IURA
REVISTA JURÍDICA

ISSN N° 2312-1645
VOL. 5 N° 2, JULIO - DICIEMBRE, 2020
TRUJILLO, PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



LA CONSTITUCIÓN COMO VALOR SUPREMO
EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS E INTERAMERICANAS
EXPROPIACIÓN Y PATRIMONIO FAMILIAR

ESPECIAL BICENTENARIO DE LA INDEPENDECIA DEL PERÚ
ARTES Y CULTURA
RESEÑAS



IURA
REVISTA JURÍDICA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rectora
Dra. Yolanda Peralta Chávez

Vicerrector Académico
Dr. Luis Cerna Bazán

Vicerrector de Investigación
Dr. Julio Chang Lam

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

IURA
REVISTA JURÍDICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

DIRECTOR
Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

EDITORES ASOCIADOS
Ms. Raúl Yván Lozano Peralta
Ms. Domingo Varas Loli

COMITÉ EDITORIAL
Dr. Miguel Ayuso Torres
mayuso@icade.comillas.edu
Universidad de Comillas, Madrid

Dra. Victoria de las Heras Jiménez
mariavictoriadelasheras@pdi.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
jniqued@yahoo.es
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Dr. Fernán Altuve-Febres Lores
faltuve@ugartedelpino.pe
Universidad de Lima

Dr. Ramón Oscar Murillo Serna
oscarmurilloserna@yahoo.com
Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres

Dr. Renzo Rafhael Honores Gonzáles
rhonoresg@gmail.com
Doctor of Philosophy in History
Florida International University - Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. José Antonio Benito Rodríguez
Joseantoniobenito1@gmail.com
Universidadde Valladolid, España

Alejandro Patricio Maraniello
patriciomaraniello@hotmail.com
Universidad de Buenos Aires- Argentina

Martín Acevedo Miño
martin_acevedo@uca.edu.ar
Universidad Católica Argentina

IURA, revista académica interdisciplinaria de información e investigación jurídica.

ISSN N° 2312-1645
Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014 - 05941
Vol. 5 N° 2, julio- diciembre de 2020 - Trujillo , Perú
Publicación semestral
Título abreviado: IURA

Dirección
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Av. América Sur N° 3145
Urb. Monserrate, Trujillo, Perú
Teléfono: 51-44-604444, anexo 2087
www.upao.edu.pe

Los artículos de esta revista expresan el pensamiento personal de sus autores, no de la institución.



Preprensa
Fondo Editorial UPAO
Diagramación: Yubis JC

ÍNDICE

EDITORIAL **5**

MUCHAS CONSTITUCIONES Y POCA REPÚBLICA **7**
Raúl Chanamé Orbe

NOCIONES FILOSÓFICAS DE LA CONSTITUCIÓN COMO VALOR SUPREMO - APORTES DEL DERECHO NATURAL Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO **41**
Carlos D. Luque

EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS E INTERAMERICANAS:VALOR DE PRECEDENTE E INTERPRETACIÓN VINCULANTE **57**
Javier García Roca
Humberto Nogueira Alcalá

BREVE VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL FENÓMENO POSESORIO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO **107**
Edgardo Bagate Quispe Villanueva
Steve Diego Gutiérrez Cerrepe

EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN Y SU IMPACTO TRIBUTARIO EN LAS RELACIONES FAMILIARES **125**
Manuel Bermúdez Tapia
Piero Benavides Roldán

LOS PROCESOS JUDICIALES DE VIOLENCIA FAMILIAR **131**
Klaus Mendoza Cabrera

ANÁLISIS DE GRUPOS VULNERABLES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR **157**
Roberto Cabrera Suárez

BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA **174**
EL MOMENTO DECISIVO DE LA INDEPENDENCIA PERUANA FUE EN TRUJILLO, EL 29 DE DICIEMBRE DE 1820 - QUE EL NORTE DIGA SU PALABRA
Hugo Vallenas Málaga

BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DE TRUJILLO **197**
Víctor Hugo Chanduví Cornejo

ACOSO Y VIOLENCIA CONTRA LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES: DE LA DIGNIDAD A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS **211**
Jimena Zoila Rodríguez Moscoso

APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL POR LA ADMINISTRACIÓN **217**
¿UNA POTESTAD ABSOLUTA O LIMITADA?
Gustavo Adolfo Bonilla Caballero

LA ACCIÓN DE TUTELA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y PROBATORIO COLOMBIANO **257**
Fernando Luna Salas
Abraham Zamir Bechara Llanos

ARTES Y CULTURA
BOTERO **281**
Domingo Varas Loli

RESEÑAS **286**
A PROPÓSITO DE NADA
AUTOBIOGRAFÍA DE WOODY ALLEN
Domingo Varas Loli

VIDA Y OBRA DE SUSAN SONTAG **288**
Aurelio Major

LA UNIVERSIDAD DE SAN MARCOS Y JORGE BASADRE. EL CATEDRÁTICO Y SU LEGADO HISTÓRICO-JURÍDICO (1928-1958) **290**
Por José Antonio Ñique de la Puente

http://doi.org/10.22497/iura/52.5200

EDITORIAL

En estos momentos difíciles para la gobernanza y la institucionalidad democrática de nuestro país y, ad portas de la celebración de un hito histórico relevante como es la conmemoración el 29 del bicentenario de la independencia de la intendencia de Trujillo, dedicamos un suplemento especial de nuestra revista IURA a analizar las implicancias y efectos de la declaración de independencia en Trujillo antes que en el resto del país.

Las ciencias jurídicas tienen que empezar a elucubrar sobre los cambios que se avecinan ante las nuevas realidades desde las perspectivas del Derecho nacional, Internacional, el Derecho constitucional y desde el amplio espectro de las especialidades jurídicas.

Se trata de una tarea impostergable, más aún si hemos colocado la investigación científica y a la publicación y difusión de sus resultados en el centro del proceso de enseñanza-aprendizaje. Por ello, a pesar de las crisis sanitaria y política, no hemos perdido el entusiasmo por la edición semestral de nuestra emblemática revista institucional.

Cabe señalar que nuestra universidad ha cumplido 32 años de vida institucional y nuestra Facultad de Derecho ha logrado ser la segunda facultad acreditada de la UPAO. Este logro nos compromete a renovar el compromiso de elevar los estándares académicos en beneficio de nuestros estudiantes y graduados, así como a formar abogados de solvencia profesional y ética.

Anunciamos que IURA emprenderá el proceso de indexación para convertirse en un medio idóneo que sirva de caja de resonancia de los investigadores en las ciencias jurídicas, sociales y humanísticas.

Dr. Víctor Hugo Chanduví Cornejo

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPAO



Escena Familiar (1985)
Fernando Botero Angulo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5201

MUCHAS CONSTITUCIONES Y POCA REPÚBLICA

Por Raúl Chanamé Orbe

"[el] libro que podría haber firmado Sofocleto, que podría haber escrito Nicolás Yerovi, que merecería la firma de Federico More, el libro más chistoso de estos reinos y páramos amenazados se titula Constitución Política del Perú"

César Hildebrandt
Una piedra en el zapato

1. CONSTITUCIÓN E HISTORIA

1. No nos engañemos: la Constitución no es la causa de todos nuestros problemas ni, tampoco, es la solución mágica a la suma de nuestros males[1]. Ella es por, sobre todo, un instrumento jurídico que busca establecer un pacto duradero entre los diferentes actores sociales. Su legitimidad no descansa únicamente en su texto, sino en la eficacia de los sujetos públicos para hacer que el acuerdo se traduzca en derechos ciudadanos y gobernabilidad permanente.

1 "Hay países cuya clase política ha padecido con reiteración una psicosis colectiva que consiste en creer que todos los problemas de una sociedad se resuelven transformando la Constitución" Fernández de la Mora, Gonzalo (1987): Los errores del cambio; Plaza & James Editores, Barcelona, 2da Edición, p. 69-70.

2. Cabe preguntarse si actualmente vivimos una simple controversia de restauración constitucional o un momento de crisis del conjunto de nuestro marco institucional, que por derivación arrastra a la Carta Magna[2]. El ejercicio más simple consiste en achacarle toda la responsabilidad al texto vigente; ergo, la Carta del 79 era menos mala que el documento del 93.

3. El problema, según algunos doctos, está en la redacción, no en la realidad. El estilo en un caso fue virtuoso[3] y en el otro la autógrafa fue defectuosa. No había que mejorar la realidad o la actividad política, sino perfeccionar el verbo y la sintaxis. Un vademécum de derechos podía modificar la realidad social[4].

4. La historia constitucional desmiente este razonamiento por faIaz.[5] La Constitución de 1823 fue un documento que superó legalmente en su composición y libertades al texto de Cádiz (1812), proclamaba la República parlamentaria y anunciaba la abolición de la esclavitud: "Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros" (Art. 11)[6]. Este bello documento de inspiración liberal nunca entró en vigencia, pues fue hecho para un territorio soberano y el Perú permanecía ocupado por las fuerzas coloniales del virrey José La Serna. El rigor de la realidad desmentía el idealismo del texto[7].

---

2 Hakansson Nieto, Carlos (2009) afirma "[...] me preguntaba si la mejor Constitución es la que promete más o es aquella que puede describir una realidad política e institucional que sea palpable a los ciudadanos. Hoy nos encontramos debatiendo cuándo y cómo reformar la Constitución, pero si no hemos aprendido a conocer lo que significa y exige, estoy seguro de que ninguna Carta Magna resolverá nuestros problemas para alcanzar la institucionalidad democrática". Lima: Curso de Derecho Constitucional. Universidad de Piura-Palestra Editores. p. 465.

3 "En la historia de los Estados latinoamericanos abundan los textos constitucionales elegantemente redactados". Garzón Valdés 1999. Citado por Woldmann, Peter (2003): El Estado anómico, Editorial Nueva Sociedad. Caracas, p. 51.

4 Constante histórica observada por Heraclio Bonilla: "[...] el resultado del fracaso de intentar construir una nación viable solo con el texto de las leyes". "EI pasado y el presente de las Constituciones en América Latina". El futuro del pasado, Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos, Tomo ll, p. 1092.

5 AA.VV (2008): Historia y Derecho. El derecho constitucional frente a la historia. Tomos I y ll, Lima: Fondo editorial UIGV, p. 982.

6 El historiador Alberto Flores Galindo sostenía: "Ocurre que la antigua estructura estamental y de castas heredada de la colonia, no desaparece con el nacimiento de la república, sino que se superponiéndose a la nueva configuración de clases sociales; el campesino es un indio así como el oligarca es un blanco." Flores Galindo, Alberto (1998): Tiempo de Plagas. Lima: El Caballo Rojo Ediciones, pp. 24-25.

7 El ensayista venezolano Esteban Gil Borges (1879-1942) ha observado que mientras en los Estados Unidos la fuente principal de la Constitución fue la experiencia colectiva, en Sudamérica lo fue la razón. Los autores de la primera trataron de adaptar su ideología a la realidad, mientras que los que redactaron las constituciones sudamericanas trataron de forzar la realidad para adaptarla a sus ideales.

5. Al revés, la Constitución de Huancayo (1839) era abiertamente conservadora, pues anuló las municipalidades y nos devolvió las intendencias coloniales. Tras la muerte de su inspirador, Agustín Gamarra (en 1842), se pidió restaurar la Constitución precedente (de 1834). Por ello el país se precipitó en una guerra civil de la cual salió victorioso Ramón Castilla, quien fue ministro gamarrista. El tarapaqueño llegó al poder con los conservadores y usó con pragmatismo la Constitución, haciendo de un texto mediocre un instrumento de consenso y estabilidad[8]. La sensatez gubernamental frenó un texto constitucional con pretensiones autoritarias.

6. La síntesis de esa dialéctica realidad-constitución fue la Carta de 1856 y la Constitución de 1860. La primera era espléndida; la segunda, adusta. Una se reclamaba cosmopolita; la otra, modestamente localista[9]. Una era utópica; la otra, realista. El texto liberal fue efímero; el texto conservador duró más de medio siglo. El siglo XIX fue de aprendizaje constitucional; el siglo XX debió ser de madurez legal, sin embargo, no fue así.

7. Digámoslo sin eufemismos: todas las constituciones peruanas del siglo XX fracasaron en el propósito de dar estabilidad jurídica y, sobre esta base, alentar el desarrollo económico y social. La Constitución de 1920 incorpora el constitucionalismo social. Se nutrió de elementos de la Constitución de Querétaro (1917) e incluso de la Constitución de Weimar (1919). Sus teóricos fueron Javier Prado Ugarteche (1871-1921) y Mariano H. Cornejo, (1866-1942), dos talentos de la República Aristocrática[10].

---

8 La Constitución conservadora de 1839 fue la más duradera hasta entonces; tuvo vigencia 15 años. Lo mismo ocurrió en Chile con la Carta de 1833 auspiciada por Diego Portales y con la Constitución (de 1830) de José Antonio Páez, que dio estabilidad a Venezuela durante 18 años.

9 A los liberales se les achacaba su excesivo apego a las doctrinas foráneas, en tanto los conservadores defendían un confuso nacionalismo que evidenciaba temor a las modernas teorías políticas. Por ello, Felipe Pardo y Aliaga, uno de los más caracterizados intelectuales del conservadurismo local, recomendaba: "[...] que no se pretenda construir una nación entresacando principios de las constituciones y los libros de otras naciones y cuando se olvida que la Constitución del Perú no está en esos libros ni en esas constituciones, sino en el mismo Perú" (1859). Según Peter Waldmann "[l] os intelectuales y las personas interesadas en política que se preocupaban por encontrar una futura forma de organización de Estado para sus sociedades, tenían dos opciones; o bien, tomaban en cuenta las condiciones sociales existentes, con su desigualdad social y su diversidad regional, tratando de encontrar la mejor solución posible; o bien, sometían esta realidad, deficiente en su opinión, a constituciones liberales y progresistas, con la esperanza de que a largo plazo la realidad social se adaptará al espíritu vanguardista con el cual las leyes habían sido redactadas. El primer punto de vista contaba sobre todo con el apoyo de un grupo llamado conservador, mientras que los liberales apostaban al efecto transformador de la Constitución". Ob. cit. 2003, p. 62.

10 Enrique Chirinos Soto toma la siguiente cita "Comentando los dones reformistas de Cornejo, Manuel Vicente Villarán había dicho que, según parece, "no hace falta vencer el desierto, la cordillera ni los bosques, ni multiplicar, civilizar y mejorar a los pobladores. No, lo que hace falta es cambiar la combinación de las formas y de la organización legal de las instituciones". Las enmiendas que Cornejo propone a la ley constitucional "bastarían para acabar con las revoluciones, el personalismo, las dictaduras, el fraude, la dilapidación, las intrigas y todos nuestros males políticos […]. Si las formas son todo el progreso social ¿Por qué no escoger las mejores, las más bellas y nuevas? ¿Por qué no imitar las instituciones más perfectas de los pueblos cultos […] Imitemos […] Entreguémonos al alegre deporte del transporte y la copia […]?". Historia de la República, Tomo II, 1883-1968. Bogotá: Editorial

8. No obstante, sus avanzadas instituciones se perdieron en medio del continuismo del régimen de 'La Patria Nueva'. Tras sus escombros surgió la Carta de 1933, que reprodujo lo mejor del texto anterior, sancionando cualquier forma de perpetuación en el poder; no obstante, su ineficacia fue mayor, pues no evitó ni la guerra civil (aprismo-antiaprismo) ni las dictaduras entre 1933 y 1980 -con efímeros intervalos constitucionales-, a pesar de que prohibía expresamente la sedición: "Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas [...]" (Art. 19).

