transitorio*. Para asegurar la ejecución de los recursos en la vigencia 2012, el Gobierno Nacional expedirá el presupuesto del Sistema General de Regalías para la citada vigencia fiscal, mediante un decreto con fuerza de ley.

LUCIANO PAREJO ALFONSO*

*Las transformaciones en curso
del Estado constitucional*

SUMARIO

1. Las transformaciones en curso del Estado y su Derecho. 1.1. El Estado. 1.2. El Derecho; los retos de la innovación en la sociedad del conocimiento y la información. 1.3. Principales consecuencias. 2. La modulación en curso del Estado social de Derecho: el denominado Estado garante de la satisfacción de las necesidades sociales.

I. LAS TRANSFORMACIONES EN CURSO DEL ESTADO Y SU DERECHO

I.1. EL ESTADO

Hoy, el Estado constitucional, incluso en su avanzada versión de Estado social y democrático de Derecho, y su Derecho se hallan, de un lado, perfecta y sólidamente asentados, pero, de otro, incursos en procesos de transformación, no en último término por la alteración de sus relaciones con la sociedad¹. En la era planetaria actual de predominio de la economía, la sociedad de los individuos e, incluso, la ulterior de las organizaciones han dado paso a la sociedad de las redes basada en el conocimiento y la información; sociedad compleja, contradictoria e innovadora a la que es inherente la incertidumbre y el riesgo, haciendo difícil aún vislumbrar el nuevo sistema que parece estar fraguando. Tanto más en el contexto de la crisis económica internacional y sistémica desencadenada en 2008 y todavía en curso. Por razones obvias, aquí solo es posible apuntar las principales manifestaciones de tales procesos.

Por de pronto, el Estado padece un claro declive como agente y espacio soberanos, especialmente en su dimensión social, por dos causas fundamentales que expongo a continuación.

* Abogado de la Universidad La Laguna. Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor invitado en universidades como Paris-x Nanterre; la SPISA (Bolonía); Roma III; Institut Freiherr vom Stein (Münster) y Autónoma de México. Autor o editor de 20 libros y de más de 300 estudios en revistas nacionales o internacionales, sobre Derecho público y, en particular, en relación con los siguientes temas: Constitución, organización territorial del Estado, ordenación del territorio y urbanismo.

1 Sobre ello, recientemente, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

Sobre la revalorización de la lógica social, véase K-H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der "Privatrechtsgesellschaft"*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

En general sobre las transformaciones a que se alude en el texto y además de los trabajos específicamente citados luego, véase F. J. SÄCKER, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 130, 2005; C. FRANZIUS, "Der Gewährleistungsstaat – ein neuer Leitbild für den sich wandelnden Staat", *Der Staat* 2003; y A. VOSSKUHLE, "Cooperation Between the Public and Private Sector in the Enabling State", en M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2009.

1. La pérdida progresiva de independencia hacia el exterior y de estancamiento en el interior como consecuencia de la afirmación e internacionalización de un modelo económico capaz de imponer sus exigencias, incluso sobre los valores propios del orden constitucional nacional, con surgimiento de la cuestión sobre el valor del constitucionalismo y la afirmación del “pluralismo constitucional” como recurso para seguir afirmando la pretensión normativa de aquel en un contexto de coexistencia de órdenes jurídicos no jerarquizados, es decir, en un mundo de posible construcción sobre el principio de la *salience* o importancia, conforme al cual el código de prácticas sentado, mediante convenio o cualquier forma de coordinación, por un número significativo de Estados (con población significativa) hace surgir en los restantes, en principio, la obligación moral de adhesión al mismo².

2. La emergencia de *los límites de la acción configuradora y redistribuidora del Estado*, límites que se han acentuado con la crisis económica actual y hoy tienen, al menos en la Europa comunitaria y sus Estados miembros, rango constitucional: la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit.

Como bien explicó en su momento M. García Pelayo³, el Estado, presa aún de los esquemas establecidos, se revela incapaz para absorber la creciente complejidad de su ambiente, de reaccionar con prontitud a las nuevas exigencias planteadas por las transformaciones sociales y los requerimientos derivados de las mismas para la dirección y el control de la sociedad. Este fenómeno se ha visto acentuado, más recientemente, por: i) la acción combinada de la progresiva afirmación del dominio de lo financiero y del mercado como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios y la desterritorialización de la economía⁴,

2 En este sentido, R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*. The Belknap of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

3 M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

4 La aludida acción debe situarse en el contexto más amplio de la lógica de un ciclo de mutación “silenciosa” que se ha venido desarrollando en la práctica por alteración (en sede interpretativa y aplicativa) del equilibrio interno nada menos que del orden constitucional, desde luego desde el punto de vista de los valores superiores del Estado-ordenamiento que lo presiden; alteración que, en lo que ahora interesa, ha avanzado significativamente por lo respecta a la relación entre los bloques de órdenes constitucionales atinentes a la dignidad de la persona en una sociedad justa, respetuosa con el medio ambiente, de un lado, y a la economía de mercado y sus requerimientos, de otro. Y lo ha hecho obviamente decantando la balanza del lado del segundo, con puesta interesada y sesgada del acento en el Estado de Derecho (con creciente tono positivista) en detrimento del Estado democrático y social. Esta evolución se manifiesta incluso en forma de modificaciones concretas de las Constituciones, de lo que es buen ejemplo la modificación “expres” (en el contexto de la actual crisis económica) del artículo 135 de la norma fundamental española para “maniatar” la acción económico-financiera de los poderes públicos (desde los principios de sostenibilidad y de equilibrio presupuestario) y establecer la preferencia absoluta del pago de la deuda pública sobre cualquier otro gasto, incluido el social. El peligro es el de estar en camino, de hecho, hacia lo que ha sido ya calificado como «mercadorocracia». Se trata de un peligro real, como acreditan la llamada de atención del filósofo del Derecho M. J. SANDEL —efectuada desde el corazón actual del sistema occidental de mercado: los Estados Unidos— sobre la expansión de los mercados y del razonamiento de corte «mercadista» invasora de las esferas de la vida tradicionalmente gobernadas por normas ajenas al mercado como una de las tendencias más llamativas de nuestro tiempo; llamada de atención

y ii) la consecuente imposición de un pragmatismo en el que las claves de la actividad del poder público pasan a ser la eficacia y la eficiencia, que –aún desprovistas de significación precisa, más allá del extrapolado desde el mundo de la economía privada– sirven de medida y valoración del papel y de la acción del Estado. Surgen, así, las tendencias a la racionalización de este y, más allá aún, a la desregulación y la privatización. Tendencias estas que, en los últimos años y al menos en la Europa comunitaria (la integrada en la Unión Europea), vienen determinando la complementación de la caracterización del Estado con la fórmula de Estado garante de las prestaciones y los servicios o *Gewährleistungsstaat* al que luego haremos mención.

Paralelamente, la interdependencia a escala planetaria y la mundialización de la vida colectiva –especialmente de la economía– ha conducido, aparte el reforzamiento de las organizaciones internacionales, a la búsqueda de estructuras de poder público más amplias que las del Estado nacional, es decir, a la integración supranacional no solo económica, sino también política, proceso del que sería ejemplo la Unión Europea. Esta transformación del Estado nacional clásico “hacia afuera” ha ido acompañada de un conjunto de complejos procesos en el orden interno. Pero sin olvidar que ello no impide el simultáneo desarrollo, lento pero progresivo, de sistemas transnacionales de regulación que desplazan la toma de decisiones desde el escalón estatal al internacional o global y limitan el margen de acción estatal interna. Estos sistemas van desde la regulación mediante la no regulación, pasando por la autorregulación (p. ej., la practicada por numerosas asociaciones de empresas), la regulación híbrida privada–privada (p. ej., la desarrollada por la *Fair Labor Association*, que reúne universidades, representantes de la sociedad civil y empresas socialmente responsables) y público–privada (p. ej., acuerdos de reconocimiento mutuo por los que una organización privada certifica el cumplimiento de estándares públicos fijados por otro Estado, o el sistema de certificación ambiental del *Forest Stewardship Council*), hasta el gobierno en forma de redes de funcionarios estatales (es el caso de la OCDE o del Comité de Basilea de supervisión bancaria) o por organizaciones intergubernamentales con poderes regulatorios bien indirectos (p. ej., el Comité Ejecutivo del Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan el ozono), bien directos (p. ej., el Consejo de Seguridad de la ONU en materia de control, en áreas sujetas a sanciones, del movimiento de armas, alimentos y dinero; el sistema de resolución de disputas comerciales de la OMC; y el Banco Mundial en punto a supervisión de políticas de países en desarrollo).

que se formula en el contexto de la postulación de la recuperación de la «política del bien común» como condición de la toma de conciencia sobre la «vida buena» que es presupuesto de una sociedad justa (M. J. SANDER, *Justice. What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2010, pp. 261 y ss., especialmente pp. 261 y 265).

Relacionado con la mundialización está también el calificado como desorden global⁵, que induce el desplazamiento del centro de gravedad del Estado hacia la prevención y, por tanto, la garantía de la seguridad conducente al llamado Estado preventivo (*Präventionsstaat*). Entre las causas eficientes destaca la progresiva centralidad del riesgo en la vida social: todos los tipos de riesgo, desde los naturales, hasta los inducidos por la acción humana, incluido el económico-financiero, pasando por el derivado de las consecuencias derivadas del cambio climático y la puesta en peligro, incluso, de las bases naturales de la vida, hasta el generado por el terrorismo internacional. Con la consecuencia de que en el mundo actual la paz y la seguridad han pasado a ser, aunque amenazados (y precisamente por ello), bienes de primerísimo rango, determinando el crecimiento de la necesidad-demanda de protección de la población, generadora, a su vez, del peligro de pérdida de la perspectiva, sobre todo cuando se quiere garantizar la seguridad a costa de los valores que, en realidad, deben ser protegidos: los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos son, en efecto y desde la Ilustración y la Revolución francesa, la clave de bóveda del orden de la convivencia y el fluido del funcionamiento de la democracia, de manera que su efectividad y tutela no pueden depender de las circunstancias y la coyuntura. El problema es crucial, pues como señala E. W. Böckenförde⁶, la gran apuesta del Estado de Derecho, secularizado y basado en la libertad, consiste en que vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Pues solo puede existir si regula la libertad que garantiza a sus ciudadanos desde dentro, desde la sustancia moral de cada uno y la homogeneidad de la sociedad. El resultado está siendo por ahora doble. De un lado, la ampliación del concepto de seguridad (desdibujador de las diferencias tradicionales y, en especial, las referidas a la seguridad civil y militar y la seguridad interior y exterior), con la consecuencia de la creciente exigencia de la configuración de un nuevo sistema de seguridad. Y de otro lado, la afirmación de un derecho (incluso fundamental) a la seguridad⁷ como nuevo derecho que postula incluso preferencia sobre los demás (relativizándolos). Aunque no pueda justificarse, ni compartirse, este es el origen y el caldo de cultivo de la aparición de planteamientos desorientadores de la función del Derecho penal, como el del Derecho penal del enemigo criticado por G. Jakobs⁸, según el cual nuestro ordenamiento no es aplicable a los autores de acciones que, por principio,

5 Así, E. DENNINGER, "Der Präventionsstaat", artículo incluido en la recopilación llevada a cabo en el libro *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990.

6 E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976, p. 60.

7 En tal sentido J. ISENSEE, *Recht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* (texto reelaborado de la conferencia pronunciada en la Berliner Juristischen Gesellschaft el 24 de noviembre de 1982, Berlín 1983).

8 G. JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, 97 (1985).

no quieren reconocer dicho ordenamiento, de modo que para ellos (los nuevos bárbaros) debe regir un nuevo Derecho penal liberado de las limitaciones propias del Estado de Derecho. Pero también y especialmente el dilema de la frontera entre la prevención y la vigilancia total (propia, esta última, del llamado por B. Hirsch⁹ *Überwachungsstaat* o Estado de la vigilancia).

La situación actual es, pues, de considerable confusión: el Estado –no obstante las progresivas pérdidas en su soberanía tradicional– ve paradójicamente reforzada su responsabilidad de dirección y control sociales, que debe cumplir, además, en un contexto de limitación de recursos e instrumentos de acción y de dependencia de los mercados financieros cuya lógica escapa a su disposición (como ha puesto crudamente de manifiesto la actual profunda crisis económica). Por ello mismo, la realidad le demanda casi diariamente profundos cambios y una radical adaptación a las nuevas circunstancias, haciendo surgir con pujanza nuevas soluciones. La vida actual del Estado se caracteriza, pues, por un proceso de transformación.

No puede extrañar, así, que los últimos veinte años hayan sido un tiempo de privatización, concepto este último que engloba variados fenómenos de desplazamiento de tareas públicas al ámbito de lo privado o a zonas grises, que han adoptado cuatro formas básicas: i) la privatización patrimonial (la venta de activos públicos); ii) la privatización de la organización de la actividad o privatización formal; iii) la privatización de tareas o responsabilidades o privatización material, y iv) la privatización mediante la interposición de privados a efectos de la ejecución de tareas públicas retenidas o privatización funcional (calificable como de cooperación público-privada). Parece, sin embargo, que la época de la euforia privatizadora ha dejado atrás su momento culminante y comienza a desvanecerse la confianza incondicional en la potencia del mercado y a extenderse la apreciación de la necesidad de la recuperación de la estatalidad clásica (se habla así de remunicipalización o reestatalización de servicios).