9. El texto buscaba evitar los golpes militares haciendo de las Fuerzas Armadas "garantes de la constitucionalidad". Sin embargo, su diseño institucional facilitaba la crisis e inestabilidad del régimen constitucional, como ocurrió con el gobierno de José Luís Bustamante y Rivero (1894 -1989), que arribó a Palacio con cerca del 66% de los sufragios, representando al Frente Democrático Nacional, y al poco tiempo no podía dirigir ni su propio Consejo de Ministros. Cuando quiso reformar la Constitución -vía un referéndum no previsto en la Carta magna[11]- se justificó la rebelión de la izquierda, primero; y, después, el golpe de estado de la derecha.

10. Décadas posteriores, tras el contundente paro laboral del 19 de julio de 1977, los militares -buscando una salida política- convocaron a una Asamblea Constituyente, que marcaba el fin de la Carta de 1933[12]. En actitud consecuente, Domingo García Rada, Luciano Castillo y Fernando Belaúnde Terry impugnaron esta tácita derogación, pues la Carta vigente castigaba esos cambios inconstitucionales propiciados por un "gobierno usurpador"[13]. Primó la fuerza de los hechos sobre un texto que, con virtudes y defectos, pretendió sin éxito generar un Estado de Derecho.

A. Ch. Editores S.A., 1991, pp. 117-118.

11 Afirmaba José Bustamante y Rivero lo siguiente: "Entre implantar un régimen personalista y autocrático o acudir a un recurso no previsto en textos legales, pero apoyado en la colaboración del pueblo a base del sistema representativo, hube yo de escoger el segundo camino". Tomado de Barrenechea Vitanea, Ramón (1978): El problema constitucional ante la historia y el derecho. Lima: Industrias gráficas Ingeniería S.A, p. 352.

12 En pleno gobierno militar (1969) el líder del PAP, Víctor Raúl Haya de La Torre, a la pregunta "Constituyente ¿para qué?" respondió; "No, no creo conveniente una constituyente, ni reformar fundamentalmente la Constitución actual. Puede corregirse y enmendarse en todo aquello que se considere obsoleto [...]. No creo que la actual Constitución del Perú debe ser transformada por completo [...]". Revista Informe Ilustrado, Año 2, N° 11, marzo 20-abril 3 de 1969, Lima, pp. 16-18. Reproducido en Haya de la Torre en 40 reportajes, 2ª ed. Lima: Editorial Okura, 1983, p. 287.

13 Según Diego García Sayán: "Cuando el clamor expresado en varios paros nacionales – 1977 y 1978- de un pueblo peruano harto de una dictadura militar que llevaba ya diez años, la Asamblea Constituyente elegida en 1978 funcionó. Ello, pese a que el cambio constitucional fue "inconstitucional", pues no se hizo siguiendo el procedimiento de la Constitución de 1993, teóricamente vigente." Constituyente; a veces es la salida, en La República, Lima, 8.VI.2015, p. 5.

11. La Constitución de 1979 -a pesar de sus sinceras intenciones- no abrió un nuevo ciclo político, sino fue la síntesis del ocaso de una época. Su avanzada parte dogmática (derechos fundamentales) colisionó con su parte operativa, en tanto pretendía reglamentar absurdamente la economía[14]. Así, el artículo 124, que fue el fundamento jurídico de la estatización de la banca privada en el año 1987 (lo cual precipitó la crisis inflacionaria), y el artículo 127, que impedía cualquier intento privatizador, configuraron el corsé de una economía cerrada. Era más fácil estatizar que privatizar. Había nuevos derechos, pero persistía la incapacidad gubernamental o judicial para hacerlos cumplir. No hubo pacto político, pues la izquierda legal -35 % de la representación de la Asamblea Constituyente- se negó a suscribir el acuerdo constitucional. Por ello, Héctor Cornejo Chávez, uno de sus constituyentes más lúcidos, diría que podía "[...] ser la mejor Carta del Perú tradicional, mas no la del Perú del futuro"[15]. Al cabo de doce años de ejercicio accidentado, nunca nos pusimos de acuerdo para reformar su texto, a pesar de la necesidad de superar sus evidentes incongruencias orgánicas.

12. La Constitución no se agota en el acto constituyente, sino que se renueva en cada momento en contacto con la realidad[16]. Por ello, Rudolf Smend define a la Constitución como una realidad integradora en constante renovación a través de sus legítimos operadores[17].

13. En medio de la inflación, la violencia terrorista y la confrontación política, la Constitución fue derogada tras el autogolpe del 5 de abril de 1992, que en la usanza cesarista produjo un nuevo texto

14 Chanamé Orbe, Raúl (2007): "Exégesis de la Constitución económica". Revista de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, Vol. 64. N° 1-N° 2. Lima, pp. 95-126.

15 Entrevista en el diario oficial El Peruano, Lima, 10-III-1991, p. A6. Héctor Béjar, ex guerrillero del FLN e intelectual de izquierda, coincide con Cornejo Chávez: "[…] para mi es claro –y esto es un punto de discusión con mis amigos de la izquierda– que la Constituyente, lejos de ser esa Asamblea que ha sido glorificada y rodeada de una aureola democrática por la propia IU, que forma parte oficial de la izquierda, en realidad fue una restauración borbónica en el Perú, porque significó el retorno de viejos partidos, que habían sido dado de vacaciones por el proceso –lo más viejos, ah, es decir, el APRA y el PPC–, al poder parlamentario y; entonces, la Constitución de 1979 es resultado de una transacción entre esa izquierda radical, que ahora se convierte en izquierda parlamentaria, y los sectores más de la derecha, más conservadora del Perú, que son el PPC y el APRA en ese momento, y un sector más o menos reformista, neutro, de derecha, por supuesto, como es Acción Popular de Belaunde, se quedó afuera". Navarro Gonzáles, Martín (2014): Las condiciones políticas que concurrieron en la Construcción de Izquierda Unida (Perú 1968-1980). Tesis de Ciencia Política, UNMSM, Lima, p. 328.

16 Como bien sostiene Carlos Santiago Nino: "[l]a concepción de la Constitución desde el punto de vista externo como una práctica social implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes: las conductas de los jueces y de los ciudadanos en general de identificar a las normas que cumplen con ciertas condiciones positivas y negativas, procesales y sustantivas, como normas legítimas; las actitudes de criticar a quienes no observan o aplican esas normas y de avalar a quienes lo hacen". Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2002. p. 47.

17 Smend fundamentó su teoría de la integración agrupando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la constitución como la entendía Carl Schmitt. Véase mi ensayo "La razón y la sombra". Derecho Constitucional General y Teoría del Estado. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 479-483.

constitucional, que es una reproducción del 70 % de la Carta precedente -con luces y sombras- con el agregado de las instituciones de la democracia directa, la iniciativa legislativa de la población, la remoción de alcaldes, la revocación de autoridades, la elección popular de los jueces de paz y un desarrollo contemporáneo del capítulo económico. Sin embargo, esta Constitución introdujo el artículo 112, que reinstalaba la reelección, y, al interpretarlo con arbitrariedad, rompió el pacto constitucional de su acatamiento consensual.

14. Hoy vemos la salida constitucional como instrumento para afrontar las cíclicas contradicciones políticas y prescindimos de la memoria histórica; por tanto, las reformas constitucionales son meros cambios legislativos que burlan el pacto social duradero, colocando el adjetivo sobre el sustantivo, la abstracción sobre la idiosincrasia, la Constitución sobre la realidad[18].

2. CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

15. La síntesis nacional es la incongruencia entre Constitución y realidad. Esto lo comprueba con amargura Francisco García Calderón Rey: "Así, nuestra Constitución fue una selección, a veces una adaptación y, aquí y allá, un mal plagio"[19] .

    La contradicción entre textos y hechos. El desacuerdo entre derecho y acción, entre postulado y costumbre. Alexis de Tocqueville, cuando analiza la estabilidad norteamericana, en su obra Las Democracias en América[20], valora la importancia de la costumbre sobre cualquier código, ese elemento de la memoria colectiva que permitió a los EE.UU. reconocerse como una continuidad histórica con los anglosajones, pero a su vez establecer las diferencias de su realidad y la singularidad de su pacto constitucional. Inglaterra era una monarquía, EE.UU. una inédita República. El Imperio se sostenía en un poderoso ejército permanente; la República, en una milicia temporal, y en vez de una iglesia estatal prefirió la neutralidad estatal. Inglaterra era

18 Esto que Jorge Astete denomina "La tradición democratizante" y debe entenderse como la propensión o tendencia a sobreponer los principios abstractos a la realidad, los sentimientos a la razón, la moral al derecho, los derechos a los deberes, la libertad subjetiva al orden objetivo de las cosas. Es la subjetividad emotiva afanosa en estatuir "derechos" desde el intelecto estético y no desde la realidad". El poder neutro. Lima: Editorial. Euroamericana, p. 31. Luis Bedoya Reyes, constituyente de 1978, lo reconoce: "Todas las Constituciones de los países latinoamericanos son utópicas e imitativas. Nacieron con la emancipación republicana repitiendo en sus textos la parte dogmática del derecho político consagrada desde la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, insertas, además, en las Constituciones de Inglaterra y Estados Unidos que a todos nos sirvieron de modelo. Son utópicas en la misma medida que nuestros constituyentes y legisladores han incorporado en los textos constitucionales instituciones ajenas a nuestra propia realidad pretendiendo moldear nuestra verdad social y económica a instituciones que nos han sido ajenas." Bedoya Reyes, Luis (2019): Joven centenario. Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, p. 542

19 García Calderón, Francisco (2001): Ob. Cit., p. 144.

20 De Tocqueville, Alexis (2006): Las Democracia en América. Madrid: Alianza Editorial, p. 38.

insular; EE.UU. tenía dimensiones continentales, razón por la cual el condado de origen inglés radicalizó sus competencias en el federalismo[21].

16. La Constitución norteamericana de 1787 es nominalmente mediocre en tanto no reconoce la igualdad de los hombres (derechos que se obtienen recién en 1865 tras la guerra civil), no iguala al hombre y la mujer, sus 27 enmiendas no daban derechos expresos a niños o ancianos[22].

    Todos los textos constitucionales tienen excesos y vacíos; no obstante, se legitiman por su ejercicio -rectificándose y enmendándose- como es el caso norteamericano[23].

17. Thomas Jefferson proclamaba: "La ejecución de las leyes es más importante que su elaboración"[24]. En la práctica, la judicatura -no, sin contradicción- ha desarrollado materialmente el texto[25] reforzando su legitimidad[26]. Por ejemplo, en el caso del tratamiento a los afroamericanos, la

21 "Desde este punto de vista, la revolución no significó una ruptura completa con el pasado y con los principios que habían tenido validez durante la época colonial, más bien los radicalizó aplicándolos en elementos de democracia de base, como es el caso de las reuniones municipales". Waldmann, Peter. (2003): "La relevancia de la Constitución durante la fase de la creación de los Estados Unidos y de los Estados latinoamericanos". El Estado anómico, p. 48.

22 "La Constitución de los Estados Unidos no creó una democracia de acuerdo con criterios modernos. Cada Estado determinaba quién podía votar en las elecciones. Mientras los Estados del norte rápidamente concedieron el voto a todos los hombres blancos independientemente de sus ingresos o propiedades, los estados del sur lo concedieron solo de forma gradual […] Evidentemente la esclavitud se consideraba constitucional cuando se redacta la constitución de Filadelfia". Acemoglu, Daron y Robinson, James (2012): Por qué fracasan los países, Barcelona: Ediciones Deusto, pp. 45-46.

23 Duverger señala que en Estados Unidos de América y en Francia en el siglo XVIII se utilizó el término Constitución para aludir a "unos textos que definían los órganos esenciales del Estado y proclamaban, en general, las libertades públicas y elementales". Duverger Maurice (1970): Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Editorial Ariel, p. 239. Estas constituciones o leyes constitucionales se consideran superiores a las leyes del Parlamento y se estableció, de este modo, por encima de la ley misma, un grado superior de legalidad.

24 En cuanto a la técnica constitucional podemos distinguir entre la técnica de la formulación, que se refiere a la elaboración de la Constitución, y la técnica de la aplicación, que alude a la aplicación de las normas constitucionales al caso concreto, que en definitiva es la interpretación constitucional.

25 Como lo atestiguó William J. Brennan Jr., juez adjunto de la Corte Suprema entre 1956 y 1990, "[m] ientras no sean indebidamente vagas, las formulaciones generales de las garantías individuales son una virtud, pues permiten que los jueces adapten los cánones del derecho a situaciones no previstas por sus autores, facilitando así la evolución de aquellos y preservando su vitalidad. Como dijo el finado juez Louis Brandeis, de la Corte Suprema de los EUA, acerca de la Constitución de los EUA, no se trata de una camisa de fuerza: es un organismo vivo. Como tal, es capaz de crecer; de expandirse y adaptarse a nuevas condiciones [...]. Nuestra Constitución posee capacidad de adaptación; por eso ha durado como la ley fundamental de un pueblo en continuo desarrollo. "¿Para qué tener una Declaración de Derechos?". Facetas N° 94, 4, 1991, Washington, D. C. p. 39.

26 "En la época moderna, la Corte de Earl Warren -quien la presidió de 1953 a 1969- ofreció audaces soluciones judiciales a toda una gama de problemas sociales y políticos, entre éstos la integración de la educación pública, la redistribución de legislaturas estatales y nacionales y la reforma de la justicia penal". A. E. Dick Howard (1985): "La Corte Suprema y la Constitución". Facetas N° 67, l. Washington, D. C, p. 19.

Corte Suprema de EE.UU., basada en una interpretación segregacionista de la XIV Enmienda Constitucional, reconoció derechos diferenciados entre ciudadanos (Caso Plessy vs. Ferguson). En ese entonces la judicatura convalidó una ley del Estado de Lusiana y determinó que la educación gratuita podría impartirse en los Estados Unidos a todas las razas por igual, bajo el concepto discriminador de "iguales, pero separados"; es decir, legitimó escuelas exclusivas para estudiantes blancos y otras para niños negros. Años después, gracias a la lucha por los derechos civiles, la propia Corte Suprema revisó su fallo y creó un nuevo precedente, merced a una reinterpretación de la misma enmienda reconociendo iguales derechos sin discriminación (caso Brown vs. Board of Education). La Constitución texto fue enmendada por la Constitución jurídica gracias al activismo de sus magistrados[27].

18. Los norteamericanos hicieron un experimento de mimetismo (o colonialismo) institucional. EE.UU. promovió la fundación de un Estado independiente en África -como los franceses en Haití-, allí donde todo el territorio era una inmensa colonia con la sola excepción de Etiopía. Así en el territorio colonial inglés de Sierra Leona se fundó, en 1822, un país con nombre poético, Liberia, cuya capital fue bautizada como Monrovia, en alusión al presidente Monroe, el mismo de "América para los americanos". Sus primeros ochenta y seis ciudadanos eran ex esclavos norteamericanos, educados y asimilados por occidente, en sus orígenes contó con el apoyo de diversos grupos religiosos y filantrópicos, bajo el auspicio del gobierno norteamericano.