La situación actual del papel y las funciones del Estado se caracteriza en todo caso por el añadido a las de dirección, ordenación, prestación y garantía, en una u otra forma, de las de prevención general de riesgos; regulación de sectores económicos; y, en general, organización, planificación, coordinación, moderación, incentivación e intermediación en las actividades sociales y privadas. La ampliación y diversificación del papel y de las funciones estatales han debido ir cumpliéndose sin referencia a un esquema teórico coherente, y además en un ambiente de relativización de la diferenciación y contraposición clásicas entre interés público y privado, preparada y alimentada por la consolidación del Estado social. Crecientemente, pues, el poder público se ve en la necesidad de inducir la colaboración de

9 B. HIRSCH, *Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?*, Conferencia pronunciada en la Dresdner Juristischen Gesellschaft el 24 de octubre de 2007. Accesible en http://www.djgev.de/download/Vortrag_Hirsch.pdf.

la economía privada y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados. A lo que se añade, paralelamente, la crítica a las formas tradicionales de acción del poder público y su desbordamiento por la emergencia de otras alternativas de difícil encaje, con riesgo del equilibrio entre ambas y dificultad sería para la continuación de la explicación del sistema desde la imagen que resulta de su formalización legal.

1.2. EL DERECHO Y LOS RETOS DE LA INNOVACIÓN EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO Y LA INFORMACIÓN

Todo lo anterior se inserta, además, en la crisis actual del Derecho en su función tradicional de orden, que, paradójicamente, es más importante que nunca. Se trata de una crisis derivada de las siguientes transformaciones:

– Superación del estadio del Derecho exclusivamente estatal con paralelo deterioro de su unidad y dilución de su articulación jerárquica en la que ha sido denominada¹⁰ “multiplicación heterárquica de las fuentes”, así como –en correspondencia con las transformaciones del Estado– pérdida de su estabilidad (con afectación, por tanto, de la seguridad jurídica) e inserción en un sistema de pluralidad de estratos normativos de diversa procedencia y requirentes de complejas reglas de colisión (fenómenos no suficientemente contrarrestados por el recurso a la “constitucionalización” del Derecho administrativo). Y ello, por una doble vía: i) la transnacionalización (fenómeno del que es ejemplo paradigmático la europeización) y la internacionalización-globalización, y ii) la emergencia de normas de origen privado gracias, sobre todo, a la comunicación internacional (ej.: regulaciones sobre asignación de direcciones del protocolo IP por ICANN; el arbitraje del enrutamiento en internet), que representan una innovación jurídica de bulto sin instancia legitimada democráticamente garante del equilibrio de intereses.

– Sujeción a un proceso rápido y continuo de variación imposible de dominar con las técnicas interpretativas clásicas y conducente, por razón de la debilitación de la potencia directiva de la Ley, a la necesidad del recurso a las operaciones de ponderación y composición (así en las colisiones entre derechos fundamentales) corruptoras de la separación de las funciones estatales y la juridificación progresiva de la política (no restrictiva sino ampliadora de la esfera de acción del poder).

– Debilitación de su potencia ordenadora (puesta de manifiesto por la emergencia de los conceptos de gobernanza y *compliance*) en virtud de i) la ruptura de la equivalencia entre eficacia vinculante y coerción-sanción por surgimiento –en

¹⁰ Por K.-H. LADEUR, *Was bedeutet die „Normativität“ des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts und die Politikwissenschaft*; accesible en <http://www2.jura.uni-hamburg.de/ceri/publ/A2.12.09-neu.pdf>.

sectores como el de la técnica o el medio ambiente— de un estrato de estándares y criterios técnicos y científicos determinantes de una nueva forma de reproducción del Derecho (ilustrativas son las nuevas formas de la *lex mercatoria*), y ii) emergencia, vía recepción de normas fácticas y generación de nuevas reglas de sanción del conocimiento, presunción y prueba para —en caso de incertidumbre— determinar el aceptado jurídicamente (por ej. reglas sobre la carga de la prueba en controversias sobre nuevos riesgos), así como la remisión a procedimientos dirigidos a alcanzar el necesario saber decisonal, delegándose así en los propios actores económico-sociales el hallazgo de la solución (ej.: la normativa REACH comunitario-europea sobre productos químicos, especialmente en los campos de la alimentación y los medicamentos).

Así, pues, aunque el Derecho continúe generando orden, lo hace en el contexto de los requerimientos innovadores de la dinámica social actual (el credo de la “modernización continua”) exigente de una estrategia que simultáneamente conserve la capacidad de innovación y la resolución de los problemas que de esa derivan. Lo que explica que se perciba hoy a la vez —y en función de las circunstancias— como impedimento o traba, incentivo y recurso (al que se puede recurrir cuando algo ha ido mal en una innovación; p. ej., en punto a responsabilidad). Esto no es sorprendente si se cae en la cuenta que debe crear seguridad para todos y defender frente a peligros, en especial frente a los inducidos por los riesgos de la evolución científico-técnica (de modo que cuanto mayor sea el riesgo de descontrol de una evolución, tanto mayor es la demanda al Derecho). De esta suerte, el reto hoy para el Derecho es el cumplimiento de la expectativa social de mantenimiento de las innovaciones dentro de límites aceptables; tarea que requiere su acople a los valores y fines sociales y, en definitiva, constitucionales a fin de garantizar que las ventajas de las innovaciones excedan sus inconvenientes, neutralizando en la mayor medida posible sus riesgos en todo caso (así, p. ej., aunque una mayoría desee los beneficios de la técnica genética para la medicina, el Estado debe proteger de sus riesgos y consecuencias colaterales).

Una cosa parece clara en todo caso: en la medida en que las innovaciones no se pueden imponer y sí solo posibilitar o facilitar, desplazan normalmente, cuando están en juego, el Derecho clásico de la intervención administrativa, que se ofrece *prima facie* inadecuado al menos como medio principal, por más que siga siendo indispensable (especialmente para la prevención de riesgos: establecimiento de límites para ciertas innovaciones como las manipulaciones genéticas en el ser humano; el empleo de la energía atómica; las emisiones industriales). No puede descartarse, sin embargo, su utilidad para estimular innovaciones (p. ej., la reducción de emisiones dañinas), pero teniendo en cuenta que es proclive a inducir acciones elusivas. Se explica la creciente preferencia, en este contexto, por la puesta a disposición de condiciones, estructuras e institutos posibilitadores del despliegue de potenciales

creativos e, incluso, la renuncia a la regulación a favor del establecimiento de deberes de nuevo cuño referidos al seguimiento y control de los riesgos (en especial de los productos), el diseño de procedimientos, la información sobre existencia de reservas sobre la idoneidad de procedimientos, etc. De esta forma, el establecimiento de límites y el recurso al *imperium* se ofrece como *ultima ratio* una vez agotadas las posibilidades de la técnica de incentivación (ej: el mercado de derechos de emisión).

Ante la presión innovadora actual, el Derecho debe reunir, pues, dos condiciones fundamentales:

1. Apertura a la innovación, pero teniendo en cuenta que tanto en la modernización económica y técnica como en la social se generan riesgos (bien sean medioambientales o de bienestar y sostenibilidad) y no hay autosuficiencia social correctora, requiriéndose la intervención pública (para lograr una modernización ecológica o una determinada calidad de los procesos sociales).

2. Aseguramiento de una innovación responsable (lo que significa: sujeción de estas a las orientaciones normativas de la sociedad), pues por sí mismas las innovaciones no aseguran automáticamente tal fin, desde luego no en términos de su distribución entre el mayor número posible, es decir, considerando en la debida medida el bien común. Lo que cuenta en una democracia es la tolerabilidad social de las innovaciones definida jurídicamente. Formando parte la garantía del bien común por el Derecho del contenido nuclear del principio de Estado de Derecho, la abstención de aquel en el proceso de innovación implicaría una pérdida de responsabilidad normativa. Si el Estado social de Derecho ha sido un acompañante de la evolución de la sociedad industrial moderna, ha de serlo también de la sociedad del riesgo, la información y el conocimiento, aunque para ello debe cambiar sus medios. El s. XXI precisa un Derecho siquiera parcialmente nuevo, que –en el movimiento actual de devolución de responsabilidad a la sociedad que se expresa en el Estado garante– debe evitar caer en el exceso, como alerta ya el hecho de que cuando se precisa la defensa frente a peligros o la compensación de perjuicios también los que consideran al Estado como un mal claman por su intervención. El Estado conserva intacta, en efecto, su responsabilidad política y jurídica por el interés común. Y justamente por ello está obligado a reconvertir su instrumental de acción; reconversión en la que indefectiblemente el viejo y el nuevo Derecho se mezclan, no siempre con la conveniente coordinación.

En palabras de W. Hoffmann-Riem¹¹: el Derecho debe seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, pero, cuando no lo pueda conseguir, debe reorientarse en mayor medida –afrentando la inseguridad– hacia el manejo de la

11 W. HOFFMANN-RIEM, “Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung”, *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 131.

incertidumbre mediante una mayor flexibilidad y capacidad de aprendizaje para obtener resultados que estén dentro del interés de la generalidad de los ciudadanos.

1.3. PRINCIPALES CONSECUENCIAS

El Estado y el Derecho experimentan así, cada vez más, una reducción a instrumento para la adaptación al cambio continuo y a la complejidad social. Han pasado a la condición de medios de dirección social y no solo ni preferentemente de organización y control de situaciones y relaciones sociales y del tráfico de bienes, sino de la actuación de todo tipo de sujetos para la efectividad de los procesos sociales: un medio de evitar perturbaciones en estos. Y ello en un contexto de: i) quiebra del modelo de reparto de responsabilidades entre el propio Estado y el ciudadano y, en el seno de la sociedad, singularmente entre el empresario y el trabajador; ii) privación al Estado de muchas de las posibilidades para el cumplimiento de sus tareas y cometidos, muy especialmente de la de cumplimiento de estos por sí mismo para evitar situaciones de déficit de ejecución; y iii) presión por el cambio en el instrumental de la acción con entronización de la confianza en el mercado y, por tanto, en la co- y autorregulación y, por ello, principalmente en el sentido de la supresión de las normas de tipo imperativo.

La reticencia al recurso a medios imperativos y de intervención, unida a la mayor dependencia de la colaboración de los particulares, dificulta la influencia en los comportamientos de los actores sociales. Y la consecuente renuncia a controles preventivos aboca a la consecuencia indeseada del incremento o el reforzamiento de la vigilancia, la supervisión, la intervención imperativa o el control represivo *ex post*, el recurso a la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones cada vez más severas (en su caso, a golpe de la coyuntura y sin observancia de la proporcionalidad); con la consecuencia del agravamiento del déficit en el control social por la dificultad de la ejecución de tales medidas y la regresión —en búsqueda de la “eficacia”— en las conquistas alcanzadas por el Estado de Derecho como respuesta a aquel déficit y esta dificultad (especialmente por recurso al efecto intimidatorio inherente a la sobreprevención general, en detrimento obviamente del espacio reconocido a la libertad y los derechos-garantías a ellos conectados). Esto es especialmente perceptible en los ámbitos de la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia especialmente dañosa y el terrorismo. Se impone, así y en cuanto a la dirección social, una actitud crítica y atenta a la salvaguarda del acervo de valores y bienes constitucionales, pero que no desfallezca en pesimismo, sino que, por el contrario, se mantenga en la búsqueda permanente del mejor instrumental jurídico para encontrar la vía adecuada entre apertura al cambio y la innovación, la precaución y la responsabilidad ante ellas.

2. LA MODULACIÓN EN CURSO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL DENOMINADO ESTADO GARANTE DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES

Los cambios que viene experimentando, en concreto y según lo expuesto, el Estado se manifiestan sobre todo en el plano de la asunción y el cumplimiento de tareas y cometidos tradicionalmente en mano pública y, por tanto, a cargo, con normalidad, de la Administración; fenómenos estos que se imputan bien sin más a los procesos de privatización de sectores de relevancia económica (que al propio tiempo son también de “europeización” de los mismos)¹², bien a tales procesos en el contexto más amplio de los efectos derivados de la transición hacia una sociedad global de la información y el conocimiento¹³. La novedad de los cambios debe tomarse, sin embargo, en su justa medida¹⁴.

La respuesta a esta mutación viene consistiendo, principalmente en la doctrina jurídico-pública alemana¹⁵, en la acuñación de fórmulas que intentan expresar las

12 En este sentido, por ejemplo, F. SCHOCH, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, n.º 3/2008, pp. 241 a 247; y C. FRANZIUS, *Der Gewährleistungsstaat*, reelaboración de intervención en la *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften* en Speyer el día 1.02.2007, accesible en <http://userpage.fu-berlin.de/~europe/team/FranziusC/texts/gew%E4hrleistungsstaat.pdf>.

13 Así, Th. VESTING, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung Öffentliche Aufgaben in der Informations- oder Wissensgesellschaft*, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewahrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf>.

14 F. SCHOCH (ob. cit. en nota 11, p. 242) apunta que la evolución que se pretende captar con la fórmula Estado garante no constituye una completa novedad. El mercado ha regulado en Europa occidental desde la II Guerra Mundial, de forma exclusiva o predominante, la oferta dirigida a la cobertura de necesidades básicas (por ejemplo alimentación, vestido, vivienda), asumiendo en tales ámbitos el Estado también una cierta responsabilidad de garantía. Lo nuevo consiste en que el Estado se retira ahora también más decididamente del cumplimiento de tareas allí donde hasta ahora actuaba fuera en forma jurídico-pública o privada, abriendo así tales tareas a los sujetos privados. Los ejemplos van desde el suministro de bienes necesarios para la vida (por ejemplo, el suministro de agua) hasta los ámbitos en que se hacen presentes requerimientos ambientales (por ejemplo, eliminación de residuos y aguas usadas), desde las tareas sensibles en punto a seguridad (por ejemplo, el control aéreo, la ejecución de penas y gestión de cuarteles) hasta las infraestructuras públicas (por ejemplo, correos y telecomunicaciones, carreteras) y desde el control de la seguridad de productos hasta la protección de la juventud en los medios de comunicación.

15 Lo que en modo alguno puede sorprender, toda vez que el concepto de garantía ha pasado a ser jurídico-positivo de rango constitucional tras la última e importante reforma constitucional en Alemania. El artículo 87 f de la Grundgesetz determina ahora, en efecto, lo siguiente:

(1) *La Federación garantiza*, según una Ley federal precisada de la conformidad del *Bundesrat* y en los ámbitos de los servicios postales y de las telecomunicaciones, *servicios adecuados y suficientes en todo el territorio (Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen)*.

(2) *Los servicios a que se refiere el apartado (1) se prestan en calidad de actividades económicas privadas por empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos y otros oferentes privados. Las tareas de autoridad en el ámbito de los servicios postales y las telecomunicaciones se realizan por la administración propia de la Federación (Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter*

características fundamentales del tipo de Estado hacia el que parece caminar –Estado directivo¹⁶, Estado regulador¹⁷, Estado abierto y, sobre todo, por ser el que mayor éxito parece estar teniendo, Estado garante (*Gewährleistungsstaat*)¹⁸– y su relación con otros mejor definidos o enunciados en modelos políticos de mayor o menor éxito, como es el caso del Estado social de bienestar y su polo opuesto, el Estado mínimo neoliberal, pero también el llamado Estado activador¹⁹⁻²⁰.

erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt).

(3) Sin perjuicio de lo dispuesto en la frase segunda del apartado (2), la Federación desarrolla, de acuerdo con una Ley federal, tareas determinadas en relación con las empresas derivadas del Patrimonio Especial Federal de Correos bajo la forma de un establecimiento federal directo de Derecho público (*Unbeschadet des Absatzes 2 Satz 2 führt der Bund in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts einzelne Aufgaben in bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen nach Maßgabe eines Bundesgesetzes aus*).

16 Es el propugnado por la llamada nueva ciencia del Derecho Administrativo en Alemania. Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Transformación y ¿reforma? en el Derecho Administrativo en España*, INAP/Derecho global, Madrid 2012.

17 Como señala Ch. REICHARD [*Das Konzept des Gewährleistungsstaates*, conferencia pronunciada en la reunión anual de 2003 del Consejo científico de la *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (sociedad para la economía pública) accesible en http://www.econbiz.de/archiv/p/up/public_management/konzept_gewahrleistungsstaat.pdf] por regulación debe entenderse la intervención estatal limitadora de las libertades de empresa y contractual de los sujetos económicos más allá de lo que resulta de las reglas generales de juego en el tráfico jurídico. Lo que quiere decir: su finalidad no es otra que la fijación y efectividad de ciertos estándares para la protección de los ciudadanos, ya que, de un lado, se considera más eficiente una regulación pública que la consecución de resultados en el mercado vía prueba y error por parte de los ciudadanos (en determinados sectores, como, por ejemplo, en el de la alimentación o el de los fármacos) y, de otro, se pretende una tutela pública frente a los riesgos de formación de precios excesivos en mercados liberalizados pero en los que la libre competencia no es totalmente efectiva.

La regulación, por tanto, lejos de proporcionar justificación a la burocracia, despliega su razón de ser en el plano de la mejora de la dirección y supervisión de los procesos de dación de bienes y prestación de servicios. Por tanto, el Estado regulador no representa tanto un tipo de Estado distinto al garante, cuanto más bien una dimensión de este. Pues la paradoja (más aparente que real) del Estado garante radica en que cuanto mayor sea la descarga de tareas en los actores privados actuantes en el mercado, mayor cantidad de regulación le es precisa. Dicho en otros términos: el Estado garante es, también, un Estado regulador (o, si se prefiere, regulador) que opera, sin embargo, no solo a través de normas convencionales, sino también de decisiones de instancias u organismos reguladores, procedimientos de adjudicación de contratos y convenios o acuerdos voluntarios, procedimientos de adjudicación o decisiones de instancias reguladoras.

18 Pero también fórmulas como las de “responsabilidad compartida” (al parecer acuñada por E. SCHMIDT-ASSMANN en el contexto de los trabajos de reforma de la ciencia jurídico-administrativa), “gobernanza público-privada” (N. J. NOVAK, “Public-Private Governance: A Historical Introduction”, en J. FREEMAN y M. MINOW (eds.), *Government By Contract*, Ed. Harvard University Press, Cambridge 2009); “gobernanza cooperativa” (J. FREEMAN, “Collaborative Governance in the Administrative State”, *UCLA Law Review* 1997; “interdependencia entre actores públicos y privados” (C. DONNELLY, “The Response of English Public Law to Private Actors in Public Governance”, en M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, Ed. British Institute of International and Comparative Law, Londres 2009).

19 El llamado Estado activador fue el propugnado por el Gobierno alemán de la coalición rojo-verde de finales de la década de los años 90 del s. XX en Alemania y basado en el *enabling state* inglés, que se traducía (según Ch. REICHARD, ob. cit. en nota 16) en un esfuerzo por ajustar y desarrollar el llamado “Estado delegado”, defendido desde 1982 por el Gobierno conservador y en cuyo contexto se habían producido desregulaciones, privatizaciones y recortes sucesivos en la política social. El concepto de Estado activador, además de retomar la idea del *enabling state*, incluía elementos del pensamiento colectivo del comunitarismo y de la responsabi-

Si, por sus características, este último no parece que pueda considerarse contradictorio con el concepto que parece estar triunfando, el de Estado garante, este presenta—según la perspectiva que se adopte—rasgos tanto del Estado social, como del Estado mínimo²¹, de modo que es incierta aún la calificación jurídico-política que deba merecer y, sobre todo, es discutible que vaya a poder desembocar en una síntesis de uno y otro²². En todo caso es claro que—no estando impedido su desarrollo, al menos con carácter general y en virtud de sus principios estructurales, por el orden constitucional²³—no supone lo que en principio aparenta: un repliegue sin más del Estado.

Implica únicamente un cambio en el modelo de actuación del Estado en términos de adaptación de la estatalidad a un contexto en proceso acelerado de cambio; adaptación en la que el Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal ni material, sino—todo lo más—funcional y ni siquiera

alidad del tercer sector en el contexto de una “nueva subsidiariedad” (en la que el Estado posee funciones de dirección y configuración). El objetivo perseguido era una nueva división de responsabilidades entre Estado, economía, tercer sector y ciudadanos.

- 20 Es de todo punto pertinente aquí la advertencia de F. SCHOCH, *ob. cit.* en nota 11, p. 241) de que el actual debate doctrinal en torno al Estado de garantía opera con “modelos” que proporcionan orientaciones básicas y asumen—en el plano descriptivo—una suerte de función de agrupación para la identificación y el análisis de nuevos desarrollos significativos en el sistema jurídico, pero irradian con ello también una especie de fuerza sugestiva que los convierte en conceptos clave, cuya cercanía a conceptos jurídicos y dogmáticos no debería ser pasada por alto y minusvalorada. Aunque nada pueda oponerse al de estos modelos ha de tenerse claro su valor y sobre todo no solo su potencial explicativo, sino también los límites de este. En todo caso, según al autor, “...los modelos permiten echar una mirada tras el telón ante el cual hace sus piruetas el arlequín jurídico” cuando se emplean adecuadamente, posibilitando reflexiones sobre evoluciones generales en el orden jurídico (y en el sistema político) que pueden aclarar novedades, fricciones, déficits y riesgos para valores jurídicos fundamentales.
- 21 Si se atiende preferentemente a la responsabilidad de garantía de la dación de bienes y prestación de servicios a los ciudadanos que comporta, el Estado garante puede considerarse próximo al Estado social. Pero si se atiende a la descarga de la realización material de tareas tradicionalmente en mano pública que supone, dicho Estado se ofrece próximo al Estado mínimo.
- 22 En este sentido, Ch. REICHARD, *ob. cit.* en nota 16. Así lo entiende también F. SCHOCH, *ob. cit.* en nota 11, p. 247, para el que no parece que el Estado garante vaya a convertirse en un Estado mínimo, ya que le es consustancial la articulación de estructuras y contenidos regulatorios aseguradores del bien común. Lo que parece claro—sobre todo teniendo en cuenta las tendencias que imperan en el Derecho comunitario—es que la evolución en curso sea meramente transitoria o presente rasgos indicativos de su atenuación en el futuro al menos inmediato; menos aún que sea fácilmente reversible (por la pérdida por el Estado de conocimiento, infraestructura y habilidad en los sectores afectados que supone).
- 23 Para F. SCHOCH, *ob. cit.* en nota 11, pp. 243 y 244, los principios estructurales constitucionales y del orden de los derechos fundamentales (con mayor vigor el segundo que los primeros) ejercen un papel directivo de las decisiones en el marco del Estado garante, es decir, en las de determinación de la forma de cumplimiento de las tareas públicas.

hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida²⁴. La idea subyacente es la de que toda tarea precisa para el bien común es susceptible, en principio, de ser entregada a la referida capacidad, siempre que tal entrega se vea acompañada indisolublemente de la pertinente estructura de garantía de la efectiva satisfacción de las necesidades sociales. De esta suerte, la descarga de la realización material de tareas en sujetos privados activa de suyo la dimensión imperativa del poder público (dirección, regulación, control y supervisión). De donde la emergencia de la que los alemanes llaman ya “Administración de la garantía de la prestación”, que reclama el desarrollo de un “Derecho administrativo de la garantía de la prestación” aún por elaborar adecuadamente (lo que es imperativo y urgente) y en el que la supervisión adquiere renovada importancia.

A resultado equiparable conduce el planteamiento que hace K. Waechter²⁵ sobre la base de la filosofía de Rawls y tomando como sectores de referencia el Derecho de las cosas públicas y la teoría del servicio público. Concibiendo la Administración pública como organización al servicio de la satisfacción de las necesidades sociales²⁶, sistematiza la entera actividad materialmente administrativa en torno a un conjunto reducido de principios sustantivos extraídos de los tipos de administración de intervención, prestación y configuración social, incluyendo justamente las formas de ejecución de tareas públicas a que da lugar el Estado garante. Con independencia de que las premisas constitucionales pertinentes (en relación con la identificación de los bienes básicos para las personas y el o los responsables de su producción y suministro) puedan resultar y de hecho sean escasas, sostiene que es claro en todo caso que cuanto deba hacerse pero esté prohibido a los sujetos privados ha de ser llevado a cabo por el Estado. De esta suerte, en tal ámbito existe solo la alternativa entre Estado y ciudadano, mientras que en otros ámbitos la cuestión presenta carácter más secundario, no siendo infrecuente una doble legitimación de actu-

24 Como señala F. SCHOCH (, ob. cit. en nota 11, pp. 242-243), los clásicos ámbitos de la administración del orden y la prestación seguirán existiendo en el futuro (incluso: deben seguir existiendo). El análisis detenido de las condiciones funcionales del Derecho administrativo de garantía muestra, además, que, junto a nuevos instrumentos directivos, seguirán siendo indispensables elementos ejecutivos acreditados del Derecho administrativo clásico. Se está, pues, ante una evolución, no una revolución.

25 K. WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 1-21.

26 Según el autor citado, esta perspectiva permite la definición de un marco único para todas las formas de actuación de la Administración (intervención, prestación y configuración social), marco que presenta las siguientes ventajas: i) identificación de la situación de concurrencia y complementariedad de la Administración y la sociedad (el mercado básicamente) en la satisfacción de las necesidades sociales; ii) integración de todas las manifestaciones de la actividad administrativa y comprensión adecuada de los procesos de privatización de tareas y cometidos materialmente públicos; iii) clarificación tanto de la responsabilidad social en punto al suministro de bienes básicos, como de la multipolaridad de las relaciones administrativas; v) clasificación de la administración de configuración social, y vi) articulación de un conjunto de principios fundamentales para la totalidad de la administración en sentido sustantivo o material.

acción del Estado y los ciudadanos (por ejemplo en la educación o en la sanidad). De ello deduce la falsedad, con carácter general, de la afirmación de una relación de exclusión recíproca entre responsabilidad estatal y responsabilidad social y la corrección de la existencia más bien de un cierto solapamiento entre una y otra como ilustra justamente el Estado garante. Lo que vale incluso para ámbito tan nuclear al sector público como la seguridad (siempre que en esta no se incluya la coerción), donde es frecuente deducir equivocadamente la exclusividad de la tarea desde los fines del Estado. Que la coerción estatal pueda ser legítima por garantizar la seguridad ciudadana no implica que el ciudadano no pueda y, en su caso, deba procurarse por sí mismo seguridad, siempre que emplee para ello solo medios no coercitivos, es decir, meramente técnicos, sociales o culturales. Solo el *imperium* determina la reserva de la tarea correspondiente al Estado (por estar reservada al mismo la coerción, como regla general, a fin de no perder la conquista capital que supone la estatalidad constituida jurídicamente). Desde estas apreciaciones afirma que la idea de los deberes de protección de los derechos fundamentales no está conectada ya hoy a una potestad y, por tanto, competencia pública exclusiva²⁷.