19. Este colonialismo al revés se propuso crear un Estado moderno administrado por los directos descendientes de los esclavos a condición de dotarlos de las instituciones que eran la base del modelo norteamericano. En 1847 Liberia se dio una Constitución, calco de la Constitución de Filadelfia. Estableció el presidencialismo, el bicameralismo, copió la Cámara den Representantes y la Cámara de Senadores, e incluso a su moneda le puso el atractivo nombre de dólar. Liberia asimiló el orden político institucional, desde la Corte Suprema hasta el sufragio periódico. Liberia fue el primer país que reconoció derechos a la mujer y abolió la esclavitud, antes del Perú, que recién lo proclamó en 1855, y de EE.UU. que tardíamente lo reconoció en 1865. No obstante, Liberia había sido fundada en medio de un archipiélago de grupos tribales diezmados y reprimidos. Los negros occidentales en el poder (5%) actuaron como los blancos usurpadores, prescindiendo en las decisiones de gobiernos de las poblaciones autóctonas y originarias (95%).

---

27 "El activismo judicial implica una función más destacada para los tribunales en general y para las normas constitucionales. Los estadounidenses parecen dispuestos a llevar a los tribunales un conjunto de problemas cada vez mayor, y los jueces parecen anuentes a aceptar el papel de ingenieros sociales [...]. La judicatura activista ha tenido logros manifiestamente positivos. Ahora goza de mayor acceso a las cortes un espectro más amplio de individuos, en especial quienes tienen escaso poder político. Los decretos judiciales han dotado de más imparcialidad a los procesos del gobierno, sobre todo a la justicia penal.

Los tribunales han impuesto límites a la discreción gubernamental en el trato con los ciudadanos, como los requerimientos de debido procedimiento procesal en las audiencias o las reglas encaminadas a contener los procedimientos policiales excesivos. Gran parte de los logros judiciales han fomentado una sociedad abierta". Dick Howard. Ibíd.

No se les asimiló, sino se les excluyó por considerarlas inferiores y salvajes. Liberia tenía Constitución; carecía de prácticas democráticas[28].

20. Este proceso de imitación del texto norteamericano se inició desde el siglo XVIII. Los primeros en duplicar el texto fueron los polacos (en 1791), seguidos por los franceses, quienes compartieron las reflexiones de Lafayette y Franklin.

    La transcripción constitucional no aseguró ninguna durabilidad del texto. Se establece diferencia entre estados con Constitución y Estado constitucional. En el primer caso se verifica la existencia del texto; en el segundo, su aplicación.

21. Giovanni Sartori asegura: "Casi todos los países latinoamericanos, al escoger sus formas constitucionales, se inspiraron en el modelo de los Estados Unidos"[29]. Que existan las mismas instituciones no aseguraba ninguna estabilidad constitucional[30], por ello agrega el catedrático de la Universidad de Columbia: "[...] sus regímenes presidenciales casi siempre han sido sumamente inestables y claramente han mostrado graves fallas"[31].

22. Hay países que han seguido el camino de Liberia y que incluso han pedido que los constitucionalistas norteamericanos ayuden en la redacción de sus cartas constitucionales. Allí están Nigeria (1979), El Salvador (1983), Filipinas (1987) e incluso Iraq.

---

28 Se buscó imponer el catolicismo a la sutil resistencia animista. Se oficializó el inglés contra los 20 dialectos predominantes. Las tribus originarias no aceptaron a los nuevos colonizadores negros, que tenían en sus textos un programa de igualdad, libertad y desarrollo. Se quiso hacer una república en medio del más despiadado colonialismo europeo. La excepción no superó a la regla. Esta paradoja de querer un Estado de libertades en medio de colonias esclavistas llevó a un trágico fracaso a este bien intencionado ideal desarrollista. Desde 1980 hasta el 2003, Liberia ha sufrido numerosos golpes de Estado y dos devastadoras guerras civiles, que han producido más de 200 mil víctimas. Liberia tiene la Constitución más antigua de África, pero solo tiene 7 mil teléfonos; tiene parlamento, pero solo exporta 200 millones de dólares anuales (cifras del 2005) -ese es el valor del pase de un futbolista reconocido-. Es una república, empero, inviable. Tiene carta magna, pero es impracticable.

29 Sartori, Giovanni (1994): Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Fondo de Cultura Económica, México DF, p. 7.

30 "A principios de siglo XIX se importó el liberalismo constitucional de Europa y Estados Unidos, muchas vías con flagrante descuido de su absoluta inoperatividad a nivel local. Mientras se redactaban, aprobaron y promulgaban constituciones con credenciales liberales impecables y con una regularidad asombrosa, simultáneamente, las verdaderas características de la vida nacional que predominaban eran las guerras civiles, la intervención extranjera, el cautiverio, la privación de derechos civiles y hasta la esclavitud". Castañeda, Jorge (1993): La utopía desarmada. México: Editorial Planeta, p. 212.

31 Sartori, Giovanni. Ob. Cit.

23. El único caso exitoso que rompió este mimetismo fue la Constitución argentina de 1853. ¿Cómo así? La 'Generación de 1837', de la cual forma parte Juan Bautista Alberdi, decide estudiar la realidad con esmero, y, sobre esa base, formular un texto constitucional propio, adaptando algunos principios norteamericanos. Estos jóvenes eran seguidores de la Escuela de Derecho de Alemania, cuyo teórico era Friedrich Karl von Savigny, quien había llegado a la conclusión de que no era posible transferir arbitrariamente las leyes de un país a otro, sino que era necesario adaptarlas a las condiciones sociales del nuevo país antes de implementarlas"[32]. Más aún, la superposición de normas crea ilusiones que terminan en el desengaño. Dice Alberdi: "[c]on un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sur arrebata por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo"[33].

24. En sus Bases y puntos de partida para la organización de la república Argentina (1852), Alberti asocia ley y realidad: "La libertad inglesa existe en sus costumbres. La esclavitud española existe en sus costumbres. Es tan difícil extinguir la una como la otra. Una carta que declarase esclava a la Inglaterra sería tan mala, como otra que declarase libre a la España. Quien dice costumbres, dice ideas creencias, habitudes, usos. La democracia de Norte América vive en las costumbres de los norteamericanos: no data de ayer: viene desde el establecimiento de aquellos Estados, que se fundaron sobre fundamentos democráticos; Méjico adoptó la constitución de Norte América y no es libre, porque adoptó la constitución escrita, pero no la constitución viva; no sus costumbres. La libertad no es el parto de un decreto, de una convención. Es una facultad, una costumbre que se desenvuelve por la educación. Así el verdadero modo de cambiar la constitución de un pueblo es cambiar sus costumbres: el modo de cambiarlo es darle costumbres."

25. En el caso alemán, la Constitución de Bonn (1949) es pobre si la comparamos con la emblemática Constitución de Weimar, que fue usada por Hitler para hacerse del gobierno vía los poderes excepcionales (Art. 48°) y anular sus virtudes democráticas. Tras la derrota del nacionalsocialismo elaboraron un texto transitorio que ni siquiera tuvo título de Constitución, sino modestamente se denominó Ley Fundamental, que reprime la disidencia antidemocrática y busca, sobre todo, la gobernabilidad.

    Esta Ley, recatada en comparación con la Carta de Weimar, ha posibilitado el "milagro alemán" y alentó la reunificación incruenta con la RDA en 1991. En su ejercicio, un texto pálido ha dado brillo a Alemania, gracias al realismo de su élite gubernamental que se puso -en la controversia cotidiana- más allá de la Constitución nominal.

---

32 Waldmann, Peter (2003): Ob. Cit., p. 58.

33 Alberdi, Juan Bautista (2002): Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Tucumán: Facultad de Derecho UNT.

26. Todo lo contrario ocurrió con la fracasada empresa de la Constitución Europea (2004), hecha por los mejores especialistas, amplia en derechos -basada en la Carta de Niza-, sobreprotectora, forjada en un laboratorio, y promesa de perfección legal que no resistió su menor contacto con las reales exigencias comunitarias. Por ello, el sabio Pablo Lucas Verdú desaconseja "[...] la Constitución como perfección debe hacerse con algunas cautelas"[34].

27. Otro extremo es el caso chileno, donde la Constitución de 1980[35] -que reemplazó a la Carta Constitucional de 1925[36] - promovida por la Junta Militar, dirigida por el dictador Augusto Pinochet, cuyo texto de 120 artículos se redactó con francas pretensiones pretorianas[37], ha sido reformada repetidas veces -cerca de cien artículos- para hacerla llevadera con el régimen democrático. El crecimiento económico ha sido un formidable aliado del desarrollo institucional, que ha obviado por cuarenta años la palabra derogación[38], aun entre los propios socialistas, que juró fidelidad al texto que promovió el repudiado Pinochet. Tras la crisis política del 2019 se planteó un plebiscito abrogatorio exitoso en el 2020, tras cuarenta años de contradictoria vigencia.

28. De signo distinto es el caso de la Constitución colombiana de 1991, cuyos constituyentes mayoritarios fueron izquierdistas o radicales, que hicieron un texto integrador y reconciliador; en tanto, los liberales y conservadores han gobernado con prudencia al amparo de su texto social.

29. En este mismo balance podríamos mencionar a la Constitución japonesa (1947), técnicamente redactada por juristas norteamericanos, que el emperador Hirohito tuvo que asumir humillantemente bajo la mirada vigilante del jefe de las fuerzas de ocupación del general

---

34 Alberdi, Juan Bautista (2002): Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Tucumán: Facultad de Derecho UNT.

35 "En la Constitución Política de Chile, cuyo proyecto presentó a ratificación plebiscitaria la Junta Militar y lleva fecha de 21 de octubre de 1980, se estableció en el Artículo 8° -que fue derogado en la reforma de 1989- una discriminación ideológica, al declarar la ilicitud de doctrinas contra la familia de carácter totalitario o fundadas en la lucha de clases -lo que es peligrosamente abstracto para dejarlo al criterio de interpretaciones interesadas- y se atentó contra el principio de no retroactividad al declarar, entre otras sanciones, la suspensión del derecho a ocupar cargos públicos, por años, de los que incurran o hayan incurrido en tales contravenciones". Colomer Viadel, Antonio (2009): Introducción al constitucionalismo iberoamericano. México: Editorial Trillas, p. 92.

36 Previamente existieron las Constituciones de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828 y 1833.

37 "La Constitución de 1980, además, institucionaliza un órgano, el Consejo de Seguridad Nacional -artículos 95° y 96°, formado mayoritariamente por los jefes militares, que tiene funciones importantes, como la decisión, junto con el Presidente de la República, para declarar los amplios estados de excepción constitucional -a los que aludieron más adelante- y "presentar a cualquier autoridad establecida en la Constitución, su oposición frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases, de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional". Colomer Viadel, Antonio (2009): Ob. Cit., p. 92.

38 La Constitución chilena de 1980 revisada en 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003 y 2005. Recién (2013), la presidenta Bachelet ha planteado estudiar la reforma integral de la Carta de 1980.

Douglas Mac Arthur[39]. No se debate su contenido pacifista, sino su legitimidad de origen. Aun así, la tradición nipona hizo[40] de este vergonzoso documento parte de su extraordinario impulso económico de la postguerra. La realidad superó a la ofensa.

30. Hoy asistimos a un debate constitucional que prescinde de toda memoria histórica y reduce la discusión a una simple restauración constitucional, que nos coloca en el lugar de donde partimos para arribar a la presente crisis política: la gobernabilidad, que precede a la Carta de 1993, y es anterior a la de 1979. Anteponemos el texto a la realidad, la nostalgia al presente y divorciamos a la política de la cultura.

3. CONSTITUCIÓN Y CULTURA

31. Así, formular una Constitución es más que acumular preceptos y capítulos; es un momento extraordinario para producir un contrato público duradero entre sujetos diversos. La construcción del consenso proviene del pasado y se proyecta al futuro. El mérito de los ingleses es que crearon una base constitucional fundada en sus mejores tradiciones: el pasado preconstitucional como precedente, como norma, como mandato; lo pretérito como base reguladora del futuro legal. El pasado se trasmite por la costumbre, la tradición y la cultura. Carl Joachim Friedrich resumía: "EI derecho es la historia congelada".

---

39 En ningún caso la Constitución japonesa se adaptaría a la calificación de Giovanni Sartori, quien distingue tres conceptos de Constitución: a) constitución garantista (constitución en sentido estricto), b) constitución nominal, c) seudoconstitución (o constitución fachada). Para Sartori la Constitución en sentido estricto o denominada por él garantista, significa "una estructura de la sociedad política organizada a través de y mediante la ley, con el objetivo de limitar las arbitrariedades del poder y de someterlo al derecho". Sartori Giovanni (1992): Elementos de Teoría Política, Alianza Editorial, Madrid, p. 21 denomina nominales a las constituciones que el profesor de Amherst College denomina "semánticas". Advierte Sartori que las constituciones nominales no pretenden ser "verdaderas constitucionales" sino que únicamente adoptan la denominación de "constitución". Son constituciones organizativas que no limitan ni establecen controles al poder, únicamente los organizan sin simulación de límites ni controles. Las constituciones son fachadas son textos simulados en el sentido que de constitución solo tienen la apariencia. En definitiva, la constitución es letra muerta y las constituciones de fachada, para Sartori, son constituciones trampa". Sartori, Giovanni Ibíd., p.21. ¿Dónde clasificaríamos la Constitución del Japón?

40 "En 1890, Japón fue el primer país asiático que adoptó una constitución escrita y creó una monarquía constitucional con un parlamento electo, la Dieta, y un poder judicial independiente. Estos cambios fueron decisivos para permitir que Japón fuera el principal beneficiario de la revolución industrial de Asia". Acemoglu, D (2012): Ob. Cit., p. 348.

32. El profesor Peter Haberle ha escrito un ensayo[41] que ha merecido continuo debate en la comunidad jurídica por la relación que establece entre norma y subjetividad, o entre Constitución y cultura.

    La definición de cultura de Haberle[42] se aproxima a la tercera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia Española: "conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grados de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc."[43].

33. Para el profesor José Ramón Narváez H., la cultura "[...] es siempre un "conjunto", una composición de elementos, lo que supone un bagaje, una acumulación, lo cual nos conecta directamente a la idea de una herencia, una tradición que en el ámbito jurídico es trascendente y constitutiva"[44].

34. Todas las constituciones peruanas han enunciado el derecho a la libertad, igualdad y propiedad (Constitución formal); no obstante, ninguna ha recogido el mandato secular ama sua, ama llulla, ama quella. Recientemente la Constitución boliviana (2008) asumió la tríada como principios éticos-morales, y la Constitución ecuatoriana (2008) la incorporó como parte de la filosofía comunitaria ancestral del "buen vivir", explícitamente recogida en el texto sumak kawsay. En nuestro caso, la Constitución ha renunciado a la tradición, al legado consuetudinario, para auspiciar una mal entendida modernización.

35. Al proceso de asimilación de la cultura y tradición, Peter Haberle la llama Constitución viva, coincidiendo con Ricardo Guastini: "Las constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes de la Constitución abierta, son más bien, de acuerdo con su forma y contenido, expresión y mediación de cultura, así como archivo cultural para las informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos"[45].

---

41 Haberle, Peter (2000): Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Madrid: Editorial Tecnos, p. 145.

42 Haberle usa el concepto cultura de E. B. Taylor: "[...] se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada".

43 Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Vol. 4, España, 2001, p. 483. Una definición más amplia del concepto de cultura la da el Diccionario de Sociología; "Cultura; 1. Nombre común para designar todos los tipos de conducta socialmente adquiridos y que se transmiten con igual carácter por medio de símbolos; por ello es un nombre adecuado para todas las realizaciones características de los grupos humanos; en él se comprenden, no solo particulares tales como el lenguaje, la construcción de instrumentos, la industria, el arte, la ciencia, el derecho, el gobierno, la moral y la religión, sino también los instrumentos materiales o artefactos en las que se materializan las realizaciones culturales y mediante los cuales surten efecto práctico los aspectos intelectuales de la cultura como los edificios, instrumentos, máquinas, artificios para la comunicación, objetos de arte, etc.". Pratt Fair Child, Henry (1974): Diccionario de Sociología. México: Fondo de Cultura Económica, p. 75.