Por tanto, es posible la concurrencia de deberes públicos y privados de protección de derechos fundamentales, pudiendo cumplirse la pública justamente mediante la caracterización de los deberes sociales como verdaderas obligaciones. Lo que significa: el deber estatal de protección de los derechos fundamentales alude a un estándar mínimo (como resultado) de protección, pero nada dice acerca de cómo tiene lugar tal protección. En estos supuestos de concurrencia hay, pues, tareas o cometidos ciertamente públicos pero accesibles por igual, en principio, para los sujetos públicos y privados; en modo alguno competencias estatales exclusivas. En consecuencia: en la práctica existen, en el terreno de las tareas o los cometidos materialmente públicos para la satisfacción de necesidades sociales, ámbitos en que la actividad administrativa es exclusiva; ámbitos en que desarrollan sus respectivas

27 Dos ejemplos extraídos de nuestro ordenamiento bastan para justificar la afirmación:

1. En el Derecho privado, la patria potestad comprende, conforme al artículo 154 del Código civil español, los deberes de vela, amparo, compañía, alimentación, educación y procura de formación integral, siendo factible recabar, en su ejercicio, el auxilio de la autoridad y coexistiendo con el deber de protección de menores por parte de la entidad pública en cada caso competente a que se refiere el artículo 172 del propio Código civil).
2. En el Derecho público español: i) el artículo 26 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla el establecimiento, mediante reglamento y en desarrollo de la propia Ley, la legislación de seguridad privada, la de infraestructuras críticas o cualquier otra normativa sectorial, de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, así como en las infraestructuras críticas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas, o cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables; y ii) el artículo 5.2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil, establece la obligación de los titulares de los centros, establecimientos y dependencias o medios análogos de dedicados a actividades que puedan dar lugar a situaciones de emergencia incluidas en el catálogo aprobado a tal efecto por el gobierno de establecer las medidas de seguridad y prevención que reglamentariamente se establezcan.

actividades, de forma concurrente, el Estado y los sujetos privados; y, finalmente, ámbitos en que es exclusiva la actividad de estos últimos.

En una primera aproximación, el llamado Estado garante es, pues, aquel que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos. La comprensión cabal de la nueva categoría requiere hacerse presente la gradación teórica de la responsabilidad del Estado²⁸ por las condiciones de la vida social en:

– Responsabilidad de garantía (también calificada de directiva o infraestructural), alusiva al deber de aseguramiento de cometidos o tareas a estándares prefijados (no inclusiva del desarrollo o ejecución, pero que puede llevar aparejada una discutida responsabilidad de sustitución²⁹).

– Responsabilidad de cumplimiento o ejecución, referida a la realización efectiva de las tareas o los cometidos.

– Responsabilidad de financiación, atinente a la cobertura económica del desarrollo de las tareas o los cometidos en beneficio de sus destinatarios.

Estas tres dimensiones de la responsabilidad estatal se ofrecen agrupadas, confundidas o indiferenciadas únicamente en el caso de las tareas o cometidos conceptuados como nucleares por tener una relevancia estratégica para la pervivencia de la comunidad políticamente organizada. Pues se sobreentiende que el Estado no puede asumir en ellas el riesgo de una no realización o realización deficiente. En el polo opuesto se sitúan las calificadas como tareas nucleares privadas por inscribirse en la

28 Sobre esta gradación, elaborada por la dogmática alemana, véase G. F. SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden 2000, pp. 400 y ss.; y E. SCHMIDT-ASSMANN, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1997, pp. 433 y ss.

Como señala P. ACOSTA GONÇALVES, *The Enabling State and the Market* (punto 2 del texto accesible en http://www.pedrocstagonalves.eu/PDF/textos/the_enabling_state.pdf): “In general use, the concept of *public responsibility* –with an essentially initial descriptive or heuristic value and meaning – has been used by doctrine to indicate the entire spectrum of public tasks, as well as to explain the various forms or degrees of public administrative intervention in social life. In the latter sense, attention has been drawn to the *relational* nature of the concept and to the fact that it connects the poles of State and Society, insofar as it indicates the point of separation or distinction of roles between those poles”.

29 Se trataría de una nueva dimensión de la responsabilidad del Estado surgida justamente de los novedosos supuestos de diferenciación de la responsabilidad de garantía (retenida por el Estado) y de cumplimiento (referida a sujetos privados) y consistente en el deber de reasumir esta última en caso de incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las tareas o cometidos por los sujetos privados.

Para F. SCHOCH (ob. cit. en nota 11, p. 244), se trata de la que califica como “responsabilidad recepticia” o *Aufängerantwortung*, consistente en una función administrativa de reserva que, en los ámbitos objeto de privatización, debe activarse en caso de no cumplimiento o defectuoso cumplimiento de las correspondientes tareas por los sujetos privados.

lógica de la plena libertad en cualquiera de sus dimensiones, incluida desde luego la económica, de modo que respecto de ellas al Estado no incumbe responsabilidad de ninguna clase. Justamente en un terreno intermedio entre unas y otras se hallan las tareas o los cometidos (consistentes fundamentalmente en dación de bienes o prestación de servicios) calificados precisamente por ello como “garantizados”, pues es en ellos donde opera la desagregación de la responsabilidad estatal: mientras el Estado retiene en todo caso la relativa al aseguramiento del cumplimiento, las otras dos (la de efectiva realización y la de financiación) pueden tanto ser retenidas por aquel, como trasladadas a los sujetos privados como consecuencia de la asignación a los mismos de las tareas o cometidos correspondientes. Por ello ha podido sostenerse que hay aquí una extensión de la esfera de acción de los sujetos privados que se produce en el contexto de articulación de dicha acción y la del poder público calificada por M. Eifert³⁰ como autorregulación regulada (públicamente).

En todo caso, y como ha destacado F. Schoch³¹, la nueva calificación del Estado pretende aludir a un proceso exigente: el de superación de la dicotomía clásica entre los principios de orden inherentes al *imperium* estatal, de un lado, y el social-económico de libre concurrencia, de otro lado. De ahí que la combinación de ambos elementos, en principio antinómicos, no permita esperar que uno de ellos (p. ej., el mercado) venza completamente y el otro (p. ej., la Administración imperativa estatal) pueda así quedar referido –como algo ya terminal– al pasado³². El Estado garante no es, pues, un sistema puro, pues descansa en soluciones diferenciadas según materias, sectores o ámbitos (extremo que luce claramente en la Comunicación de la Comisión Europea “Los servicios de interés general en Europa” [COM (2000) 580 final]. Su *vis* atractiva reside cabalmente en la apuntada mezcla o combinación de racionalidades: la del orden social-económico, de un lado, y la del sector estatal, de otro; lo que para el indicado autor le hace merecedor, en definitiva, de la consideración de cifra misma de lo que la Comisión Europea denomina el modelo social europeo³³.

30 M. EIFERT, “Regulierungsstrategien”, en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann/ A. Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts* I, Ed. C.H. BECK, München, 2006, pp. 1262 y ss.

31 F. SCHOCH, ob. cit. en nota 11, p. 242.

32 P. COSTA GONÇALVES (ob. cit. en nota 27, apdo. 2) resume así su análisis del estado de la cuestión:

“As a system or structure that serves the common good, the institutional model of the Enabling State lies halfway between two model poles – *Market model* and *State model* – and the doctrine proposes to designate it as a *regulatory model*.

Although the literal wording may not fully suggest it, the new model reflects the result of an *interaction* and an *optimal sharing of tasks and responsibilities* between the two polarities, rejecting the totalitarian and excluding trend focused by the two first models. The new grade or level of public guaranteeing responsibility seeks to promote a linkage between the two poles or subsystems which divide a politically organized community – State and Society (Market) –, in order to preserve their inherent rationale and seize their benefits”.

33 Cabalmente, por ello, en el nuevo modelo de Estado se ponen esperanzas de superación de la sobrecarga del Estado, de las finanzas públicas, de las burocracias, el incremento del déficit de la disposición de información

Como bien apunta C. Franzius³⁴, esta nueva distribución entre Estado y sociedad y en ciertos sectores o ámbitos de la responsabilidad por las condiciones de vida en comunidad tiene como presupuesto basal el mecanismo adecuado para garantizar la obtención de los resultados políticamente deseados y, por tanto, que los actores privados observen los pertinentes estándares de calidad (desde el punto de vista del bien común), lo que hace imposible que el proceso se entregue sin más a la dinámica de la autorregulación e impone, por ello, el acompañamiento de la descarga de la realización material de tareas y cometidos con el adecuado régimen de regulación y supervisión³⁵. Lo que quiere decir en lo que aquí importa: el fenómeno descrito supone nuevos retos para la función estatal de supervisión (en este conexto, fundamentalmente económica, por razones obvias). Y ello, porque el Estado garante no se agota en la distribución precisa de responsabilidades para conseguir la liberación de la dinámica propia de la actuación privada, sino que va mucho más allá: limita esa dinámica para colocarla al servicio de la obtención de resultados públicos. En términos de F. Schoch³⁶: en el ámbito de la Administración de la garantía de la prestación se produce una concretización del bien común conjuntamente por el Estado y los sujetos privados, si bien –en términos jurídicos– no tanto de verdadera división, como de reparto de la responsabilidad (pues los actores privados pueden continuar orientando su actuación por la racionalidad propia de la competencia en el mercado). Lo que significa que las medidas de privatización tienen un efecto de mayor alcance que la mera privatización de la organización de la correspondiente tarea (privatización formal), concretamente el de renuncia por el Estado al desarrollo por sí mismo de la correspondiente tarea, con la consecuencia de cierta pérdida en su potencia directiva por efecto de la penetración de la racionalidad propia de la acción privada en el cumplimiento de tareas materialmente públicas (sin perjuicio de la responsabilidad estatal de garantía).

De modo que, como afirma el antes citado Th. Vesting, el Estado de garantía obtiene su verdadera faz de la apuesta por la activación de fuerzas privadas y la posibilitación del cumplimiento de tareas materialmente públicas mediante la articulación de estructuras regulatorias aseguradoras del bien común. No hay en él,

y conocimiento por parte del estado y de la ejecución administrativa mediante el aprovechamiento de las posibilidades de la iniciativa privada, el conocimiento experto individual, el capital privado y la mayor cercanía de prestadores privados respecto del cliente. Y todo ello, sin renuncia por parte del Estado a la configuración social y la compensación entre libertad e igualdad, que representan desde luego en la Europa continental un elemento esencial de la cultura social. Y también conservando en muchos ámbitos la decisión última por el gobierno democrático y no por las fuerzas del mercado invisibles a las que difícilmente se les puede exigir responsabilidad.

34 C. FRANZIUS, ob. cit. en nota 11, en especial apdo. C.

35 Sobre el incremento por los procesos de privatización de las funciones públicas de vigilancia y control, R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

36 F. SCHOCH, ob. cit. en nota 11, pp. 244 y 245.

por tanto, ni regreso a la sociedad de Derecho privado, ni abandono del ciudadano a sí mismo, sino asunción de deberes de protección en términos de garantías de determinados resultados mínimos (lo que hace aflorar a primer plano el orden constitucional de derechos y deberes propios del estatus del ciudadano).

Las transformaciones que esta nueva dimensión del Estado induce pueden resumirse del modo siguiente:

1. La responsabilidad de garantía se cumple preferentemente por medio del Derecho, pero en modo alguno en términos de monopolio, pues las fuentes de su producción vienen experimentando un doble proceso horizontal y vertical de pluralización y desestatalización (europeización, internacionalización, autorregulación) determinando el tránsito, ya apreciable, de una situación de jerarquía a la calificada por el propio Th. Vesting³⁷ de “heterarquía”. En todo caso, la legislación estatal no es ya solo, ni predominantemente, programación material, decantándose cada vez más por las regulaciones organizativas (como recurso de “gobernanza”) y procedimentales (para el acierto de las decisiones). Su fin no se circunscribe, en todo caso, a la estructuración, esencialmente económica, de dinámicas de mercados; se extiende al establecimiento de un verdadero orden general de la garantía de las prestaciones decididas políticamente a favor de los ciudadanos (orden que está aún por establecer y que ha de resultar de un esfuerzo doctrinal de sistematización de la normativa sectorial a la luz de la constitucional).

2. La Administración propia del Estado garante no encaja ya, por ello y sin más, en el molde clásico de aparato de ejecución heteroprogramado, pues es ella misma la llamada ahora (muy particularmente en forma de organismos reguladores) a establecer el programa de la ejecución. Lo que no puede dejar de tener repercusiones en categorías establecidas como las de la reserva de Ley y los derechos fundamentales³⁸. En la primera, cuando menos en el plano de los términos de su

37 Th. VESTING, ob. cit. en nota 12, apdos. II y III.

38 A este respecto, C. FRANZIUS (ob. cit. en nota 11, apdo. B, II, 1) señala que: i) el fenómeno que viene analizándose agudiza de modo tal el potencial de los conflictos multipolares que deja inservibles las reacciones dogmáticas consistentes en el cambio en la función de los derechos fundamentales (de defensiva a protectora de su contenido) y en la activación de la dimensión objetiva de dichos derechos (a efectos del reconocimiento de un mayor margen de configuración al legislador), de modo que sigue siendo incierto el alcance preciso de posición de garante del Estado (la idea de la retención por este de la decisión última es puramente descriptiva y no proporciona una verdadera solución); y ii) la insuficiencia de la doctrina de la *Drittwirkung* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales para fundamentar los deberes impuestos ahora a los actores privados (como consecuencia de su colocación material en la posición tradicional de la responsabilidad estatal de ejecución, pues dicha doctrina hace que la eficacia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas precisa la intermediación de deberes del Estado, haciéndose precisa una apertura a un modo horizontal de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Por estas razones, el autor sostiene la plausibilidad de la solución de la dirección estatal mediante estructuras regulatorias (a la que se hace referencia en el texto) puesto que en ella se pretende no una esquemática traslación de deberes a los sujetos privados, sino el hallazgo de un equivalente funcional basado en una preeminente responsabilidad estatal de legitimación.

Por su parte, F. SCHOCH (ob. cit. en nota 11, p. 244) ve en los deberes constitucionales de protección de los

satisfacción a efectos del control jurídico de su cumplimiento. Y en la segunda, toda vez que la igualdad de las condiciones de actuación de los actores en el mercado pasa a ser esencial y, con ella, la delimitación de las respectivas esferas de libertad.

De esta suerte, la tarea principal de la Administración en este terreno no es otra que la articulación de estructuras jurídicas idóneas para inducir una colaboración de los sujetos públicos y los privados a efectos de la consecución de los resultados pretendidos, es decir, una coordinación eficaz de las contribuciones de unos y otros a la realización del bien común en términos respetuosos con la racionalidad respectiva. De ahí que el papel de la Administración pueda ser conceptualizado como dirección y, por tanto, control de la actuación de los actores privados; dirección y control inscritos en el que la doctrina alemana califica como “Derecho de garantía mediante estructuras jurídicas” y cuya construcción dogmática está por hacer, pero cuyo eje guía es la operación administrativa mediante la determinación de las condiciones de la contribución de los sujetos privados al bien común.

Ocurre, sin embargo, que cuanto queda dicho no logra despejar la ambigüedad inherente, en este contexto, a los conceptos de garantía y responsabilidad; conceptos que, tomados en sentido estricto, suscitan expectativas que el Estado garante no puede cumplir.

Por de pronto, es de por sí cuestionable la insistencia en el Estado (desde las ideas implícitas de Estado nacional soberano y representativo de la unidad de la política y el Derecho) como referencia última. Aunque esta referencia pueda seguir siendo en cierto sentido plausible, lo es solo desde la constatación, de un lado, de la porosidad de las fronteras de política, Derecho y Administración, con consecuente potenciación de las funciones del sistema jurídico (en virtud de un nuevo acoplamiento de política y Derecho en sede constitucional), y, de otro lado, del abandono de la idea de la sociedad centrada en el Estado y, por ello, definida por el poder político. Th. Vesting³⁹ destaca convincentemente:

a. La obsolescencia de esta última idea, toda vez que la sociedad se ofrece con entidad diferenciada, rompiendo la antes aludida unidad y quedando la política y el Derecho como simples partes del proceso constante de automodificación de aquella⁴⁰. La sociedad actual reposa sobre la objetivación e institucionalización de

derechos pertinentes la base misma del que denomina Derecho de garantía en los correspondientes ámbitos, materias o sectores. Pues, en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales operan de forma múltiple en términos de deberes estatales de garantía prestacional. Por ello, aunque existan desde luego márgenes de libertad de configuración (respecto del cómo de la asunción de los deberes de protección), cabe la afirmación de que cuanto más confíe el Estado en los sujetos privados, tanto mayor ha de ser su garantía del cumplimiento correcto de la tarea o el cometido pertinentes. Lo que sostiene que prueba, en el Derecho alemán, la regulación de la seguridad de los productos (especialmente en relación con el control de acceso al mercado y la supervisión de este) y de la protección de la juventud en los medios.

39 Th. VESTING, ob. cit. en nota 12, apdo. II,2.

40 Lo que ha supuesto la quiebra de la idea –válida desde Platón hasta Hobbes– de una heteroestabilización

diversas racionalidades y esferas de valor, es decir, de sistemas autónomos aunque interdependientes (la política, la economía, el Derecho, la cultura, etc.) y aunque tal situación concurría ya en la sociedad liberal de los siglos XVIII y XIX, su característica actual radica en el incremento de la interdependencia en términos paradójicos de simultánea potenciación de los factores de independencia y dependencia.

b. La incapacidad de la política para poner la lógica de la economía (orientación hacia el beneficio) al servicio de otros fines sin poner en riesgo la dinámica prestacional e innovadora de la misma. Pues esta dinámica expresa no tanto la racionalidad específica económica, cuanto la autonomía misma del sistema económico.

c. La consecuente puesta en cuestión de las representaciones tradicionales del Estado por la conversión de la sociedad en una red de sistemas autónomos. Pues estos sistemas operan sobre la base de diferenciaciones elaboradas desde sí mismos y en la relación con su ambiente propio, de modo que –más allá de la continuada reproducción de su propia racionalidad– no reconocen responsabilidad alguna, lo que se hace especialmente evidente en la economía mundializada y su específica reacción frente a las necesidades sociales (haciendo impracticable la imputación de responsabilidad a alguien en concreto). Se está, pues, en presencia no solo de una transformación de las formas de cumplimiento de las tareas públicas, sino de un verdadero cambio (al menos parcial) en el Estado, determinado por un mayor desplazamiento de la función de la política desde la generación autoritaria de decisiones vinculantes colectivamente hacia formas cooperativas de la moderación de intereses y la incentivación de soluciones. Cambio en la estatalidad este, que arrastra el de la Administración por imposibilidad creciente de la reproducción, en muchos ámbitos, del modelo ejecutivo tradicional al dejar la sociedad de ser un objeto estable cuyas regularidades confluyen en el Estado o en la Administración y pueden ser descritas, dirigidas y responsabilizadas desde uno u otra.

d. Todo lo cual aboga –sin perjuicio de su mantenimiento a falta de un concepto mejor– por la actualización del concepto de responsabilidad para aludir a la asumida por la política y el Derecho en relación con procesos sociales. La noción de responsabilidad proviene de la filosofía moral y del Derecho, presuponiendo un sujeto capaz de tomar decisiones y, por tanto, de ser o no negligente y, por tanto, la conexión con relaciones entre tal sujeto y objetos relativamente estables permisivas de la identificación –desde la causalidad– de cadenas de responsabilidad (haciendo posible, así, la atribución de esta a concretos sujetos por razón de determinadas actuaciones). Se sitúa, pues, en la tradición de la filosofía subjetiva de la ilustración y se vincula a la idea del individuo como persona fundamento de todas las posibilidades del conocimiento, la actuación, obligación, etc. No es sorprendente,

normativo–teleológica de la sociedad y su sustitución por la de una autoestabilización social–inmanente o de sistemas autónomos dependientes recíprocamente vía diferenciación funcional.

por ello, la inexistencia de un modelo de responsabilidad colectiva equivalente al de la responsabilidad individual.

Esta construcción resulta desbordada en la actualidad en punto, de un lado, al modelo clásico de causalidad que –bajo condiciones de creciente complejidad– resulta indudablemente forzado (así, especialmente en el medio ambiente), y, de otro lado, a la idea de que el Estado en tanto que sujeto es responsable al igual que un individuo, en cuanto que la consideración del Estado o la Administración como persona jurídica (es decir, centro de imputación en calidad de una suerte de “persona grande”) resulta de todo punto insuficiente ante la emergencia de organizaciones, en particular bajo la forma de redes flexibles (transnacionales) de relaciones.

Un concepto de la responsabilidad a la altura de nuestro tiempo requiere, pues, afrontar la cuestión de la responsabilidad colectiva sobre la base de los planteamientos que, abandonando ya el hombre como sujeto y elemento último del orden social, recurren a otras referencias, cual sucede en la teoría de sistemas de N. Luhmann, que sustituye el sujeto por la diferencia sistema/ambiente en sistemas autopoieticos. El esfuerzo habría de concentrarse así en la determinación del papel de las organizaciones y redes en la sociedad actual, haciendo énfasis no tanto en la construcción en la calidad de personas, cuanto en el momento abstracto e impersonal de la teoría de la persona jurídica. Para ello pueden encontrarse precedentes útiles en la tradición, pues ya el Derecho canónico del S. XII admitía imputar acontecimientos (por ej. actuaciones dañosas) a corporaciones y, aunque no disponía aún de un concepto consolidado de corporación, proporcionó la base para el desarrollo del momento abstracto e impersonal tal como se produjo⁴¹ desde la idea política de los dos cuerpos del rey (ya corriente en la Inglaterra del s. XVI) y se consolidó en la obra de los revolucionarios ingleses y, especialmente, en la de Hobbes, cuyo *Leviatán* es –además de una teoría del poder absoluto– una teoría de la supraordenación del cuerpo político respecto de todos los cuerpos naturales y, con ello, de la inclusión del imperante en las reglas y regularidades del sistema jurídico.

Con ayuda de una teoría de sistemas autónomos debería, pues, poderse alcanzar la actualización antes apuntada como necesaria. El punto de partida sería la adopción de un nuevo lenguaje para describir adecuadamente el incremento de complejidad en el sistema jurídico. Y el objetivo sería la reconstrucción de las proposiciones constitutivas del trasfondo del modelo clásico de la responsabilidad de modo que esta pueda desplegar efectos de vinculación jurídica bajo las condiciones ambientales completamente nuevas de una sociedad de las organizaciones.

Lo que, en cualquier caso, parece claro es que con la responsabilidad de garantía se alude –en un contexto de pérdida por el Estado de potencia directiva y de

41 Según demostración efectuada en su día por E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton 1957.

control de los procesos sociales y económicos y como sostiene F. Schoch⁴²— a un deber jurídico estatal de resultado; deber que deriva —según cada sector y a partir de las premisas deducibles del orden constitucional— de la Ley en cada caso aplicable. De este concepto resultan, según dicho autor, las siguientes consecuencias que importa resaltar:

1. El deber no se agota en la introducción de una estructura regulatoria dirigida a la inserción en la lógica del correspondiente mercado (en situación de competencia efectiva) de fines colectivos ajenos a ella. Comprende igual y necesariamente el apoderamiento al poder público con facultades de intervención y supervisión, compañeras indispensables de las de regulación. Pues la libre competencia no es, en este plano, un valor protegible *per se* en tanto que la comunidad política no puede confiar ciegamente en ella (en tanto que procedimiento totalmente abierto a efectos de resultados) para la satisfacción de necesidades mediante actividades no siempre atractivas económicamente. El Derecho administrativo de la garantía solo puede asignar a la libre competencia, una función más bien instrumental al servicio de la consecución del bien común (lo cual se hace especialmente evidente en la incorporación de la libre concurrencia en la adjudicación de contratos del sector público, pues en el Derecho de la contratación pública no existen fines consustanciales a la misma ajenos —como el de la competencia— a los inherentes a la contratación en sí misma considerada).

2. Los elementos característicos del Derecho administrativo de garantía (de las prestaciones) son, por ello, los siguientes.

De un lado y como pieza nuclear, la regulación entendida como todo mecanismo, instrumento o medida de influjo estatal en procesos sociales, en particular económicos, con finalidad de producción —más allá del caso concreto— de un determinado orden específico. Lo que implica que se manifiesta fundamental, pero no exclusivamente, en forma de Derecho, operando este así en ella tanto como medio central, cuanto como límite de necesaria observancia en cualquier caso. De esta suerte y respetando la lógica de los subsistemas Estado y sociedad, el Derecho administrativo de garantía:

— Comprende formas jurídico-públicas y jurídico-privadas de actuación.

— Incluye mecanismos e instrumentos de aseguramiento del resultado (y su calidad) en la realización por sujetos privados de las tareas o los cometidos en ellos descargados, poniendo a disposición y estableciendo, respectivamente, mecanismos de selección adecuada de sujetos privados idóneos para la cooperación con el sector público y de protección de los derechos de terceros (competidores privados, usuarios, consumidores, etc.).

42 F. SCHOCH, ob. cit. en nota 11, pp. 245, 246 y 247.

–Y, para ello, articula instrumentos eficaces de dirección y control públicos (en forma diversa, incluidas la publicidad, los deberes de información, la autovigilancia o autocontrol, pero sobre todo la evaluación y la supervisión), así como, en último término, de sustitución pública (mediante la recuperación de las actividades en que no se respeten los correspondientes estándares de resultado).

Es claro, pues, que la responsabilidad de garantía característica del nuevo perfil del Estado requiere –como condición indispensable– la asignación al mismo de los medios jurídicos precisos para hacer efectivo el cumplimiento por los sujetos privados de la tareas o los cometidos correspondientes a necesidades sociales cuya satisfacción material se entregue al mercado. Y estos medios comprenden:

a. Además, desde luego, de nuevos y específicos instrumentos que, en su caso, modulan previos existentes, tales como: la privatización puramente funcional de enteros sectores o ámbitos de actividad; la inserción en estos de la técnica clave del servicio universal, así como las no menos importantes de las obligaciones de servicio público y de compensación; la introducción de la lógica de la libre competencia en la adjudicación de contratos del sector público; y la de origen comunitario llamada autorregulación regulada.

b. Todo el instrumentario del Derecho administrativo de intervención y, en particular, la supervisión, que lejos de ser incompatible, sigue siendo irrenunciable obviamente según las características del ámbito o sector de que en cada caso se trate.