44 Narváez, José Ramón (2010): Cultura Jurídica. Ideas e imágenes, México: Porrúa, p. 1.

45 Haberle, Peter; Libertad (1998): Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trota, p. 46.

36. En el caso de América Latina o Indoamérica -para usar la expresión de José Vasconcelos-, pareciera que los autores e intérpretes de la Constitución consideran que el pasado niega el presente, que las tradiciones contradicen a la modernidad, que la cultura ancestral se opone a la civilización moderna. Como si no se entendiera que la Constitución es síntesis de un proceso cultural, haciendo que la Constitución formal anule la Constitución material o viva[46].

37. Kelsen reconoció que la Constitución puede tener dos percepciones, una formal y otra material. Por la primera se observa un documento solemne[47] y, a veces, rígido[48], aprehensible a través de la lectura, estudio y la hermenéutica; en cambio, en el segundo sentido, la Constitución supone una directa verificación con la realidad, con la praxis[49] y la cognición sociológica -antes que lectura de normas-. Si ambas constituciones coinciden, se da la integración recomendada por Smend; si discrepan, entonces reconoceremos a la primera como una simple "hoja de papel"[50], incapaz

46 Esto también lo reconoce el Tribunal Constitucional del Perú: "la Constitución no solo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran". (STC 0020-2005-Pl y 0021-2005-Pl. FJ N° 19).

47 André Hauriou define el Derecho Constitucional como "[c]onjunto de preceptos de conducta obligatorios, establecidos por los hombres que viven en la sociedad y destinados a hacer reinar el orden y la justicia en las relaciones sociales". Hauriou, André; Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona, Ariel, 1980, p. 26.

48 Paolo Biscaretti di Ruffia (1973) en su obra Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos, distingue Constitución en sentido institucional, sustancial, formal y material. En sentido institucional significa estatus, orden, conformación, estructura esencia de un ente o de un organismo en general. En sentido puramente sustancial se refiere a todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento. En sentido formal entiende al complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo. (: 149). Y siguiendo a Mortatí, entiende que la Constitución en sentido material serviría, en realidad, para indicar el conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente al orden normativo, en cuanto se le considere ordenada según un mínimo de elementos organizadores (fuerza política) capaces de presentarla dotada de una actividad dirigida hacia un fin determinado (fin político). La fuerza política y el fin político serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero instrumental y el segundo material) de la concepción en cuestión (: 152).

49 Manuel García Pelayo ha formulado su tipología distinguiendo tres conceptos tipo; el racional normativo, el histórico tradicional y el sociológico. EI primero concibe la Constitución "como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos". En cambio, para el concepto histórico tradicional "la Constitución de un país no es la creación de un acto único y total sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y frecuentemente de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa". Y es característica del concepto sociológico de Constitución "entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se pueda dar una normatividad jurídica constitucional un desacuerdo con la estructura real". Derecho Constitucional Comparado, Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 48.

50 Lassalle, Ferdinand (1964): ¿Qué es una Constitución? Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, p. 55.

de generar un orden constitucional duradero[51]. Muchos derechos nominales no garantizan un real Estado de Derecho sino, como denuncia Sartori, evidencia simplemente una exagerada "grafomanía constitucional"[52].

38. La Constitución[53] no escapa a la tensión existencial entre ser y debe ser[54]. Como lo apunta Javier Pérez Royo, "[e]sta es una cuestión de excepcional importancia en todo el mundo del derecho en general: encontrar el punto de equilibrio entre la realidad social y el mandato jurídico, entre las cosas como son y cómo la norma dice que deben ser, es la cuestión clave de la que depende el éxito o el fracaso de la norma; es decir que se alcance o no el objetivo proyectado por el legislador"[55].

39. La labor constituyente es más que redactar artículos; es recoger instituciones que se conjuguen con su cultura, con la pluralidad de sus componentes y sus instituciones.

40. Por ello, ha reflexionado Peter Haberle: "[...] la Constitución no puede limitarse a ser únicamente un mero ordenamiento jurídico como cualquier otro a la usanza de juristas profesionales, susceptibles tan sólo de ser correctamente interpretado por estos a la luz de viejas reglas o de criterios técnicos

---

51 Por ello un sector de la doctrina constitucional se adscribe a la Teoría Tridimensional como observación de la realidad y de la evolución con que el derecho sigue a la vida, y que nos muestra que, además de la norma jurídica, deben tomarse en cuenta los valores en juego, o sea, la dimensión axiológica y las circunstancias reales. Podemos decir que todo problema constitucional debe estudiarse mediante el triple enfoque, porque norma, realidad y valores, se dan unidos en la experiencia jurídica. Así, pues, el Derecho Constitucional es el derecho de la realidad. Dicha teoría señala que cuando las circunstancias cambian y las normas no se adapten a la evolución histórica, los valores quedan sin protección, por eso se establece la relación "normas-valores-circunstancias. Para mayores referencias, puede revisarse Reale, Miguel (1988): "El concepto de cultura, sus temas fundamentales". Filosofía de la cultura. Madrid: Trota, pp. 37-52.

52 Sartori, Giovanni: Ob. Cit, p. 213. El ensayista peruano Fernando lwasaki denominaba este hecho como "Incontinencia constitucional" (estado republicano). Madrid, Ediciones Algaba, 2008, p. 71.

53 Kenneth Wheare distingue dos sentidos a la palabra constitución, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, Constitución es para el profesor de la Universidad de Oxford "todo el sistema de gobierno de un país, el conjunto de normas que establecen y regulan o gobiernan al Estado. Estas normas en parte son legales, en el sentido de que los tribunales las reconocen y aplican, y en parte son extralegales, adoptando la forma de usos, acuerdos, costumbres o convenciones que los tribunales no reconocen como ley pero que no son menos efectivas en la regulación del gobierno que las normas legales en sentido estricto".

En el sentido restringido, afirma que el término Constitución se emplea "para designar no el conjunto de normas legales y extralegales, sino más bien una selección de ellas que comúnmente se recopilan en un documento o documentos estrechamente relacionados entre sí. Más aún, esta selección casi indefectiblemente se compone de normas legales solamente. La Constitución, pues, para la mayor parte del país, es una selección de las normas legales que regulan el gobierno del país y que han sido articuladas en un documento". Las Constituciones modernas. Barcelona: Labor, 1971, p. 7.

54 A juicio de Georges Burdeau todo Estado tiene necesariamente una Constitución. Hace notar que los gobernantes no usan sus prerrogativas en virtud de una cualidad que les es propia, sino que le son delegadas y tienen que ser designados e investidos según un estatuto. Por eso afirma que forman la Constitución del Estado las reglas al modo de designación, a la organización y funcionamiento del poder político. Burdeau, Georges (1981): Derecho Constitucional e instituciones políticas. Madrid: Editora Nacional, p. 79.

55 Marcial Pons (2005): Curso de Derecho Constitucional, 10º ed. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 101.

quizás más recientes, sino que ante todo se trate más bien de un hilo esencialmente conductor para uso de todo ciudadano lego en leyes y derechos"[56]. Prosigue el profesor de la Universidad de Bayrenth: "La Constitución es, pues, sobre todo expresión viva de un statu quo cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza"[57].

41. En el Perú, en los últimos cien años, el debate académico se concentró en averiguar si éramos ¿un país?, ¿dos países? (de allí la teoría de la dualidad) o ¿una pluralidad de culturas?, que habían sido unilateralmente homogeneizados por la norma, sin que ello haya anulado la diversidad. Como lo recoge Peter Waldmannz:

    Un país como Perú, caracterizado por estar geográficamente muy compartimentado, por ser socialmente nada homogéneo y estar lleno de particularismos, es prácticamente un campo de experimentación para el desarrollo de culturas jurídicas parciales (Ardito). En este país, el poder estatal concentrado en Lima nunca alcanzó para imponer a todo el territorio nacional vías legales uniformes y normas materiales.

    Tanto los indígenas que habitan la cuenca amazónica como las comunidades indígenas de las alturas andinas podían, hasta hace poco, sustraerse al alcance del Estado y conservar sus propias costumbres relativas al derecho -todas ellas muy distintas-, y aún desarrollarlas según las necesidades. También, las llamadas "rondas campesinas" en el norte del Perú han creado sus propias normas (Correa Sutil-Jiménez)[58].

42. Razón por la cual el pacto constitucional que prescinda de su pluralidad cultural está de antemano renunciando a su eficacia sociológica o material. No basta un reconocimiento formal; es necesario además un acatamiento material. En nuestro caso la diversidad debería estar recogida en una Constitución multicultural o contenido multicultural de la Constitución[59].

---

56 Peter Haberle (2000): Teoría de la constitución como ciencia de la cultura, Madrid: Editorial Tecnos, p. 145. En otro texto (1998) agrega [I]a Constitución no es un solo orden jurídico para juristas, que estos deberían interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos". Ob. cit., p. 46.

57 Peter Haberle (2000): Ob. Cit., p.24.

58 Waldman, Peter (2003): Ob. cit., p. 96.

59 En estricto, enumeramos las siguientes normas formales contenidas en la Constitución peruana:

- Artículo 2, inc. 19), que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, así como la obligación del Estado de proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la nación.
- Artículo 89°, que reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.
- Artículo 149, que admite la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro

43. Entre nosotros se ha admitido el multilingüismo (Artículo 48 de la Constitución peruana), pero no se ha reconocido la pluriculturalidad, y aún resulta polémico hablar de multinacionalidad o de plurietnicidad. Los sucesos trágicos de Bagua (9-IV-2009) no hacen sino poner de relieve la marginación y exclusión nativa, y evidenciar la pugna entre cultura y Constitución, tradición y modernidad, e igualdad y discriminación. La justicia comunal, admitida en la Constitución con ambigüedad, ha sido subestimada por el estado republicano.
Cuando el acto germinal de la Constitución es apropiado tiende a generar descompresión social; reconocimiento de derechos, descentralización regional, autonomía municipal, democratización e inclusión.

44. Haberle recomienda con sabiduría que: "Los textos constitucionales deben ser literalmente cultivados para que resulten una Constitución"[60]. Por cultivo debemos entender su cristalización, materialización o empoderamiento social, que admita la pluralidad y, por ende, la diversidad cultural como principio de la Constitución democrática[61].

4. CONSTITUCIÓN Y LIBERALISMO

45. Sobre la Constitución existen ideas y creencias. José Ortega y Gasset señalaba que las ideas requieren una rigurosa confirmación académica, en tanto, las creencias son supuestos, a veces repetidos por siglos, incluso arropados por la aceptación generalizada. Así, por ejemplo, se señala que la Constitución es una consecuencia del liberalismo.

46. La Constitución como sistema normativo es anterior al pensamiento liberal. La Carta Magna como pacto normativo que ponía incipientes limitaciones al poder absoluto, lo precede en varios siglos. Incluso la libertad como premisa existencial está presente en la filosofía hindú, china o griega, miles de años antes. Por tanto, no nacieron juntos.

---

de su ámbito territorial, siempre que no violen derechos fundamentales.

- Artículo 48, que señala que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen.
- Artículo 191 que prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas y pueblos originarios en los consejos regionales y consejos municipales.

60 Haberle, Peter (1998): Ob. cit., p. 47.

61 Sobre este tópico se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: "En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado constitucional de derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que se ocupa su creador: En buena cuenta, en el Estado constitucional de Derecho, el estatus del poder c constituyente, es decir, la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema" (STC 0014-2003-AI. FJ. 2).

47. El liberalismo es un sistema de ideas (filosóficas, políticas y económicas), que estructura una narrativa sobre la libertad en los albores de la modernidad, destacando plurales pensadores como Hobbes, Lock, Hume, Burke, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Kant y Smith, entre otros, que formulan sus primeras teorías sobre la libertad y el poder, el gobierno y sus límites, la voluntad general y la democracia, el mercado y el valor del consumo. Surgen ideas consistentes que emancipan a la sociedad del vasallaje y creencias ancestrales premodernas.

48. La Declaración del pueblo de Virginia (1772) y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), que proclamaban la libertad del hombre como premisa del nuevo orden social fueron escritas por teóricos que eran considerados sabios, intelectuales o políticos, pero aún no liberales. Ni siquiera en la Asamblea Nacional o la Convención francesa había liberales en el sentido doctrinario del siglo XIX. Surgieron los girondinos o amigos de la Constitución, la montaña y los jacobinos. ¿Quiénes eran los liberales? Eran facciones que disgregados enfatizaban sobre partes de este ideario: la libertad, la igualdad, la propiedad o la ciudadanía.

49. Por ello los wings ingleses no se reclamaban liberales. Tampoco en el siglo XVIII los federalistas norteamericanos o los jacobinos franceses se autodenominaban liberales, ellos se reclamaban seguidores del ideal republicano, pues hicieron revoluciones basadas en teorías, muchas veces contradictorias, sobre los alcances de la libertad que en plena revolución se pondrían en práctica.

50. El pensamiento por la libertad de Locke es pesimista sobre el albedrío humano, por ello admite una soberanía limitada para controlar el despotismo del poder; el liberalismo de Montesquieu es optimista, pues se plantea que fraccionando el poder a través de la soberanía popular es posible controlar el absolutismo del antiguo régimen a través de una nueva legalidad[62]. Rousseau representa el romanticismo de la ilustración política cuyo sujeto no es el individuo aislado de los teóricos ingleses, sino es el hombre social que se expresara a través de la voluntad general.

51. Hobbes y Locke reivindican la propiedad individual para ampliar la libertad, Rousseau desconfía de la propiedad para potenciar la libertad, más bien en estado absoluto la avizora como un obstáculo severo para la igualdad. Los ingleses propugnaban un Estado mínimo para garantizar la propiedad; el ginebrino, una sociedad máxima que garantice la igualdad y por ende la libertad. Los girondinos siguieron a Locke, los jacobinos a Rousseau ¿Quién era más liberal?[63]

52. Europa continental que vivió el curso más turbulento de estas ideas modernas estableció un conjunto de teorías que puestas en práctica creó una doctrina totalizadora de la libertad, a sus

62 García del Mazo Siro. 1906. Montesquieu "La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten". El Espíritu de las leyes por Montesquieu vertido al castellano con notas y observaciones. Tomo I. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez

63 "En ese sentido no es absurdo pensar que Robespierre creyó cumplir la idea de Rousseau." Manent, Pierre. Historia del pensamiento liberal. Buenos Aires. Emecé editores; 1990. 174 p.)

exaltadores se les llamó liberales. A su doctrina se le bautizó como liberalismo. En la crisis política de España iniciada en 1808 se calificó de liberales a los defensores del albedrío individual, que como los antiguos catequistas propugnaban una Constitución con contenido liberal. No fueron llamados constitucionalistas, pues casi todos admitían la necesidad de la Carta Magna, sino se singularizan por el contenido que ellos alentaban.

53. El liberalismo se reclamó como una doctrina universal a través de expresiones políticas que plantea la libertad individual, la igualdad jurídica, la soberanía popular, la división de poderes, el control sobre el gobierno y la libertad económica. En cada proceso constituyente tuvo sus propias prioridades para adoptar los principios doctrinales a las propias exigencias políticas.

54. La Constitución inglesa enfatizó la libertad individual, el control parlamentario (especialmente en el tema impositivo) y la libertad económica, subestimando el tema de la igualdad y la soberanía popular. La Constitución francesa reforzó la igualdad, la soberanía popular, el centralismo político y la división de poderes (con primacía en la Convención) y subestimó la libertad personal y las libertades económicas. La Constitución de EE.UU subrayó la libertad individual, el derecho de propiedad y la división de poderes (con énfasis en la Corte Suprema), subvalorando la igualdad y el centralismo político.

55. En Iberoamérica el liberalismo dejó de ser una doctrina, para convertirse con pasión en algunos casos en una frenética ideología. Así los liberales en la Constitución de Cádiz serían conocidos como los exaltados, por su fanatismo revolucionario, que buscaban maximizar el programa liberal.

56. A tal extremo, que los militares que dieron el golpe de estado contra el virrey Joaquin de la Pezuela en Aznapuquio (1821), comandados por el general La Serna fueron conocidos en España como los liberales, pues pretendían aplicar la Constitución de Cádiz, contra los reaccionarios absolutistas, como el brigadier Olañeta, que repudiaban por igual a los liberales españoles como a los autonomistas americanos.

57. En América Latina, este frenesí llegó a confundir la libertad individual con la liberación nacional[64]. Por lo primero debía construirse una ciudadanía, antepuesto lo segundo se dio base a la multiplicación de los nacionalismos. Los virreinatos edificación de los Habsburgo y modernizados por los Borbones, dieron paso a una frenética fragmentación regional, que terminó jibarizando los virreinatos sin haber ampliado los mercados.

58. El liberalismo en Europa continental se esmeró en crear: i) Individualidad por medio de la ciudadanía, ii) Limitar el poder del ejecutivo, iii) Separar el Estado de la Iglesia, iv) Asimilar

64 "Soñábamos con la liberación (esa forma secular de redención) y no con la libertad (esa forma cívica de convivencia) Travesía liberal". Enrique Krause (2004) Del fin de la historia a la historia sin fin. Tusquets Editores S.A., Buenos Aires, p. 137

las identidades nacionales a un orden jurídico moderno, y v) Pactar todo ello en la Constitución. En Sudamérica, el liberalismo pretendió i) Con la Constitución crear igualdad, ciudadanía, parlamento y nación. El voluntarismo político al prescindir del pacto constituyente prolonga, ya autónomos, la guerra civil por los despojos del poder colonial.

59. Los liberales en Sudamérica compensan todas las carencias de nuestra realidad con la panacea de la Carta Magna propia. Por ello, desde 1811 – antes de la Constitución de Cádiz de 1812- sin haber conquistado la independencia ya ensayamos con normas constitucionales que prometían tanto o más que los norteamericanos o los franceses.

60. Así se estableció el criterio sectario, que para ser liberal consecuente se tenía que ser necesariamente republicano. Por ello, rechazamos el trienio liberal de la Constitución de Cádiz (1820-1823). Bernardo Monteagudo recusó esta postura arbitraria, que rompía la unidad de los revolucionarios independentista. Manuel Lorenzo de Vidaurre que postulaba hasta 1820 una monarquía constitucional, cambió de posición y se transformó en el más furibundo republicano.

61. Tanto monárquicos como republicanos aceptaban la Constitución como el medio del pacto político, pues había un tercer partido que eran los absolutistas que no aceptaban la Constitución como límite al poder regio. En la disputa política los jacobinos se autocalifican de liberales y nuestros girondinos fueron motejados de conservadores.

62. Tanto "liberales" como "conservadores" reivindican la Constitución, de acuerdo a su particular interpretación. Así, tanto el protectorado de San Martin como la dictadura constitucional de Bolívar fueron calificadas de autocracias.

63. Todos se dotaron de constituciones con distinto fraseo, empero como un instrumento más del poder personal. Veamos el ejemplo de Riva Agüero en Perú, Iturbide en México o Francia en Paraguay y Flores en Ecuador. La Constitución no apareció como límite al poder, sino como extensión literaria de este.

64. En la Constitución de Cádiz los liberales dieron derechos políticos a los indios, representantes de estos fue Dionisio Inca Yupanqui. Nuestros liberales en las Constituciones de 1823, 1828 y 1834, no se atrevieron a dar derechos a los indios, manteniendo incólume la legislación esclavista de la colonia y el vasallaje indígena. Nuestro liberalismo también era racial.

65. El liberalismo se afirmó en Europa como programa constitucional tras las revoluciones de 1830 y, especialmente, de 1848 cuando se consolidó el sufragio universal, la libertad de expresión, la igualdad ciudadana y el Estado laico. La revolución liberal peruana de 1855 de facto abolió la esclavitud y el humillante tributo indígena. Solo después de esta eclosión se conquistó la premisa liberal de la igualdad formal, plasmada en la Constitución de 1856.

66. América produjo un avivamiento liberal, con la Constitución argentina de 1852, la Carta peruana de 1856 y la Constitución mexicana de 1857. La primera aparte de las libertades clásicas, enfatiza

el derecho a la propiedad y neutraliza el tema confesional; la segunda da garantías a la igualdad, sin alusiones al tema económico y se repliega ante el tema religioso; la tercera enfatiza la igualdad, la no reelección presidencial, la propiedad y pondera el tema laico.

67. A los clásicos Locke, Rousseau y Montesquieu, el pensamiento liberal en el siglo XIX le sumará Benjamin Constant (1767-1830), Alexis de Tocqueville (1805-1859) y Francois Guizot (1787-1874), los teóricos liberales que superaron el mito de la Revolución Francesa, que plantearon no una libertad abstracta, sino una libertad concreta en pugna con otros valores o instituciones: Libertad y orden, libertad y gobierno, Libertad y República, y Libertad y Constitución.

68. Tocqueville, Constant y Guizot eran liberales, pero de una nueva época. Los tres eran franceses, tenían formación jurídica, en sus conciencias estaban las virtudes y las tragedias que produjo 1789. No repudiaban la monarquía constitucional, abominaba el absolutismo de cualquier signo, incluyendo el republicano o napoleónico.

69. En nuestro medio Karl Krause (1781-1832) fue el referente jurídico de este constitucionalismo liberal en las aulas del Convictorio. Era un constitucionalismo de libertades, sufragio y moralidad, empero distante de cualquier modelo económico más allá de la propiedad. Su expresión más ilustrada fue el Partido Civil de Manuel Pardo en 1872.

70. Tras la infausta guerra del salitre (1879-1884), hemos sostenido que la República Aristocrática (1895-1919), formó un liberalismo diezmado que admitió una Constitución confesional, para reconocer un sufragio elitista y no democrático. Los populismos que sobrevinieron en el siglo XX: el leguiísmo, aprismo o velasquismo, le restaron legitimidad constitucional.

71. Todas las constituciones del siglo XX reconocieron las libertades políticas, pero ninguna asumió plenamente las libertades económicas (1920, 1933, 1979), salvo la de 1993 que rompió el paradigma financiero que alimentó a los diversos gobiernos populistas. Así Montesquieu y Contant, fueron completados con las tesis económicas de David Ricardo y Adams Smith.

72. El liberalismo no inventó la Constitución, sin embargo, a partir de la modernidad se le dio sus contenidos más avanzados para establecer las libertades individuales y las libertades económicas.

5. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

73. Constitución y democracia son conceptos autónomos que en algún momento de la historia se han asociado y se han complementado. No nacieron juntos y en algún momento marcharon disociados.

74. Más aún, la antropología ha demostrado que, en ciertos casos, antes de la propia existencia de la forma de Estado, hubo organizaciones basadas en prácticas democráticas. En nuestro caso el ayllu y el camachicoc[65] pre existieron al Estado[66] y a la propia Constitución escrita.

75. Con el surgimiento del Estado las prácticas comunales o tribales fueron subordinadas al nuevo poder institucional que surgía para monopolizar la coerción y la fuerza. El Estado nació como una forma de organización social superior. No surgió por consenso; emergió de la voluntad de un sector que pudo defender mejor la seguridad del grupo, de aquel que enfrentó las amenazas externas, razón por la cual el Estado no aparecía como un acto democrático, sino -muchas veces- como un hecho de fuerza, como un estado de necesidad. De allí esta pugna interminable entre Estado y democracia.

76. En Grecia se encontró una asociación creativa entre Estado y tribu, entre la política y la norma, entre el poder y la ciudadanía. Atenas sería la ciudad-estado, donde la razón le sacó ventaja a la naturaleza, donde las tribus, manteniendo sus tradiciones ancestrales al interior de la polis[67], tomaban decisiones colectivas a través del sufragio.

77. En la Atenas de Pericles[68] todos los asuntos ordinarios y extraordinarios se debatían en asamblea. El ágora[69] era el centro social, político y comercial, donde prevalecía la dialéctica del debate,

---

65 "Asamblea general efectuada en el ayllu para discutir cuestiones de interés común y organizar las actividades colectivas. En ella participaban hombres y mujeres. Influyó en la conservación de las tradiciones y en la firme persistencia de la solidaridad. Por eso fue mirada con recelo y combatida durante la dominación española, y no obstante, ha subsistido hasta nuestros días en las comunidades". Tauro Del Pino, Alberto (2001): Enciclopedia Ilustrada del Perú, Lima: Peisa. Para profundizar la relación entre democracia y camachicoc puede revisarse: Miro Quesada Rada, Francisco (1990): Democracia directa y derecho constitucional, Lima, Artes y Ciencias, Editores.

66 Para Ernst Wolfgang Backenfondini: "La pregunta por la esencia de la democracia tiene una respuesta ampliamente extendida: en esencia la democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos". "Democracia y representación". Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia (2000) Editorial Trotta S.A, Madrid, p. 133.

67 Hugo Neira ha hecho un meritorio trabajo en ¿Qué es la República?, Instituto de gobierno, USMP, Lima 2012, precisando: "La polis griega no puede ser confundida con la res publica romana ni con la autonomía casi municipal encarnada en las ciudades-estado italianas, ni con la emergencia moderna de la nación revolucionaria de 1789 ni con la originalidad de la nación americana. En el curso de la historia universal lo republicano se ha ido entremezclando a realidades a la vez teóricas y prácticas, Estado, nación, volg o pueblo", p. 250.

68 Ferrero Rebagliati, Raúl. "Pericles y la democracia ateniense". Mercurio Peruano, N° 243, año XII, Lima, 1947.

69 Término que proviene del griego àyopdr, y asamblea, de àyelpw, se refiere a reunir. Así se denominaba en la Antigua Grecia a la plaza pública de las ciudades-estado griegas (polis).

cuya expresión era el uso de la palabra, y se votaba a mano alzada las decisiones colectivas. La asamblea fiscalizaba a los magistrados, a quienes podía revocar. Había democracia, pero no había Constitución. La democracia era racial, pues los extranjeros (metecos) estaban negados en esta forma institucional. La democracia era excluyente también para los esclavos (ilotas), las mujeres y los niños. La democracia era para la minoría de los habitantes de la poli, pues la mayoría de los ilotas[70] no eran tomados en cuenta.

78. Una de las razones de la crisis de la democracia ateniense fue la contradicción entre las tribus ancestrales y su sentido de clan y las emergentes clases sociales y su dinámica mentalidad económica. Entraron en pugna el pasado y el presente, el mito y la razón, el campo y la ciudad, lidiando por su primicia el demos y la cracía.

79. Roma, a pesar de sus avanzadas formas jurídicas, merced a su formidable organización administrativa y su desarrollado orden estatal, basado en un ejército altamente especializado, no llegó a alcanzar formas democráticas de manera permanente. Más aún, Séneca rozó la dignidad humana cuando sentenció: "El alma recta, buena, grande [...] puede encontrarse en cualquier hombre, en un caballero romano o en un liberto o en un esclavo ¿Qué son, en efecto, caballero, liberto, siervo? Nombres dados por la ambición o por la injusticia"[71].

80. Ni sus comicios, ni su plebiscito, ni su senado y su república, pudieron prevalecer al Imperio, a la oligarquía, al cesarismo y la autocracia. La rebelión de Espartaco[72] (73-71 a.n.e.), denunciará la contradicción entre un derecho avanzado y relaciones sociales anacrónicas. Una vez más encontramos la pugna entre democracia y Estado, entre derecho e igualdad, orden y libertad.

81. Quien mejor comprenderá la crisis de la República será Cicerón, pues la república (54 a.n.e) y las leyes (50 a.n.e) avizoran las dos amenazas o el caudillaje del Imperio.

82. Cicerón[73] romaniza su concepto de república: no cree en la ética de las políticas, cree que es

70 Nombre con el que se conocía a todos los esclavos de Esparta o Lacedemonia, empero, el termino ilotas o helotas en su origen se refería a los habitantes de "Helos", quienes, al haberse rebelado sin éxito, fueron hechos prisioneros y reducidos a la esclavitud por Agis I, hijo de Euristeno, rey de Lacedemonia, por los años 159 a.n.e., fecha a partir de la cual el nombre de ilotas se aplicó a todos los esclavos en general.

71 Roma. Historia Universal, Tomo VI, Salvat Editores. Lima, 2005, p. 367.

72 Espartaco representa la figura del personaje que se alza en contra de la sociedad que lo oprime y lo esclaviza en busca de la libertad y la igualdad, lo que lo convierte en un clásico atemporal. Recomendamos el libro La rebelión de Espartaco de Carlos Javier Pacheco López, Ediciones Sátrapa, 2010.

73 Marco Tulio Cicerón (106-43 ane), político y jurista romano, cuya elocuencia lo haría memorable. A sus datos intelectuales, considerado uno de los mayores conocedores del pensamiento griego, le sumó su protagonismo político. Fue cuestor, pretor, cónsul y gobernador de Macedonia. Vivió los años posteriores de la República y la crisis que produjo la guerra civil, siendo una de sus víctimas.

posible hacer virtuosas las instituciones, pues en cinco siglos (509 a 27 a.n.e) han sobrevivido a todas las amenazas. Su ilusión terminó cuando fue decapitado por orden de Octavio, el futuro emperador Augusto, majestuoso, sin límite, entre lo humano y lo divino.

83. Según Polibio, la democracia originaria fue devorada por la oclocracia[74], y esta a su vez por la anarquía. Este caos circular sería salvado por la oligarquía. Este régimen autocrático se magnificó con el pensamiento escolástico, que provocó los más fieros fanatismos que consolidaron por siglos el despotismo, la exclusión y el poder estatal absoluto.

84. En 1215 los barones ingleses, tras cruenta rebelión, obligaron al soberano absoluto Juan a suscribir un pacto, conocido históricamente como Carta Magna, que establece derechos de los nobles, garantiza derechos feudales y limita ciertos atributos de la corona.

85. La Carta Magna no contenía libertades para los burgueses, no tenía normas igualitarias, no traía instituciones democráticas; no obstante, se transformó en el símbolo del comienzo del fin del absolutismo inglés: limitó el poder del monarca, lo sometió a una legalidad y fundó las bases que dieron origen al derecho de petición, al hábeas corpus y al bill of rights. Todas estas reformas, hechas en cerca de 500 años, sentaron las bases de la democratización de la sociedad, que se expresó en un parlamento por encima de la corona.

86. Así como la Carta Magna no significó la legalidad inmediata, el parlamento no estableció la igualdad a priori, ni esta fue el componente ideal de la democracia inglesa. Hasta 1909 los Lores tuvieron tanta o más preeminencia política que los Comunes. Había democracia formal, pero no había igualdad material.