En este sentido, la tesis de K. Waechter⁴³ ya expuesta de la Administración como actividad para la satisfacción de necesidades sociales aboca a las siguientes conclusiones:

i. Procedencia de la diferenciación, en orden a la satisfacción de necesidades sociales, entre las siguientes decisiones públicas: regulación, planificación, organización y supervisión, de modo que la privatización funcional de que se ha venido hablando se sitúa cabalmente en la fase de la decisión sobre la organización de la satisfacción de la necesidad que sea del caso.

ii. Existencia de un conjunto de principios generales que rigen toda actividad de satisfacción de necesidades sociales (materialmente pública, cualquiera que sea la forma en que se desarrolle).

iii. Sujeción, por tanto, también de la actividad de los sujetos privados dirigida a la satisfacción de necesidades sociales (en virtud de la organización de esta mediante entrega al mercado) desde luego a los principios (derivados de la teoría del servicio público) de continuidad, igualdad (acceso general en condiciones asequibles e igualdad de los ciudadanos en la prestación), suficiente calidad (también en el

43 K. WAECHTER, ob. cit. en nota 10, especialmente pp. 273 y ss.

tiempo y, por tanto, adecuación a la evolución de las condiciones de prestación y, en especial, variación de la demanda y compensación por modificaciones imperativas).

iv. Sometimiento consecuente de la actividad de los sujetos privados a control y supervisión públicos.

La pertenencia a la privatización funcional de tareas y cometidos de la supervisión radica en la inscripción de esta en la responsabilidad estatal de garantía, toda vez que esta tiene como correlato necesario la habilitación para la observación, es decir, la vigilancia, la regulación y, justamente, la supervisión. Si la constatación en el contexto de la vigilancia de una situación deficiente determina la procedencia de la adopción de medidas regulatorias, la supervisión tiene por objeto la observancia de los deberes que resultan de los principios antes expuestos. Este objeto la hace análoga a la supervisión orgánica sobre los entes locales, en la medida en que esta persigue el cumplimiento regular de sus tareas por dichos entes, pero respetando su autonomía. Pues ha de tenerse en cuenta que en la privatización funcional los sujetos privados cumplen tareas materialmente públicas, lo que permite un cierto paralelismo con la ejecución administrativa delegada. La semejanza llega incluso más allá, pues si la supervisión orgánica sobre los entes locales es también de oportunidad, la supervisión económica de sujetos privados no es tampoco solo de estricta legalidad (incluyendo decisiones adoptadas en el contexto de márgenes de mayor o menor discrecionalidad). En la medida en que en la privatización funcional cabe hablar, así, de un condominio estatal-sujetos privados sobre las tareas y los cometidos correspondientes, es posible jurídicamente, finalmente, la privatización funcional también de la propia supervisión (dando lugar así a la retención por la Administración de una supervisión superior o última).

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GONÇALVES, P. *The enabling state and the market*. Accesible en http://www.pedro-costagoncalves.eu/PDF/textos/the_enabling_state.pdf.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staats- und Verfassungsrecht*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976.
- DENNINGER, E. “Der Präventionsstaat”, *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- DONNELLY, C. “The response of english public law to private actors in public governance”, en M. RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Ed. British Institute of International and comparative Law, Londres, 2009.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. The Belknap of Harvard University Press, Cambridge, 2011. Vosskuhle. “Cooperation between the public and private sector in the enabling

- state “, en M. Ruffert (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2009.
- EIFERT, M. “Regulierungsstrategien”, en W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN/ A. VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Ed. C.H. Beck, München, 2006.
- ESTEVE PARDO, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- FRANZIUS, C. “Der Gewährleistungsstaat –ein neuer Leitbild für den sich wandelnden Staat”, *Der Staat*, 2003.
- FRANZIUS, *Der Gewährleistungsstaat*, reelaboración de intervención en la *Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften* en Speyer el día 1.02.2007, accesible en <http://userpage.fu-berlin.de/~europe/team/FranziusC/texts/gew%E4hrleistungsstaat.pdf>.
- FREEMAN, J. “Collaborative governance in the administrative state”, *UCLA Law Review*, 1997.
- GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- HIRSCH. *Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?*, Conferencia pronunciada en la Dresdner Juristischen Gesellschaft el 24 de octubre de 2007. Accesible en http://www.djgev.de/download/Vortrag_Hirsch.pdf.
- HOFFMANN-RIEM, W. “Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht. Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung”, *Archiv des Öffentlichen Rechts*.
- ISENSEE, J. *Recht auf Sicherheit: zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* (texto reelaborado de la conferencia pronunciada en la Berliner Juristischen Gesellschaft el 24 de noviembre de 1982, Berlín, 1983).
- JAKOBS, G. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, 97 (1985).
- KANTOROWICZ, E. *The King’s Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, 1957.
- LADEUR, K-H. *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- LADEUR, K-H. *Was bedeutet die “Normativität” des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts und die Politikwissenschaft*; accesible en <http://www2.jura.uni-hamburg.de/ceri/publ/A2.12.09-neu.pdf>.

- NOVAK, N.J. “Public-private governance: a historical introduction”, en J. Freeman & M. Mi-
now (eds.), *Government by contract*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L. *Transformación y reforma? en el Derecho Administrativo en España*,
INAP/Derecho global, Madrid, 2012.
- REICHARD, CH. [*Das Konzept des Gewährleistungsstaates*, conferencia pronunciada en la
reunión anual de 2003 del Consejo científico de la *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft*
(sociedad para la economía pública) accesible en [http://www.econbiz.de/archiv/p/
up/public_management/konzept_gewahrleistungsstaat.pdf](http://www.econbiz.de/archiv/p/up/public_management/konzept_gewahrleistungsstaat.pdf).
- RIVERO ORTEGA, R. *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora
de la administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- SÄCKER, F. J. “Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem
Recht”, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 130, 2005.
- SANDEL, M. J. *Justice. What’s the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, New
York, 2010.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. “Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung”, *Die Öffentliche
Verwaltung (DÖV)*, 1997.
- SCHOCH, F. “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *Neue
Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, n. 3/2008.
- VESTING, ASI TH. *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten
Bedingungen der Bewältigung Öffentliche Aufgaben in der Informations- oder Wissens-
gesellschaft*, accesible en [http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-
Gewahrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewahrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf).
- WAECHTER, K. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

THIAGO LOPES MATSUSHITA*

*A regra-matriz de incidência e a regra-matriz
da ordem econômica brasileira*

RESUMEN

Introdução. A regra-matriz de incidência. A regra-matriz de incidência e o artigo 170 da Constituição federal. A regra-matriz da ordem econômica. A relação entre a hipótese e o critério prestacional do consequente da regra-matriz da ordem econômica: o direito econômico enquanto direito humano tridimensional. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A teoria da regra-matriz de incidência é construção do constructivismo lógico-semântico de Paulo de Barros Carvalho, com base principalmente nas lições de Alfredo Augusto Becker e Geraldo Ataliba, servindo de fundamento especialmente para a hermenêutica do Direito Tributário na atividade de construção, aplicação e estudo das normas jurídicas.

Tal teoria servirá, no presente artigo, de embasamento para a qualificação da norma jurídica *stricto sensu* emanada do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 enquanto regra-matriz de toda a ordem econômica constitucional pátria. Para tanto, primeiro discorreremos sobre a teoria de Barros Carvalho no que diz respeito à regra-matriz de incidência tributária. Em capítulo seguinte, abordaremos a norma jurídica fruto do trabalho hermenêutico sobre o artigo 170 da Carta Magna enquanto regra-matriz de incidência para, posteriormente, evocarmos dita norma como regra-matriz de toda a ordem econômica, direta e imediatamente aplicável em todas as relações econômicas regidas pela ordem jurídica pátria. Após, nos concentraremos na relação estabelecida entre a hipótese e o critério prestacional do consequente de dita norma jurídica, com a finalidade de demonstrar o tridimensionalismo inerente à análise axiológica da regra-matriz do artigo 170 da Constituição.

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA

A regra-matriz de incidência é a construção da norma jurídica geral e abstrata. Nessa classe de normas identificou-se uma estrutura sintática constante, tendo como base que todas as normas jurídicas são sintaticamente homogêneas. Como explica Paulo de Barros Carvalho,

[...] sua linguagem [do legislador] mantém, invariavelmente, uma função diretiva ou prescritiva, dobrando-se para o contexto social e nele atuando para tecer a disciplina da conduta

* Mestre e Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP. Vice-coordenador da Graduação em Direito da PUC-SP.

entre as pessoas. Seu discurso se organiza em sistema e, ainda que as unidades exerçam papéis diferentes na composição interna do conjunto (normas de conduta e normas de estrutura), todas elas exibem idêntica arquitetura formal. Há homogeneidade, mas homogeneidade sob o ângulo puramente sintático, uma vez que nos planos semântico e pragmático o que se dá é um forte grau de heterogeneidade [...]¹.

A norma jurídica é a significação resultado da interpretação do enunciado prescritivo (suporte físico) correlacionado à conduta intersubjetiva (significado). Vale salientar que, portanto, não há norma jurídica expressa. Os códigos e leis são conjuntos de enunciados dotados de prescritividade (sentido deontológico) que, atrelados às condutas intersubjetivas, possibilitam a construção, na mente do intérprete, das normas jurídicas.

Para a melhor compreensão do instituto da regra matriz de incidência, necessário entender como se dá a constituição da norma jurídica na teoria do construtivismo lógico-semântico.

As normas jurídicas *lato sensu* dizem respeito às normas deonticamente incompletas, ou seja, não tem a estrutura integral da hipótese-consequente, ou um antecedente de caráter descritivo e um consequente de cunho prescritivo. A norma jurídica *stricto sensu*, por outro lado, é aquela dotada de completude estrutural sintática: assim, “se ocorrer o fato F, no plano da realidade tangível, deve-ser a conduta C, do sujeito S” perante o sujeito S”².

Toda norma jurídica *stricto sensu*, partindo desse pressuposto, é composta de uma hipótese e de um consequente. Ela pode ser construída a partir de um único ou da reunião de dois ou mais enunciados prescritivos. Sobre a hipótese de incidência, já lecionou Geraldo Ataliba:

Na verdade, como a h.i. é um conceito (legal), não tem nem pode ter as características do objeto conceituado (descrito), mas recolhe e espelha certos caracteres, isolados do estado de fato conceituado, dele extraídos, na medida necessária ao preenchimento da função técnico-jurídica que lhe é assinalada, como categoria jurídica conceitual-normativa.

Assim, a lei – ao descrever um estado de fato – limita-se a arrecadar certos caracteres que bem o definam, para os efeitos de criar uma h.i. Com isto, pode negligenciar outros caracteres do mesmo, que não sejam reputados essenciais à configuração de uma h.i. Pode, portanto, o legislador arrolar muitos ou só alguns dos caracteres do estado de fato, ao erigir uma h.i. Esta, como conceito legal, é ente jurídico bastante em si³.

1 CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: linguagem e método*, 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 136.

2 CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

3 ATALIBA, GERALDO, *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 61.

Na lição de Alfredo Augusto Becker,

[...] toda e qualquer regra jurídica tem o mesmo modo de incidir, ou melhor, *tem a mesma estrutura lógica e atuação dinâmica*: regra jurídica e sua hipótese de incidência (“fato gerador”); realizando-se a hipótese de incidência sobrevém a incidência da regra jurídica; em virtude desta incidência há a irradiação da eficácia jurídica (os efeitos jurídicos): a relação jurídica e seu conteúdo jurídico (direito e correlativo dever; pretensão e correlativa obrigação, ação e correlativa sujeição)⁴.

A estrutura da regra-matriz de incidência, portanto, obedece aos critérios conforme identificados na lição de Paulo de Barros Carvalho:

No descritor da norma (hipótese, suposto, antecedente) teremos diretrizes para identificação de eventos portadores de expressão econômica. Haverá um critério material (comportamento de alguma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), toparemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão, preenchido com os requisitos significativos necessários e suficientes para o impacto jurídico da exação⁵.

Como podemos observar, o critério quantitativo, consoante descrito acima, diz respeito à relações tributárias, pois é determinado pela base de cálculo e pela alíquota. Assim sendo, exibe-se o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão. A norma, assim, apesar de ser dotada de integridade conceitual, é decomposto por Carvalho a fim de análise e representação do que o autor denomina “mínimo deontico” da regra-matriz de incidência tributária. O prescritor e o descritor da norma, assim, mantém uma relação de íntima dependência relacional.

A regra-matriz de incidência tributária, portanto, ainda na lição de Paulo de Barros Carvalho, não traz na hipótese um evento determinado de forma específica, mas sim “alude a uma classe de eventos, na qual se encaixarão infinitos acontecimentos concretos”⁶.

4 BECKER, ALFREDO AUGUSTO, *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2007, p. 132.

5 CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

6 CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA
E O ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 170 da Constituição Federal, enunciado prescritivo neste momento analisado, se expressa nos seguintes termos:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

- I soberania nacional;
- II propriedade privada;
- III função social da propriedade;
- IV livre concorrência;
- V defesa do consumidor;
- VI defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII busca do pleno emprego;
- IX tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Tal artigo é enunciado prescritivo do qual emana determinada regra matriz de incidência, pois preenche todos os requisitos exigidos consoante lição de Paulo de Barros Carvalho.