87. El parlamento era democrático para los súbditos ingleses, pero tenía un comportamiento imperial para sus colonos norteamericanos en el siglo XVIII. Los colonos condenaban a los impuestos, dictados por el Parlamento, abusivos y discriminatorios, a los cuales le hicieron resistencia pasiva[75]. Sin proponerlo, el Parlamento alentó la guerra de soberanía norteamericana.

88. Esta misma contradicción se dio con la Constitución de Filadelfia (1787). Sus constituyentes estuvieron preocupados por la libertad (expresión, religión, conciencia, comercio, etc.) antes que por la igualdad. Se quería propietarios primero, ciudadanos después. EE.UU. era un modelo constitucional, pero su

74 Sobre el 200 a.n.e., se llamó oclocracia al fruto de la acción demagógica. Polibio la definió como "la tiranía de las mayorías incultas y uso indebido de la fuerza para obligar a los gobernantes a adoptar políticas, decisiones o regulaciones desafortunadas. Cuando esta (la democracia), a su vez, se mancha de ilegalidad y violencia, con el pasar del tiempo, se constituye la oclocracia". Historia, Vol. VI. Polibio, p. 3. También es conocida como el gobierno de la muchedumbre (del griego òxitoxparía, del latín ochlocratia), para Aristóteles es una de las tres formas específicas de degeneración de las formas puras de gobierno.

75 "Los ingleses respondieron con nuevos impuestos y sobre todo con la Ley de Declaratoria, que proclamaba la supremacía del Parlamento sobre las instituciones coloniales." Redondo, Javier (2018): Historia de dos revoluciones, en Nueva Revista, N.° 168, p.123.

texto no garantiza un modelo democrático, menos un sistema igualitario. Largo fue el debate: ¿seguir el ejemplo de Atenas o imitar a Roma? ¿Construir una sociedad de ciudadanos o una de aristócratas? El debate entre Thomas Jefferson y Alexander Hamilton expresó esta discrepancia constitucional.

89. La guerra civil (1861-1865) posibilitó la inclusión, que todavía libró otras batallas en el siglo XX, como el caso Rosa Parks[76] en 1955. Había Constitución, pero era un proyecto de optimización en sus derechos fundamentales. Había elecciones, pero los votantes no eran iguales.

90. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, buscó asociar Constitución y democracia, igualdad y democracia, ciudadanía y libertad[77]. Los girondinos, gestores de la Convención, convienen que la Constitución debía garantizar la libertad y la estabilidad, en tanto los jacobinos[78] consideraban que la Constitución debía garantizar la igualdad y los cambios. Si se transformaba al siervo en ciudadano, se edificaba una sociedad de iguales y solo ella podría construir la promesa roussoniana de la voluntad general, que era -para los ilustrados- la plena expresión de la democracia[79]. Los jacobinos, con empeño voluntarista, durante el terror revolucionario (1793-1794) quisieron terminar físicamente con todo lo que representaba el antiguo régimen, edificando un nuevo Estado, implantando una dictadura revolucionaria que garantizara, por la fuerza, la igualdad y que sentará las bases de una democracia universal. Este experimento social no sólo acabó con las libertades sino con la propia Constitución. La voluntad se puso delante de la realidad; el deseo, encima de la Constitución.

91. Sin embargo, esta idea, que racionaliza la convivencia política y cuya legitimación debían dársela el sufragio universal y el orden constitucional, fue un proceso inconsistente que dio pie a la crítica autoritaria. Recuérdese que en Francia recién se obtiene el sufragio femenino en 1946 y en Suiza en 1971, mientras que en Estados Unidos recién con la enmienda 24 dada en 1962 se retira las últimas trabas para el voto de los ciudadanos negros. Ante estas contradicciones del modelo, saldrán impugnadores desde el extremo, aquellos que reclamaban una democracia de "corporación" y otros

76 Rosa Parks (1913-2005), una humilde costurera afronorteamericana, en 1955 se negó a ceder su asiento a un viajero blanco en un transporte público, contraviniendo la legislación racista de Montgomery. Su resistencia a acatar una norma que afectaba su dignidad produjo su arresto y una multa de 14 dólares. Este hecho se convirtió en un hito en la lucha por los derechos civiles. Había Constitución, había elecciones periódicas, pero no había igualdad, insumo esencial de toda la democracia moderna.

77 A. De Lamartine (1965): Historia de la Revolución francesa, Vol. l y ll, Barcelona: Sopena.

78 Club revolucionario francés cuyo nombre original era la Sociedad Amigos de la Constitución, que se reunieron en una taberna próxima a la calle de San Jacobo.

79 "La tesis de Rousseau, uno de los padres de la democracia moderna, de que la soberanía no es susceptible de transmisión, de que reside de forma inalienable en un pueblo. Rousseau define la soberanía del pueblo como algo inalienable y su consecuencia también como algo no susceptible de ser representado" Wolfgang Backenfondini, Ernst (2000): "Democracia y representación". Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia. Ed. Trotta, Madrid, p. 134.

que inventan una "democracia popular". Inclusive la crítica marxista no renunciaba a la democracia de mayoría, y pretende radicalizarla para someter a la minoría y su "egoísmo" individualista[80].

92. Un hecho que abonaba en el distanciamiento de la democracia existente era que ella, aun habiendo superado el elitismo de los griegos, era una minoría de países. Un reciente estudio de Michael Doyle señala que en 1900 no había más de trece países con rasgos democráticos; en 1919, no más de 25; en 1960 -contando más de ciento cuarenta países- no pasaban de 36, y en 1994 -contando más de 201- no pasan de los 70 estados. Todos tenían Constitución, eran Estados con constitución, pero muy pocos eran Estados constitucionales. La democracia, siendo el modelo culturalmente más avanzado, en ningún momento del siglo XX fue el sistema predominante en el planisferio mundial, sino el privilegio excluyente del desarrollo económico, que alienta el desarrollo constitucional.

93. Ningún país de América carece de texto constitucional; casi todos -con excepción de EE.UU. y Argentina- poseen densidad de cartas constitucionales, y en su interior compiten las libertades y derechos electorales. No obstante, las tradiciones, representación y regímenes políticos no han sido democráticos; las élites en muchos casos han tenido prácticas oligárquicas y excluyentes[81], en tanto las mayorías han convivido con formas autoritarias y no democráticas.

---

80 "El desafío de la Comuna de París en 1871 según la descripción de Marx, la cual aparece como ejemplo de un sistema de dominio democrático y autónomo que se realiza de manera directa. En Marx la Comuna no se entiende como un proceso de transformación revolucionaria del poder del Estado existente, que habría de mantenerse en cuanto tal, aparece más bien como una revolución contra el Estado mismo, orientado a la destrucción de "esta máquina abominable del dominio de clase" y su sustitución por el dominio autónomo y directo del pueblo, la identidad entre gobernantes y gobernados". Wolfgang Backenfondini, Ernest. Ibíd., p. 135.

81 Finalmente hacemos referencia al Informe La democracia en América Latina, iniciativa importante del PNUD en la región en los últimos años. Su objetivo amplio es servir de catalizador de un debate, aportar datos objetivos y un marco analítico para este diálogo. El subtítulo del Informe; "Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos" se refiere a su tesis subyacente, "los gobiernos democráticamente elegidos de la región aún no han cumplido las aspiraciones políticas, sociales y económicas de los latinoamericanos y latinoamericanas". Algunos datos importantes son:

- En el año 2002 un 43% de los ciudadanos y ciudadanas tenía actitudes democráticas, un 30,5% actitudes ambivalentes y un 26,5% actitudes no democráticas.
- En el 2002, más de la mitad de los latinoamericanos y latinoamericanas (54,7 %) preferiría un "régimen autoritario" a uno democrático, si le "resolviera" sus problemas económicos.
- El 2003 la región contaba con 225 millones de personas cuyos ingresos se situaban por debajo de la línea de pobreza.
- Desde el año 200 cuatro presidentes electos de los 18 países del estudio se vieron obligados a renunciar antes de completar sus mandatos como consecuencia de una pronunciada caída del apoyo popular.

La primera generación de latinoamericanos y latinoamericanas que ha alcanzado la mayoría de edad en las democracias vigentes prácticamente no ha experimentado crecimiento del ingreso per cápita y se registran disparidades sin precedentes en la distribución del ingreso nacional.

El 59% de los políticos consultados cree que los partidos no están cumpliendo adecuadamente su papel.

De este informe, por las referencias de los expertos entrevistados, estos ejemplos no son sino el resultado natural del contexto singular de lo que en el Informe se describe como "el triángulo de América Latina" democracia, pobreza y desigualdad.

94. Nosotros desde 1823 proclamamos que "La soberanía reside esencialmente en la nación y su ejercicio en los magistrados, a quien ella ha delegado sus poderes" (Art. 3°). No obstante, el régimen representativo nunca fue genuino a lo largo del siglo XIX. Había elecciones, pero no había democracia. En las primeras elecciones, de un universo de millón y medio de electores, solo un millar de personas estaban calificadas para sufragar. Había Constitución, que se reclamaba democrática, pero el ejercicio de derechos ciudadanos no alcanzaba a más del 1% de ciudadanos. ¿Dónde estaba la mayoría? ¿Dónde estaba la soberanía popular? Así podemos distinguir etimológicamente a la democracia como el gobierno del pueblo, reconocido literalmente en las Constituciones de nuestro país, pero disociado de la realidad: 1826 - Art. 8 "La soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los poderes que establece esta Constitución"; 1933 - Art. 1 "El poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen"; 1979 - Art. 81 "El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley"; y 1993 - Art. 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 [...]".

95. Recién en 1920 son reconocidas las comunidades indígenas -proscritas durante un siglo republicano- y en 1956 son admitidas las mujeres como ciudadanas. En 1975 por decreto se reconoce al quechua como lengua oficial, en 1978 se permite votar a los mayores de 18 años, en 1980 se otorga el derecho de sufragio a los analfabetos y, finalmente, los militares obtienen este derecho en el 2005.

    La participación democrática ha sido un proceso lento, controvertido y en algunos casos tardíos –como el de los analfabetos–, para afirmar una convivencia democrática como lo han postulado casi todos los textos constitucionales.

96. El Tribunal Constitucional la ha definido como un sistema binario, que incluye pero a su vez debe garantizar bienestar. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no solo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de Derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3 de la Constitución) hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural (Exp. N° 008-2003-Al/TC, F 4.1.c).

97. Lo que se pretende es no solo tener Constitución y derechos nominales, sino además que el Estado liberal se transforme en Estado social, y este a su vez sea Estado Democrático que complete el programa del Estado Constitucional de Derecho. Así habría un encuentro fecundo entre Constitución y democracia[82], entre realidad y norma, entre legalidad y legitimidad.

5. CONSTITUCIÓN Y REPÚBLICA

98.Los griegos inventaron la política como diálogo de contrarios, como pacto de adversarios, como pugna incruenta entre oponentes; al crear las polis idearon la ciudadanía y con ella el compromiso de participación pública. Así surge el politikón.

99.La teoría política nace como filosofía que, al contacto con el poder, eventualmente puede degenerar en formas humanas abusivas y corrompidas. Atenas la vive en carne propia, con la crispación y la anarquía, que será conjurada por Solón, cuando transforma la disputa de los tiranos, en compromiso latente de las tribus por medio de la participación en la política, en lo judicial y lo bélico. Para garantizar una participación no excluyente –con Clístedes- se creó la isonomía o igualdad, como base de la democracia.

100. Aparece la comunidad más allá de la tribu, aparece el bien público más cerca de lo divino. La democracia como lo más razonable del bienestar general. Nace en la antigüedad la meditación y el lenguaje del mundo moderno: La República de Platón y la Política de Aristóteles.

101. En los diálogos socráticos de Platón en La República se propugna el buen gobierno, se pone énfasis en el régimen ideal, en la promesa de un gobierno incorruptible; sus críticos la vieron como una utopía. Aristóteles en la Política responde a los impugnadores de La República desde la praxis política; en síntesis, anota el discípulo de Platón: ¨Por último, cuando la mayoría gobierna en bien del interés general, el gobierno recibe como denominación especial la genérica de todos los gobiernos, y se le llama república"[83]. El aporte de Aristóteles es que razona el concepto ontológico de Constitución: "La Constitución es la que determina en relación con el Estado la organización regular de todas las Magistraturas, sobre todo de la soberana, y el soberano de la ciudad es en todas partes el gobierno; el gobierno es, pues, la Constitución misma"[84].

---

82 La idea de la democracia, como se demuestra, es la idea de libertad en el sentido de autonomía y autodeterminación política; su expresión más pura se encuentra ahí donde el orden jurídico estatal es creado por los mismos que a él le están sometidos, ahí donde las normas de conducta de un pueblo son acordadas por el pueblo mismo, reunido en asamblea. Kelsen, Hans (1977): Esencia y valor de la democracia. Ediciones Labor,.

83 Aristóteles (1974): La política, 12º ed. Madrid, Espasa-Calpe, S.A, p. 86.

84 Ibíd. p. 99.

102. Surge Roma bajo el mito fundante de Rómulo y Remo. Antes de la República, Roma fue gobernada de manera autocrática por siete reyes hasta 500 años antes de nuestra era, cuando la aristocracia echó del poder a la monarquía y fundó su república, nombrando como ejecutivo a dos cónsules, que dependían del Senado, el que a su vez producía las leyes y nombraba entre sus miembros a los jueces, como árbitros supremos de las controversias.

103. Roma es la síntesis de Atenas y Esparta, trae en su memoria el consenso y la fuerza, hace protagonistas al pueblo y las legiones; a la política la regula por medio del derecho, Cicerón traduce a Platón y Aristóteles, que anteponen a todo pacto político una idea superior: La razón del Estado. La poli griega es sustituida por la civitas romana, los filósofos por los juristas, el ágora por el foro, la mayéutica por la retórica. Se expande en Occidente la cultura greco-romana.

104. Polibio enseña que la perfección del régimen político provenía de la experiencia: qué de la oligarquía surgiría purificada una aristocracia, y de la peor anarquía vendría la democracia. El politikón -según el sabio griego- contraponía la virtud al vicio en busca del buen gobierno.

105. Roma lo experimenta todo, desde la tiranía hasta el plebiscito. Vive de sus tradiciones ancestrales, que se enlazan con la experiencia helénica. Hay divisiones tribales que fundan las divisiones sociales, al lado de la élite ilustrada de los patricios está la muchedumbre de la plebe, ambas respetan la autonomía de sus asambleas y comicios, de ellos surge la representación y sus caudillos. La democracia romana crea el Senado.

106. El Senado es la asamblea representativa y normada de los más ilustrados, es espacio del diálogo público, la representación cristalizada, el freno al poder personal, el límite a la milicia; no hay partidos, sino tendencias, facciones senatoriales, hay quienes representan los intereses de los nobles y están sus negadores los tribunos, que representan los intereses populares.

107. Roma también tiene algo de Esparta, sus poderosas legiones y centuriones, pero esta en ninguna circunstancia puede acceder a la civitas sin el permiso expreso del Senado. Las espadas están subordinadas al poder civil, la deshonra del soldado es desacatar a la toga desarmada, cuya fortaleza es jurídica y moral. Para Roma, el senado –como en Atenas– delibera y gobierna, la milicia –como en Esparta- no delibera y se subordina a ese senado que encarnaba la virtud del régimen. La fuerza y la razón se fundían en un régimen político que toma el nombre de la utopía de Platón: La República.

108. La república romana era una combinación del régimen aristocrático –que seleccionaba a los mejores patricios– y el régimen democrático –que seleccionaba a los más perspicaces defensores del pueblo–, este gobierno híbrido era un freno al poder absoluto. Empero, ni este régimen ideal, pudo contener la rebelión de los esclavos, encabezados por el espíritu libertario de Espartaco.

109. Montesquieu consideraba que la democracia solo era posible en pequeños territorios, en comunidades cerradas, en condados determinados; nunca en grandes territorios, menos en imperios. Cuando Roma se hizo imperio, creció el poder de los patricios, de la milicia y el monarca, colisionando con el contrapeso del Senado. Un demagogo extraordinario como Julio César convenció al pueblo llano de que el obstáculo para expandir la riqueza de las conquistas no eran los nobles, sino el Senado y su conservador proceso de toma de decisiones. Bruto con el magnicidio de Julio César, no pudo impedir que el cesarismo liquide la república y dé pie al personalismo del emperador.

110. La república como ideal de control político se ensayó de manera esporádica en algunas ciudades renacentistas como Florencia, ciertos cantones suizos y Oliver Cromwell la buscó aplicar como un régimen de excepción que procuró la igualación en Inglaterra. Todas ellas fracasaron hasta el advenimiento de los Estados Unidos.

111. Los colonos norteamericanos no eran ciudadanos; sin embargo, eran contribuyentes, hicieron al unísono una cruenta revolución antitributaria y anti-centralista, que les permitió descubrir la ciudadanía, la constitución y el federalismo.

112. El movimiento separatista fue excepcional. Se autonomizan de los nombres: no una Carta Magna europea, sino una Constitución americana de reminiscencia romana; no una monarquía constitucional, sino una presidencia constitucional; al centralismo anglosajón le antepusieron el federalismo postcolonial.

113. La Constitución de Filadelfia (1787) es un pacto de dos visiones liberales -que además para evitar los conflictos religiosos se estableció laica-, la de Thomas Jefferson de democracia rural y la de Alexander Hamilton de una democracia burguesa y comercial. El primero cree en el poder del pueblo, el segundo desconfía del poder del Estado. Ambos pactan un régimen republicano, como límite al poder total, con división de poderes absolutos y como árbitro al presidente, a partir del siglo XIX será la Corte Suprema el máximo intérprete de la Constitución.

114. La República tiene virtudes institucionales : i) Comicios para todo cargo de representación, ii) Un sistema legislativo bicameral, que representan el interés local y, a su vez, el interés nacional, iii) Neutralidad religiosa, iv) Una presidencia con límites constitucionales, v) Una milicia subordinada al Congreso, vi) Un federalismo que controla cualquier poder central, vii) Un poder judicial que fiscaliza y limite al presidente y al Congreso, viii) Una libertad de expresión que potencia la deliberación y sea un límite moral a cualquier exceso gubernamental.

115. La Revolución Francesa (1789) establece una Constitución (1791) y en ella se consagra la monarquía parlamentaria, más radical que la inglesa (por los comicios y plebiscitos), estableciendo la unicameralidad, obra de la destreza de los girondinos; no obstante, en este interregno (junio de 1791), el rey traiciona a la revolución con su intento de huir a Prusia, es capturado, juzgado y condenado a la guillotina como el ciudadano Luis Capeto el 21 de setiembre de 1792. Nace

la República de un fracaso político. Los republicanos extremistas -los jacobinos- marginales y minoritarios se hacen del poder. Viene la guerra exterior y el terror revolucionario, cae Robespierre y le suceden variopintas convenciones republicanas hasta 1799 en que se establece el Consulado con Napoleón Bonaparte, quien da la Constitución de 1802 que lo hace cónsul vitalicio. La oclocracia había producido el nuevo cesarismo, encarnado en el bonapartismo. Vencido Napoleón en 1814, se produce la restauración borbónica, que deviene en un régimen premoderno. En 1848 la revolución liberal restablece la república laica y sufragista, que los franceses glorifican para olvidar los excesos de su primera república jacobina, de comicios y guillotina.

116. América no inglesa no imita las virtudes de occidente, copia en exceso sus errores. En 1804, Haití plagia la Constitución y la República francesa, pero solo cosecha sus vicios. La primera constitución venezolana de 1811 es una mixtura del federalismo americano con la monarquía parlamentaria de Bayona y Cádiz, su derrota es inminente en 1812[85]. Argentina y Chile fracasan en sus primeros intentos constitucionales, pues el idealismo es robusto, mas la realidad es contradictoria e inimitable.

117. San Martín y Bolívar –como todos los próceres sin excepción– creen en la Constitución como un bálsamo regenerador[86]. Basta invocarla para gozar sus beneficios, definen el régimen político que la haga prontamente legítima: república o monarquía constitucional. Tras la traición despótica (1814-1820) de Fernando VII en pleno trienio liberal, el régimen dinástico carece de adeptos, salvo quien lo ve como un régimen de transición para llegar a objetivos mayores: Bernardo Monteagudo.

118. Por ello, cuando arriba San Martín a nuestras costas, en 1820, el ánimo unánime de los nobles limeños es por la independencia, cuya fórmula transitoria es la monarquía constitucional. El discurso republicano es minoritario; no obstante, los severos reveses militares de El Protectorado dieron consistencia al discurso radical de José Faustino Sánchez Carrión (1787-1825).

119. El Solitario de Sayán rinde culto a Juan Jacobo Rousseau, admira a Washington y respeta el temple virtuoso de Robespierre; abomina de cualquier monarquía –hace de Fernando VII su más genuino tirano–, pone como ejemplos de gobierno consistente a Colombia, Argentina y Chile que se reclaman republicanos. EE.UU. es su modelo perfecto: liberal y federal. Proclama certero que la república resuelve el desafío militar e institucional.

---

85 "Congreso 1811". Revista de la Sociedad Bolivariana Nº 191, pp. 7- 51, Editorial Iposme, Caracas, 2011.

86 El teórico de la república peruana, Francisco Javier de Luna Pizarro, hablaba de talismán: "No hay constitución alguna que sea un talismán que lleve consigo la felicidad ¡Las mejores formas de gobierno se corrompen con seres envilecidos! ¡Las mejores formas de gobierno se corrompen con seres envilecidos! ¡Quién nos diera el que la ley fuese una realidad; el que, escribiéndola en el papel, ¡se grabase en el corazón del que manda y en el pecho del que obedece!". Villanueva, Carmen (2016): Ob. cit., p. 284.

120. El problema de la república no es la cantidad de ciudadanos, sino la virtud de éstos pone la voluntad sobre la realidad, la idea sobre los hombres, escribiendo resuelto: "Solo los pueblos muy virtuosos y muy sabios no son dignos de regirse por monarcas"[87]. Como si la ética individual pudiera modificar siglos de historia de exclusión, despotismo y fanatismo intolerante.

121. A esta prédica doctrinaria le surge un formidable impugnador: Bernardo Monteagudo (1790-1925), su contemporáneo, dotado de una experiencia incomparable: caudillo de la rebelión de Chuquisaca (1809) y actor central de la independencia de Argentina, Chile y Perú.

122. Monteagudo, admirador de Montesquieu, es uno de los pocos que ha superado su romanticismo inicial y revisa en clave sudamericana la experiencia griega, romana, renacentista y francesa. Cuando llega a Lima (1820) es un girondino que desmiente las certezas de nuestros primeros jacobinos, entre los que destacan Vidaurre, Sánchez Carrión y Mariátegui.

123. Para Monteagudo el problema no es solo nominal o teórico, sino es un conflicto instalado en la cultura de todos los liberales sudamericanos que poseen erradas respuestas prácticas. Prevé –como Polibio– que la flamante república –carente de soportes institucionales– no nos llevará hacia la democracia anhelada, sino nos conducirá hacia la anarquía y la disolución de la promesa de la independencia.

124. Monteagudo recomienda: "aprendamos de Roma. Bruto el más ferviente republicano cuando asesinaba a Julio César en el Senado, no estaba salvando la República, sino estaba alentando la anarquía y con ella exaltando al imperio y el cesarismo más anti republicano que nunca presagió".

125. El gran precursor argentino no abominaba la república, repudiaba la anarquía que la avizora inminente. Por ello disiente del abstracto idealismo de los jacobinos criollos, que se habían hecho republicanos, no porque habían luchado consecuentemente contra la monarquía borbón, sino porque se habían desengañado tardíamente de Fernando VII[88], asociando monarquía a corrupción absoluta y república a virtud permanente. La república no nace de una lealtad, sino de una traición.

126. Monteagudo plantea un plan político –que coincide con Bolívar–, la primera condición para garantizar la independencia es la estabilidad política, lo que ahora llamamos gobernabilidad, que nos permita ante una geopolítica adversa (la Santa Alianza amenazaba América) llegar al objetivo estratégico: la unidad continental (cuando solo habían 5 estados: Argentina, Chile, Perú, México y la Gran Colombia), para luego establecer la república y la democracia.

---

87 Sánchez Carrión, José Faustino: Carta al editor del Correo Mercantil y Político de Lima sobre la indubitabilidad del gobierno monárquico al Estado Libre del Perú (Correo Mercantil Político – Literaria de Lima, 6-IX-1822)

88 Véase: Vidaurre, Manuel Lorenzo de: Cartas Americanas (1823)

127. En la política práctica perdió Monteagudo, siendo desterrado. Ganaron los jacobinos, tuvimos república nominal en 1822 antes que Brasil, Alemania, Italia, España, Austria y Rusia. Creímos que la sola invocación republicana nos liberaba de los vicios del despotismo, aunque sea ilustrado, sin prever que el vasallaje más duradero era el espiritual.

128. Nuestros liberales forjaron las repúblicas nominales[89] que proclamaban presidencias limitadas, división de poderes, respeto a la legalidad; pronto, la realidad desmintió este voluntarismo político. Los liberales terminaron de comparsa del nacionalismo provincial y minimalista, que se encarna en el militarismo que fragmentó los frágiles estados en 20 "Repúblicas" adicionales, con Constitución, banderas y beligerancia soberanista. Argentina se mantuvo en caos hasta 1853, México hasta 1857 y Perú hasta 1845. Las repúblicas del aire –como las llamó Bolívar– empoderaron el caos institucional y la asonada montonera, a pesar de las frondosas constituciones que copiamos por doquier[90].

129. Los extremistas de las teorías recrearon nuevas mentiras republicanas. Octavio Paz lo denuncia: "Cada una de las nuevas naciones tuvo, al otro día de la Independencia, una Constitución más o menos (casi siempre menos que más) liberal y democrática […] la ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, la ocultaba. La mentira política se instaló en nuestros pueblos casi constitucionalmente." El Premio Nobel mexicano plantea un desafío político al continente: "De ahí que la lucha contra la mentira oficial y constitucional sea el primer paso de toda tentativa seria de reforma".

130. Desde el inicio de la independencia hemos tenido constitución, república y un régimen autoproclamado democrático. Somos un país de formas, de normas, de solemnidades, donde las frágiles instituciones republicanas han convivido con prácticas autoritarias, excluyentes, intolerantes y premodernas. El racismo –en un país mayoritariamente cobrizo– es una de las manifestaciones de las prácticas anti-democráticas en una república de desiguales.

131. Tomamos de EE.UU. el presidencialismo, y nuestras prácticas absolutistas nos condujeron a un hiperpresidencialismo, dando poderes extraordinarios al Poder Ejecutivo –sin frenos ni controles– que degeneró en formas tiránicas ante la crisis o la prosperidad. El gobierno central -hasta el presupuesto 2015- concentra el 70% del gasto estatal y esta abultada cartera financiera –de favores y presiones– lo hace omnipresente en la esfera pública y privada, por más que exista división de funciones, descentralización y economía de mercado.

89 Alberto Vergara coincide "El republicanismo es el rasgo político más distintivo y duradero de nuestro país" (p.18), no obstante, contradiciendo el título de su libro Ciudadanos sin república (2013).

90 Paz, Octavio (1996): El laberinto de la soledad en Obras Completas, t.8, FCE, México, pp. 127 y 128.

132. El poder legislativo –el freno republicano al ejecutivo– a través de su historia fue unicameral, duocameral o tricameral; basado en un acomodaticio sistema electoral que minimiza la representación y debilita la ciudadanía a lo largo de la historia –salvo episódicas excepciones- ha sido un apéndice complaciente del Poder Ejecutivo. Las facultades delegadas al ejecutivo lo hizo un legislador de facto, las mayorías parlamentarias adictas al poder han fiscalizado al adversario defenestrado, casi nunca al presidente en ejercicio. El Congreso ha dado más de 30 mil leyes, a pesar de ser un cuerpo tenazmente legiferante, nunca ha dado una ley que le dé legitimidad histórica, evite sus clausuras periódicas y lo convierta en el balance de la gobernabilidad republicana.

133. El poder judicial, a pesar que es autónomo e independiente según todas las Constituciones, casi nunca ha dado un fallo que limite el poder y frene el absolutismo. Por lo general, sus condenados son los antisociales, los pobres, los marginales o los derrotados políticamente. Ninguna dictadura lo clausuró definitivamente sino que solo lo reorganizaba para que nuevos supremos adictos al poder le sirvan con esmero.

134. A esa institución que solo toma el nombre, pero no su contenido, la analizó con sereno equilibrio Francisco García Calderón Rey en el El Perú contemporáneo, llegando a la conclusión que no habíamos establecido una república moderna, sino una ilusión que pretendía ser avanzada, pero mantenía viejos atavismos; no estableciendo límites entre la democracia y el autoritarismo, combinado tiempos y valores, que la denominó la República Monárquica, que se pretendía democrática pero que se manifestaba cesarista; que tenía formas constitucionales, pero esencias autocráticas.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5202

NOCIONES FILOSÓFICAS DE LA CONSTITUCIÓN COMO VALOR SUPREMO

APORTES DEL DERECHO NATURAL Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Carlos D. Luque[1]

RESUMEN

La finalidad de este trabajo será hacer un breve y claro cuadro de la situación de la Constitución como ente supremo en el ordenamiento jurídico. En principio se trazará la trayectoria del concepto de control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica. Este concepto es indispensable para el surgimiento del concepto de supremacía constitucional.

A partir de allí se revisará las distintas versiones del concepto de Constitución y los distintos significados que se atribuyen a una Constitución. Siguiendo un relato coherente veremos cómo puede incidir el derecho natural cuando se relaciona con la Constitución y cuáles pueden ser las interpretaciones que los jueces le puedan dar a la letra constitucional desde el neoconstitucionalismo. Una vez realizados los pasos anteriores se dejan algunas opiniones a modo de conclusión.

Palabras clave: Constitución – Derecho Natural – Control de constitucionalidad – Derecho positivo – Neo-constitucionalismo.

1 Abogado. Profesor regular de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Nordeste. Profesor adjunto de Derecho Publico Provincial y Municipal en la Universidad Gaston Dachary. carlospikiluque@gmail.com

ABSTRACT

It will be the purpose of this work to make a brief and, if possible, clear picture of the situation on the theoretical map that determines that the Constitution has the quality of supreme body in the legal system. In principle, an outline will be drawn of how the concept of constitutional control in the US arises, indispensable for the existence of the concept of Constitution and even more of that of constitutional supremacy.

From there, the existing versions, without exhausting them, will go through the concept of Constitution and the different meanings attributed to a Constitution. Following a coherent account we will see how natural law can affect when it relates to the Constitution as well as in a later paragraph which may be the interpretations that the judges can give to the constitutional letter from neo-constitucionalism. Once the above steps are tried, some opinions are left as a conclusion.