O descritor, o antecedente dessa regra matriz diz respeito a uma “classe de eventos na qual se encaixam infinitas ocorrências concretas”. Essa classe de eventos é limitada aos eventos de cunho econômico. Economia assim entendida, no mundo do ser, como o exercício de atividade “voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços”⁷, mediante a sua produção, distribuição e consumo/ usufruto, entrando nessa seara não somente relações econômicas como, por exemplo, as relações trabalhistas, mas também aquelas coordenadas e implantadas pelo poder público, *e. g.*, as políticas assistenciais, que se referem diretamente à transferência de renda e ao seu uso condicionado. Importa salientar, neste momento, que consideramos, assim como Paulo de Barros Carvalho, “a autorreferencialidade da linguagem, como ente autossustentável, dispensando elementos exteriores ao

7 GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11^a ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 103.

discurso para legitimar-se”⁸. Dessa forma, a definição de economia aqui referida advém da própria análise interpretativa do artigo 170 da Constituição. O fundamento e os princípios nele referenciados relativos à ordem econômica delegam a esta a característica de acatar o direito subjetivo de propriedade, assim como a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, entre outros, como a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

O termo “ordem econômica” pode ser tomado, neste artigo, tanto enquanto expressão do dever-ser, ou seja, enquanto a regência jurídica da economia, o dever-ser das atividades e relações econômicas, ou enquanto expressão relativa ao mundo do ser, ou seja, ordem econômica “como conjunto das relações econômicas”⁹. Assim, partilhamos do ensinamento de Eros Grau, para quem

[...] embora nesta *norma-objetivo*, insculpida neste art. 170, a expressão tenha sido empregada para designar uma realidade do mundo do ser, prossegue a Constituição, nos preceitos seguintes, a dispor normas que estão integradas na parcela da ordem jurídica que se refere como ordem econômica (mundo do dever ser, portanto). Toma consciência também, o leitor, que mesmo o enunciado deste art. 170 [...] é normativo, podendo inclusive, então, jogar com a ambiguidade da expressão, sem o risco de neste jogo se enredar¹⁰.

Dito isto, assim, a ordem econômica, como conjunto das relações econômicas, ou atividades econômicas, ou seja, mundo do ser, consoante este artigo, deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios.

Desta forma, “os antecedentes normativos, conceitos jurídicos que são, elegem aspectos determinados, promovendo cortes no fato bruto tomado como ponto de referência para as consequências normativas. E essa seletividade tem caráter eminentemente axiológico”¹¹. Assim, em sua hipótese, a regra matriz de incidência em questão dispõe de um critério material, qual seja, a realização de atividade econômica, nos moldes retirados da autorreferencialidade do próprio conteúdo axiológico da norma jurídica *stricto sensu*, conforme acima indicado. Consoante lição de Paulo de Barros Carvalho,

O critério material é o núcleo do conceito mencionado na hipótese normativa. Nele há referência a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas, condicionado por circuns-

8 CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

9 GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 68.

10 GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 68.

11 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

tâncias de espaço e de tempo, de tal sorte que o isolamento desse critério, para fins cognoscitivos, é claro, antessupõe a abstração das condições de lugar e de momento estipuladas para a realização do evento¹².

Dispõe ainda, portanto, de um critério espacial e um critério temporal. Nas palavras de Barros Carvalho, “o critério espacial é o plexo de indicações, mesmo tácitas e latentes, que cumprem o objetivo de assinalar o lugar preciso em que a ação há de acontecer. O critério temporal, por fim, oferece elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante ocorre o fato descrito”¹³. O critério é territorial, no caso, é “identificado como o próprio plano de vigência territorial da lei, ou seja, qualquer lugar do território nacional”¹⁴; e o critério temporal é fixado pelo fator da ação, ou seja, o momento da realização da atividade econômica, produção, distribuição ou consumo/usufruto do(s) bem(ns) e serviço(s).

No conseqüente, por sua vez, possui o critério pessoal, sendo o sujeito passivo qualquer um dos polos da relação econômica, o realizador de atividade econômica, o produtor, distribuidor ou consumidor de bens e serviços; e o sujeito ativo todos os membros da coletividade.

No que se refere à determinação do sujeito ativo do conseqüente na regra-matriz de incidência ora em questão, vale salientar que há a possibilidade de sua maior individualização no momento em que se concretiza e, por fim, dota-se de especificidade, a norma jurídica conseqüente. Assim, só se determinará efetivamente o(s) sujeito(s) pertencente(s) ao conjunto relativo ao sujeito ativo quando realizar-se o processo de positivação através da norma individual e concreta, tendo em vista que a coercitividade do sistema depende da concretização da norma geral e abstrata. E isso tendo em vista que

[...] as normas gerais e abstratas não ferem diretamente as condutas intersubjetivas, para regulá-las. Exigem o processo de positivação, vale dizer, reclamam a presença de norma individual e concreta a fim de que a disciplina prevista para a generalidade dos casos possa chegar ao sucesso efetivamente ocorrido, modalizando deonticamente as condutas¹⁵.

O elemento prestacional da regra-matriz da ordem econômica é composto do verbo “assegurar”, com o complemento “existência digna, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função

12 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2011, p. 149.

13 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2011, p. 149.

14 CARVALHO, AURORA T. DE, *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo, Noeses, 2013, p. 397.

15 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Possui, portanto, a regra-matriz da ordem econômica ora em estudo, um critério quantitativo que identifica, por ordem de grandeza, o objeto da conduta.

No caso, o critério quantitativo se apresenta como um valor fixo, apesar de subjetivamente variável. Dizemos isso pois, apesar da existência digna não ser quantificável no sentido de que todo sujeito tem direito ao mesmo coeficiente de dignidade, os direitos que a envolvem são subjetivos e, portanto, variam, aí sim, de acordo com o fato enquadrado na hipótese normativa. Outrossim, dependendo do caso, alguns direitos subjetivos podem não ter qualquer implicação direta com o fato determinado exposto no antecedente, enquanto outros direitos subjetivos demandam uma análise mais aprofundada para a determinação do liame obrigacional e configuração do consequente. Sendo assim, podemos dizer que a ordem de grandeza em face da regra-matriz da ordem econômica é relativa aos valores que serão mais atentados pelo hermenauta e aqueles que serão deixados mais de lado por estarem relativamente afastados do fato jurídico em questão.

Oportuno salientar, neste momento, que não há de se falar em quantificação no que diz respeito à utilização de critérios de prelação de um princípio, ou de um direito subjetivo, sobre outro, já que todos devem estar inseridos na decisão do caso, tendo em vista que a enunciação de norma individual e concreta é uma decisão e também que o princípio da proporcionalidade demanda o adensamento de todos os direitos subjetivos e princípios no caso concreto, sem preferência de um pelo outro. Reitera-se, portanto: a ordem de grandeza, ou critério quantitativo, se refere à seleção dos direitos subjetivos e princípios que incidam e digam respeito ao direito objetivo a uma existência digna.

Tal identificação do elemento prestacional e do critério quantitativo nos permite ainda afirmar que, dentro dos modais deônticos de permitido, proibido ou obrigado, dita regra-matriz se utiliza da obrigação no âmbito do dever-ser. “Dizer que uma conduta “p” é obrigatória equivale a afirmar que não é permitido omiti-la”¹⁶.

Vale salientar, ainda, que, consoante teoria de Paulo de Barros Carvalho, a delimitação do critério quantitativo está intimamente relacionada aos aspectos do fato descrito no antecessor. Ou seja, no trabalho hermenêutico, a fim de se deduzir uma regra-matriz de incidência de determinado enunciado prescritivo ou de um

16 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

conjunto destes, é relevante considerar que o intérprete tem a preocupação de estabelecer uma relação entre o objeto e o acontecimento descrito na hipótese. Isto pois, se assim não o fosse, se abriria espaço para o intérprete fazer emanar normas jurídicas *stricto sensu* de hipótese e conseqüente desconexos, não se prestando, assim, à funcionalidade harmônica do próprio sistema jurídico com o mundo dos fatos sociais.

Além do que, como salienta Paulo de Barros Carvalho, o objeto prestacional pode mostrar-se “incerto, indefinido, mas sempre com vocação para definir-se. Tais fatores de determinação, que não comparecem no prescritor da norma geral e abstrata, servem para caracterizar, com bastante intensidade, o conseqüente da norma individual e concreta”¹⁷.

A necessária relação direta estabelecida pelo legislador entre a hipótese de incidência (realização de atividade econômica) e o elemento prestacional no conseqüente (assegurar existência digna, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios elencados) é clara, coadunando-se com os pressupostos da própria Constituição Federal de uma hermenêutica condizente com a linha do jus-humanismo normativo. Com isso, queremos dizer que, tendo em vista o liame estabelecido entre realização da atividade econômica e a existência digna, nos ditames da justiça social, nos permite revelar na ordem econômica (dever-ser) constitucional um conteúdo axiológico referente ao que já chamamos de tridimensionalismo do direito econômico. Antes de discorrer sobre tal, vale nos atentarmos ao artigo 170 enquanto fundamento da regra-matriz da ordem econômica.

A REGRA-MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

Do artigo 170 da Constituição Federal emana regra matriz que incide em todo o campo da ordem econômica pátria, sendo uma regra, enquanto norma jurídica, e matriz, pois modelo padrão sintático-semântico da ordem econômica. Sintático enquanto construção deontológica que, conforme já fora explanado, dotado de uma hipótese e de um conseqüente, cumprindo inclusive todos os critérios definidores do descritor e do prescritor da norma jurídica em sentido estrito. Semântico, por sua vez, pois expressa o sentido axiológico que deve (deontologicamente, portanto) compreender toda relação intersubjetiva de cunho econômico. É, portanto, regra matriz de incidência, pois norma jurídica *stricto sensu*, e regra matriz da ordem econômica, pois atuando nesta como estruturante sintática e semanticamente.

17 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

Afirmamos, portanto, que sobre toda e qualquer relação econômica incidirá a norma jurídica *stricto sensu* expressa no artigo 170 da Constituição Federal. Por isso a denominamos de regra matriz da ordem econômica pátria.

Vale salientar, ainda, que na norma jurídica *stricto sensu* abstraída do enunciado prescritivo do artigo 170 da Constituição Federal a referência a critérios, aspectos, elementos ou dados significativos de um evento e de uma relação entre sujeitos delimita um conceito conotativo, diferentemente das normas concretas, que demarcam um conceito denotativo¹⁸. Mas isso nada impede que, dentro de certo contexto e sob a interpretação de determinada conduta intersubjetiva, atrelado a demais normas jurídicas *stricto sensu*, adquira a significação denotativa qualificadora da norma jurídica concreta, produzindo conteúdo de maior especificidade. Estamos tratando, neste ponto, dos “vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas”¹⁹. Nos referimos, assim, ao quarto plano de construção de sentido do sistema jurídico. Esse subsistema diz respeito ao seguinte, conforme leciona Paulo de Barros Carvalho:

É nessa incessante movimentação empírico-dialética que se forma o conhecimento da mensagem prescritiva. Explicado de outro modo, é travando contato com o plano da expressão, onde estão montadas as estruturas morfológicas e sintáticas do texto legislado, que o enunciatário organiza a compreensão da matéria, completando o ciclo comunicacional do direito²⁰.

A regra-matriz da ordem econômica já é uma unidade completa de sentido deôntico, porém, a fim de que esteja apta a constituir normas produzidas como resultado de sua incidência, necessário o exame no plano suprarreferido, pois a prescrição daquela, enquanto norma geral e abstrata, somente adquirirá concretude e se encontrará mais próxima ao campo material das condutas, se operar-se *constructo* hermenêutico de produção de sentido através do estabelecimento de vínculos de subordinação e coordenação entre as demais normas em face da conduta intersubjetiva factual.

Desse modo, seguindo lição de Paulo de Barros Carvalho,

[...] podemos mencionar o texto segundo um ponto de vista interno, elegendo como foco temático a organização que faz dele uma totalidade de sentido, operando como objeto de significação no fato comunicacional que se dá entre emissor e receptor da mensagem, e outro corte metodológico que centraliza suas atenções no texto enquanto instrumento da

18 CARVALHO, AURORA T. DE, *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo, Noeses, 2013, p. 378.

19 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

20 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

comunicação entre dois sujeitos, tomado, agora, como objeto cultural e, por conseguinte, inserido no processo histórico-social, onde atuam determinadas formações ideológicas²¹.

Aliás, é justamente a polissemia que lhe é característica que permite ser adjetivado como regra matriz da ordem econômica. Apesar de cumprir sua “missão disciplinadora de comportamentos intersubjetivos”²², pode ser tido também como um “preceito de sobrenível” da ordem econômica. Assim, é regra-matriz enquanto dotada de todos os campos sintáticos que a caracterizam, conforme acima explanado, ao mesmo tempo em que é estrutura deontológica, norma jurídica, de sobrenível, primordial e imediatamente aplicável à toda conduta intersubjetiva que corresponda à ordem econômica; constrói-se pela interpretação do enunciado prescritivo do artigo 170 da Carta Magna projetando plurissignificações que serão filtradas e selecionadas pelo hermeneuta consoante o contexto de enquadramento da respectiva conduta intersubjetiva, formando, assim, o triângulo semiótico.

Valem aqui novamente as palavras de Alfredo Augusto Becker:

Toda norma é, com efeito, parte integrante do sistema jurídico a que pertence. Desde o momento da sua criação, entre todas as normas de um mesmo sistema se exerce um complexo de ações e reações, que decorrem da necessária amalgamação das normas no ordenamento vigente. [...] a norma jurídica isolada não existe como tal na realidade da vida jurídica. Toda norma é válida e obrigatória, unicamente em uma *relação* necessária de influências recíprocas com um número ilimitado de outras formas, que a determinam mais expressamente, que a limitam, que a completam de modo mais ou menos imediato²³.

Paulo de Barros Carvalho, ao tratar do Preâmbulo da Constituição federal, defini-o como “formado por ‘normas jurídicas’ carregadas de intensa conotação axiológica, influenciando vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem positiva”²⁴, além do autor se referir a ele como uma “prescrição sobre prescrições, preceitos de sobrenível voltados para o mister de resumir, imperativamente, aqueles mesmos dispositivos que, esparsos na amplitude do discurso constitucional, cumprem sua missão disciplinadora de comportamentos intersubjetivos”²⁵. Neste sentido, abordamos o enunciado 170 da Constituição como reveladora hermeneuticamente de uma verdadeira regra-matriz, pois também carregada de

21 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

22 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

23 BECKER, ALFREDO AUGUSTO, *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2007, p. 123.

24 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

25 CARVALHO, PAULO DE B., *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.

intensa conotação axiológica, influenciando vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem econômica pátria.

Cabe anotar que dita teoria tem razão de ser, se, e somente se, aceitarmos o Preâmbulo da Constituição Federal efetivamente como norma jurídica, cabendo deduzir que a Constituição Econômica também é dotada de um preceito de sobrevivível, uma norma jurídica matricial imperativa sobre todas as condutas intersubjetivas da ordem econômica, qual seja, a norma fruto do enunciado prescritivo do artigo 170 da Carta Magna.

Por Constituição Econômica, vale dizer, conforme Lafayette Josué Petter, “há de se entender o conjunto de normas que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no *modo de ser econômico* da sociedade. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta”²⁶. Ou ainda, conforme dispõe Eros Grau, com base em autores portugueses,

[...] como “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (Vital Moreira), ou, definida a partir de sua função, como “formada pelo *ordenamento essencial da actividade económica* – contendo os princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da *ordem jurídica da economia*” (Antonio L. Sousa Franco)²⁷.

No mesmo sentido, caminha a lição de José Luiz Bednarski e Tatiana Soares de Azevedo, para quem “Constituição econômica é o conjunto de preceitos jurídicos que, garantindo os elementos de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização da economia, constituindo uma determinada ordem econômica”²⁸. Vale salientar, ainda, consoante Gilberto Bercovici, que

Para entendermos a Constituição Econômica, [...] não devemos romper com a unidade da Constituição e decompô-la em uma pluralidade de núcleos isolados e autônomos, como propuseram os ordo-liberais. Devemos, sim, concentrar-nos em aplicar a Constituição como uma unidade nos vários campos e áreas específicos, inclusive a economia. As decisões econômicas devem estar nela enquadradas. [...] as Constituições Econômicas caracterizar-se-iam pela presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional.

26 PETTER, LAFAYETE JOSUÉ, *Direito econômico*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2013, p. 45.

27 GRAU, EROS ROBERTO, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79-80.

28 BEDNARSKI, JOSÉ LUIZ; AZEVEDO, TATIANA S. DE, “O sistema econômico na Constituição de 1988”. In: LEMBO, CLÁUDIO; CAGGIANO, MÓNICA H. S. (coords.) *Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri, Minha Editora, 2007, p. 31.

E seria a partir dessa presença do econômico no texto constitucional e da ideologia constitucionalmente adotada que se elaboraria a política econômica do Estado”²⁹.

Nesta esteira, no cenário constitucional brasileiro, Washington Peluso Albino de Souza discorre sobre a justificativa da Carta de 1988 em relação ao tratamento em capítulo especial do assunto econômico e social, se referindo que tal se deu “pela realização da justiça social, mediante o ideal de conciliação da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano”³⁰, expressando, ainda, que

As afirmativas e as definições radicais não tem cabimento, e um processo de modificações não exige registro especial, porque dois elementos antagônicos da maior importância já foram tomados como extremos toleráveis e como dados modeladores da *ordem*, tais sejam a “livre iniciativa” e a “valorização do trabalho humano”³¹.

Dito autor, ainda, no que diz respeito à eficácia e aplicabilidade das normas da ordem econômica, das quais, para o presente trabalho, sobressai-se aquela emanada do artigo 170 da Carta Magna de 1988, revela que

De modo geral, os doutrinadores garantem-lhes “eficácia” jurídica imediata, porém fazem depender a sua aplicação também de outros instrumentos legais. Com isso, aceitam que elas estabeleçam um *dever* para o legislador ordinário, dão base para a constitucionalidade da legislação referente ao seu objeto, funcionando ainda como elemento de sua interpretação, condicionam a atividade judiciária e administrativa e criam situações subjetivas.

A experiência brasileira veio demonstrar, entretanto, que a *eficácia* sem a *aplicabilidade* afirmou-se apenas como uma forma de transformar os dispositivos constitucionais mais expressivos, especialmente os inovadores, em letra morta³².

Por isso, somos da corrente de que o artigo 170 da Constituição Federal é dotado de alta densidade normativa, de onde se decorre a regra-matriz cuja incidência se presta em toda e qualquer relação econômica, conforme já salientado, de forma direta e imediata, cuja eficácia colima os objetivos maiores da Carta Magna de garantir à todos a dignidade da pessoa humana.

29 BERCOVICI, GILBERTO, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 13.

30 SOUZA, WASHINGTON P. A. DE. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 346.

31 SOUZA, WASHINGTON P. A. DE. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 347.

32 SOUZA, WASHINGTON P. A. DE. *Teoria da constituição econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 55, 56.

A RELAÇÃO ENTRE A HIPÓTESE E O CRITÉRIO
PRESTACIONAL DO CONSEQUENTE DA REGRA-MATRIZ
DA ORDEM ECONÔMICA: O DIREITO ECONÔMICO
ENQUANTO DIREITO HUMANO TRIDIMENSIONAL

Conforme já nos referimos, a hipótese da regra-matriz de incidência da ordem econômica, qual seja, aquela emanada do artigo 170 da Constituição, diz respeito a “realizar atividade econômica”, mediante a qual se estabelece como critério consequente prestacional assegurar existência digna, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios elencados.

Assim, vincula-se diretamente a ordem econômica ao conceito de dignidade da pessoa humana, estabelecendo o asseguramento desta como dever-ser daquela. A dignidade da pessoa humana é conceito amplamente estabelecido nos diplomas de direitos humanos, e inclusive na nossa Constituição Federal. Os direitos humanos, assim, tratados enquanto um feixe indissociável de direitos historicamente conquistados e positivados por grande parcela da comunidade global, tiveram como principal marco a Revolução Francesa de 1789, revolução esta tipicamente da burguesia, cujos interesses sobre a liberdade, a propriedade e o direito à desobediência civil tiveram primordial impacto sobre as estruturas do Estado então absolutista e eminentemente aristocrata. A vinculação dos direitos humanos com a ordem econômica, mormente capitalista, não é, portanto, recente, difundida a partir dos interesses burgueses de se desfazerem das amarras que os vinculavam fortemente a um Estado então enrijecido e ainda configurado sob a perspectiva feudalista.

Com o desenvolvimento da sociedade, desenvolveram-se também os direitos humanos, os quais começaram a se expressar nas Cartas Magnas especialmente da primeira metade do século XX enquanto direitos não só de primeira dimensão, acima já expostos como estruturantes da Revolução Francesa, mas também os direitos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos de igualdade, de cunho social e aos quais se vinculam os direitos à saúde, à educação, entre outros que se demonstraram necessários na medida de garantir igualdade de condições e direitos para todos, realizados pela mão do Estado mais intervencionista, naquele período muitas vezes ditatorial e totalitário.

Foi somente com o término da Segunda Guerra Mundial e o início da segunda metade do século XX que sobrevieram os direitos de terceira dimensão, vinculados à ideia inicialmente concebida na Revolução Francesa, porém raramente evocada, da fraternidade. A dimensão da fraternidade tem seu encontro nas normas jurídicas protetoras do desenvolvimento, do meio ambiente e dos demais direitos difusos e coletivos.

O jus-humanismo normativo, teoria da qual somos adeptos, preza por uma hermenêutica de adensamento das três dimensões dos direitos humanos mediante o princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional absoluto. Isso porque

[...] aqui o absolutismo defendido tem no seu âmago a ideia de que não prevalecerá qualquer direito sobre o outro mas sim a sua compatibilização com a preservação, mesmo que seja em uma mínima parte, de todos os direitos envolvidos, pois a defesa é pelo absoluto, mas o absoluto da proporcionalidade. [...]

Dessa forma a proposição de que a proporcionalidade seja absoluta é pelo fato de que ela, em si, já pressupõe o adensamento de direitos e não a escolha de um direito em detrimento de outro, conforme a ocasião³³.

Assim, é neste sentido que entendemos haver uma confluência das dimensões de direitos humanos na ordem econômica. A redação do artigo 170 da Constituição expressa o dever-ser de assegurar existência digna, observando, entre outros, o princípio da propriedade privada e o fundamento na livre iniciativa, o que corrobora a tese de que, além de estabelecer uma ordem capitalista, evoca os direitos humanos de primeira dimensão enquanto estruturantes da ordem econômica pátria.

De outro lado, também impõe que a regência jurídica da economia seja pautada nos ditames da justiça social, sendo esta promotora da segunda dimensão dos direitos humanos, qual seja, a dimensão da igualdade, não só formal, mas também material – e aí a importância da economia em prol do alcance de tais ditames.

Por fim, deontologicamente a ordem econômica deve assegurar existência digna “a todos”, ou seja, impõe uma axiologia do homem enquanto inserido na coletividade, em princípio já solapando a ideologia estritamente liberal e individualista, pois coloca o homem, individualmente concebido, enquanto inserido na coletividade, solidarizando a dignidade da pessoa humana, direito este que deve ser garantido a todos, tanto na relação vertical Estado-Sociedade quanto na relação horizontal Indivíduo-Sociedade, Sociedade-Sociedade. Enfatizamos a relação horizontal, *e. g.*, por ter o artigo 170 elencado a propriedade privada e sua função social, além de estabelecer os ditames da justiça social, o que significa que o direito subjetivo de propriedade, em princípio individual, tem necessariamente que satisfazer a dimensão fraterna, qual seja, a de assegurar que não seja violada e, ainda, proativamente, que seja garantida e viabilizada a existência digna a todos os partícipes da coletividade. A ordem econômica é expressão, neste sentido, também da dimensão fraterna dos direitos humanos.

33 MATSUSHITA, THIAGO L., *O Jus-Humanismo Normativo – Expressão do Princípio Absoluto da Proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 193-196.

CONCLUSÃO

A teoria da regra-matriz de incidência, conforme construída por Paulo de Barros Carvalho, é de inegável auxílio na hermenêutica, estudo e aplicação das normas jurídicas no direito tributário, fornecendo critérios à identificação da norma jurídica em sentido estrito para a instrumentalização da prática do exegeta.

Do enunciado prescritivo do artigo 170 da Constituição Federal, é possível evidenciar uma regra-matriz que comporta aplicação direta e imediata em toda a classe das relações econômicas, podendo, assim, ser classificada como a regra-matriz da ordem econômica pátria.

Este método analítico tem como vantagem identificar o vínculo entre hipótese e consequente, deontologicamente determinado na Carta Magna, existente entre a ordem econômica e os direitos humanos, tal ordem como tridimensional e cujo viés teleológico está diretamente relacionado com o objetivo último de garantir a todos existência digna, ou seja, a difusão do direito à dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, GERALDO. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.
- BECKER, ALFREDO AUGUSTO. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2007.
- BEDNARSKI, JOSÉ LUIZ; AZEVEDO, TATIANA S. DE. O sistema econômico na Constituição de 1988. In: LEMBO, CLÁUDIO. CAGGIANO, MÔNICA H. S. (coords.) *Direito constitucional econômico, uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri, Minha Editora, 2007.
- BERCOVICI, GILBERTO. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- CARVALHO, AURORA T. DE. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo, Noeses, 2013.
- CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. E-book. São Paulo, Saraiva, 2012.
- CARVALHO, PAULO DE B. *Direito tributário: linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo, Noeses, 2011.
- GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

MATSUSHITA, THIAGO L. A verificação do tridimensionalismo do direito econômico na regra matriz da ordem econômica. In: Scalquette, Ana Cláudia S.; Siqueira Neto, José Francisco (coords.). Camillo, Carlos Eduardo N.; Smanio, Gianpaolo P.; (orgs.). *60 desafios do direito: direito na sociedade contemporânea*, São Paulo, volume 1, p. 21-29, 2013.

MATSUSHITA, THIAGO L. *O Jus-Humanismo Normativo – Expressão do Princípio Absoluto da Proporcionalidade*. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PETTER, LAFAYETE JOSUÉ. *DIREITO ECONÓMICO*. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2013.

SOUZA, WASHINGTON P. A. DE. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2016

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