Keywords: Constitution – Natural law – Constitutional control – Positive law – Neoconstitutionalism.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo hará un breve y claro cuadro sobre la situación del concepto de Constitución como ente supremo en el ordenamiento jurídico.

Analizaremos las razones histórico-teóricas por las cuales los Estados Unidos ha creado un Estado constitucional y el control de constitucionalidad, rompiendo con la noción de la soberanía del parlamento existente en Inglaterra y acercándonos a un concepto o una idea tan antigua como revolucionaria y actual en el mundo de la ciencia del derecho y del Estado: el derecho natural (Prieto Sanchis, 2003).

Aquí trataremos de descubrir la influencia de los instrumentos teóricos en la idea de que por encima del Derecho de los hombres está el Derecho de los dioses y, de otro lado, la supremacía de un Derecho superior, de naturaleza positiva, encarnado en la Constitución a la que se someten el legislador y, en general, todos los órganos estatales (Prieto Sanchis, 2003).

Comenzaremos nuestra búsqueda con un sintético relato sobre cómo, de hecho, se origina el control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos de América y luego, tratando de recorrer un hilo conductor coherente, buscaremos develar el significado de "qué es una Constitución". Logrados estos dos primeros pasos empezaremos a buscar cuál es la importancia que se le asigna a la Constitución o la relación de esta con el derecho natural, así como la relación directa o indirecta con el denominado neoconstitucionalismo, dejando como epílogo algunas conclusiones.

II. ORÍGENES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El principio de supremacía constitucional requiere de un cuidadoso sistema de control capaz de restañar o evitar las lesiones que la legislación inferior y los actos administrativos puedan causarle. La tarea de control consistirá en realizar un examen de las normas jurídicas para cotejar su congruencia con los preceptos supremos. Según Sagués, el sistema de control, cuya ausencia convertiría el principio de supremacía constitucional en la mera expresión de un deseo, requiere de los siguientes ingredientes:

> "a) Una Constitución rígida porque si ella es totalmente flexible y puede ser reformada por leyes ordinarias no está protegida de la ley inconstitucional. Toda ley es aquí constitucional.
>
> b) Un órgano de control independiente del órgano controlado. Pues difícilmente un autocontrol (por ejemplo del Parlamento respecto de la constitucionalidad de las leyes que él mismo dicta) es en definitiva útil.
>
> c) Facultades decisorias del órgano de control. La razón está en que sus pronunciamientos carecen de vigor y efectividad si solo concluyen en recomendaciones o consejos.
>
> d) Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control. Ello es así por cuanto de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad si el agraviado no pudiera exigir el pronunciamiento del órgano de control.
>
> e) Sometimiento de todo el mundo jurídico al control. Si ciertas áreas del quehacer estatal o de los particulares están exentas el examen de constitucionalidad no impera realmente (Sagues, 1995).

Bajo estas primarias y básicas premisas teóricas surge en Estados Unidos el modelo de control de constitucionalidad de las leyes que suele ser referido como la piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos y la más original contribución del genio americano a la ciencia política (Beard, 1913).

Podemos destacar a esta institución (el control de constitucionalidad de las leyes) como un modelo original, el más duradero y el que ha servido de parámetro teórico incluso para sistemas de derecho pertenecientes a la familia del civil law (Viveiros, 2011).

Entonces deviene sensato preguntarse ¿cómo hizo los Estados Unidos, en su origen, para instrumentar un modelo de control que limitaba a quien estaba encargado de hacer las leyes, ¿el Congreso norteamericano por caso y, además, le atribuye al poder judicial el control de la razonabilidad y legitimidad de la normativa emanada de aquel?

> Alfonso Celotto (2004), con autoridad, ensaya la siguiente respuesta: "el verdadero momento fundador de la moderna idea de la revisión constitucional se remonta a lo ocurrido en los Estados Unidos de América al inicio del siglo XIX, cuya Constitución de 1787 no preveía la posibilidad de un control semejante".

En febrero de 1803 la Corte suprema fue llamada a decidir una cuestión compleja y delicada (reconocida por el nombre de las partes en causa como "Madison contra Marbury"). El último día de su mandato presidencial, John Adams, del partido federalista, designó a 42 jueces de paz para el District of Columbia como "midnight appointments"; es decir encargos de media noche, como son todavía llamados estos nombramientos de último minuto. Después de algunos meses y sin haberse notificado los nombramientos de los jueces a los cuales se les había negado el nombramiento, entre los cuales se encontraba William Marbury, presentaron una instancia a la Corte Suprema para obligar al secretario de Estado Madison a notificar las designaciones pendientes, con apego a la sección 13 del Judiciary Act de 1789 que habilitaba a la Corte suprema a emanar órdenes a la administración (Celotto, 2004).

La cuestión era muy delicada. Si la instancia hubiese sido rechazada habría prevalecido la tesis republicana que negaba todo poder de la Corte sobre la administración; si en cambio la instancia hubiese sido acogida, el mandato a Madison de notificar las designaciones no habría de cualquier modo surtido efecto, en cuanto el secretario de estado había ya hecho notar que no las habría acatado (Celotto, 2004).

La solución ideada por el juez Marshall fue verdaderamente brillante. Después de haber antepuesto que las nóminas eran absolutamente válidas, censurando la omisión de la administración Jefferson, relievó que la Corte suprema no podía pronunciarse sobre esta vicisitud. No tenía la competencia en cuanto –he aquí el punto– la sección 13 del Judiciary Act (que habilitaba a la Corte suprema a emanar órdenes a la administración) se ponía en contraste con el artículo III de la Constitución, según el cual la Corte puede emanar mandatos y ejercitar jurisdicción sólo en segunda instancia, como juez de apelación (Celotto, 2004).

De tal modo, la Corte suprema, negándose a sí misma una competencia menor como la de impartir órdenes a la administración, se atribuía un poder mucho mayor: el control de la conformidad de las leyes a la Constitución, no previsto expresamente en la Constitución americana de 1787. Había nacido el control judicial sobre la conformidad de las leyes a la Constitución (Celotto, 2004).

III. CONCEPTO Y SIGNIFICADOS DE LA CONSTITUCIÓN

Sin haber agotado la cuestión del origen histórico del control de constitucionalidad de las leyes, nos introducimos en un área más central en esta particular investigación: indagar sobre el significado de una Constitución. "No nos olvidemos que lo que estamos interpretando es una Constitución", sostenía el Chief Justice John Marshall en 1819 al resolver el caso Mc Culloch vs. Maryland (18 US 316).

A. El concepto de Constitución

Pero en primer lugar y en todo caso ¿qué entendemos por Constitución?

> Aquí nos enseña Santiago (h) (2010) "que una de las tareas más arduas que se le ofrecen a un profesor de Derecho constitucional es explicar acabadamente qué es una Constitución".

Si tan solo la concibiéramos como la norma jurídica suprema que rige la vida de un Estado todo sería más sencillo y simple. Sin embargo, este planteo es marcadamente insuficiente y no nos permite hacernos cargo de toda la riqueza existencial a la que hace referencia el concepto de Constitución (Santiago (h), 2010).

Esa riqueza existencial está compuesta por elementos culturales, políticos, sociológicos, axiológicos, normativos, que han de ser tenidos en cuenta para comprender cabalmente lo que representa una Constitución (Santiago (h), 2010).

Captar lo que es y significa una Constitución no es tarea sencilla. Podemos decir que el concepto de Constitución puede referirse tanto a la norma jurídica suprema de un Estado (Constitución jurídica), como a la estructura de poder efectivamente vigente en el mismo (Constitución real).

La Constitución jurídica expresa la organización racional del poder prevista en el texto constitucional: la normatividad constitucional, el deber ser que contiene el plan y las reglas a las que ha de adecuarse el poder estatal. La Constitución jurídica, concebida como norma suprema, es el nuevo instrumento desarrollado por el derecho constitucional moderno, con el propósito de dar una mayor racionalidad y seguridad a la vida social. Es fácilmente reconocible porque contiene el texto sancionado por el Poder Constituyente en un momento determinado a través de una serie de actos (García de Enterría, 1985).

La Constitución jurídica es una ley escrita y suprema contenida habitualmente en un documento único, cuyo procedimiento de sanción y reforma difiere del de las normas ordinarias. Su contenido está referido a la organización básica del Estado y de los órganos de gobierno y al reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Cumple, además, una función de legitimación formal para el ejercicio del poder político, a la vez que ordena y configura el sistema jurídico y establece los procedimientos de creación de sus normas (Santiago (h), 2010).

Frente a la Constitución jurídica la Constitución real ha estado y seguirá estando presente en todo Estado y a diferencia de la Constitución jurídica no es fácilmente identificable y está sujeta a frecuentes cambios.

La Constitución real es aquella que se entiende como la organización efectiva de un sistema político.

> Como señala Loewenstein (1976), “una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios hacen de ella en la práctica (…) La cuestión fundamental sobre si se hará realidad la conformación específica del poder prevista constitucionalmente depende del medio social y político donde la Constitución tiene que valer”.

También se relaciona a la Constitución jurídica con la Constitución formal y la Constitución real se relaciona con la Constitución material.

> En la tipología elaborada por García Pelayo (1964), “la Constitución jurídica responderá a los cánones del modelo racional normativo que depende exclusivamente del documento escrito, supremo y rígido, por otro lado, la Constitución real se identificará con los conceptos histórico y sociológico”.

Ampliaremos la propuesta del propio Manuel García Pelayo (1964), "quien presenta los conceptos tipos como una estructura coherente que reposa sobre las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XIX y en las que estas aparecen como momentos integrantes de la unidad de cada concepto".

A.1 La versión racional normativa

Concibe a la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos (García Pelayo, 1964).

Sostiene la creencia de que el sistema de normas que están contenidas en la Constitución son capaces de regular de una vez y para siempre todo el esquema de organización que representa la vida del Estado. En este sentido significa una culminación del proceso de racionalización y planificación de la vida estatal. Crea un estado de derecho en el que rige la voluntad impersonal de la ley y no la voluntad del rey (García Pelayo, 1964).

Solo vale como Constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal burgués, aquello que establece una limitación de la actividad del Estado y de modo racional provee los medios orgánicos adecuados para su realización. Así, pues, no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne dos condiciones: a) la garantía de los derechos individuales y b) la división de poderes.

La constitución es escrita, pues solo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre.

Finalmente, con el propósito de evitar que la Constitución sea alterada por mayorías accidentales, excluye de ese cometido a los poderes constituidos confiriendo la facultad de su reforma al poder constituyente.

A.2 La versión historicista

El concepto histórico tradicional surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o dicho de un modo más preciso, como ideología del conservatismo frente al liberalismo. Es que la vigencia de la concepción racionalista del derecho —la constitución como categoría de la razón— triunfante en Francia bajo el movimiento iluminista en los siglos XVIII y XIX fue impuesto —los cañones de Napoleón mediante— como modelo pretendidamente universal a los otros pueblos europeos (García Pelayo, 1964).

La Constitución no es fruto del legislador porque no es producto de la razón, sino una estructura que es el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. Por consiguiente, la Constitución de un país no es

creación de un acto único y total, sino de actos parciales, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa (García Pelayo).

Por esa razón la Constitución no necesita ser escrita, al menos en su totalidad. Asimismo, las leyes fundamentales no son otra cosa que los títulos declaratorios de derechos anteriores, de los que no se puede decir, sino que existen, pues hay siempre algo en una constitución que no puede ser escrito.

El historicismo explica el presente en función de un pasado, y aduce que del ser de ayer debemos extraer el deber ser de hoy y mañana.

A.3 La versión sociológica

La Constitución, según García Pelayo (1964), "es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Entendemos por tal una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa relativiza la política, el derecho y la cultura a situaciones sociales".

El concepto sociológico realiza una doble oposición al racionalismo y al historicismo sobre estas bases: a) la Constitución es primordialmente una forma de ser y no de deber ser; b) la Constitución no es resultado del pasado; c) la Constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia "legalidad", rebelde a la pura normatividad e imposible de ser dominada por ella. Al ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse el deber ser; d) en fin, si en lo que respecta al derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez y la histórica sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia (García Pelayo, 1964).

En el constitucionalismo la noción preeminente —lo que no supone exclusividad y mucho menos infalibilidad— la tuvo y la tiene todavía la versión racional normativa, pero no obstante ello nos toca más que legítimamente el trabajo de buscar cuál de los conceptos presentados se adapta más a nuestra realidad o, lo que puede ser o parecer aún más pretensioso, indagar acerca de cuál de estos conceptos de Constitución es el verdadero.

Pero más allá de esta tipología particular reconocemos que la Constitución jurídica y la real están en permanente relación dialéctica influyéndose una sobre la otra. La Constitución jurídica mira y se orienta hacia la Constitución real a fin de intentar de configurarla y sin esta referencia carece de sentido (Santiago (h) 2010).

Frente a la Constitución -estatua- que permanece estática e inalterable y nos da siempre el mismo mensaje surge el concepto de Constitución viviente (living Constitución), que evoluciona y se adapta junto con el proceso político al que pretende regir, limitar y encauzar.

Creemos que este segundo modelo expresa mejor la realidad constitucional y la realidad que en ella cumple la Constitución. Este concepto es dinámico, pero no indeterminado el concepto al que nosotros adherimos porque nos permite comprender la interacción entre norma y realidad constitucional.

B. Significados de una Constitución

Según Santiago (h), los significados de una Constitución pueden estar en la siguiente clasificación tentativa:

-La Constitución como organización político-jurídica fundamental;

-La Constitución como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales;

-La Constitución como norma jurídica;

-La Constitución como instrumento eficaz de poder;

-La Constitución como carta de derechos fundamentales;

-La Constitución como instrumento de control de poder.

a) La Constitución es la organización político-jurídica fundamental de un Estado (Santiago (h), 2010). A través de ella la convivencia de una sociedad adquiere unidad y es capaz de integrar los elementos que constituyen el sistema político.

La complejidad de la vida social debe adquirir para el logro de sus fines y su permanencia en el tiempo, unidad, organicidad y racionalidad. Esto se consigue mediante el establecimiento de una Constitución que ordena el sistema de gobierno y formula las pautas para la convivencia social (Carter, 1992).

b) La Constitución es el acuerdo fundamental de las fuerzas políticas y sociales acerca de sus cometidos históricos, los valores de su convivencia y un programa de gobierno común de contenido necesariamente amplio (Alberdi, 1994).

Expresa la Corte Suprema de Justicia de la nación en este sentido el "agreements on fundamentals", o sea el acuerdo sobre el que se dará un amplio pluralismo de valores e intereses, propios de todo Estado democrático (CSJN, Fallos 315:71).

c) La Constitución es la *norma suprema* del Estado, cúspide de todo el ordenamiento jurídico que debe constituirse en un todo tanto procedimental y orgánico como en su contenido.

La decisión política adoptada de un modo soberano por el Poder Constituyente se expresa mediante técnicas jurídicas que asignan funciones, confieren atribuciones, reconocen derechos, prescriben conductas, establecen derechos y obligaciones concretas, fijan competencias y niveles competenciales, e imponen procedimientos (Barra, 1993).

Estos elementos son parte de la estricta juridicidad de la Constitución, aquella sobre la que se recuesta la supremacía y el control constitucionales o de constitucionalidad.

Por ello y exclusivamente en cuanto norma jurídica o texto legal, la Constitución tiene algunas características propias que la hacen totalmente diferente a las leyes comunes o a las leyes formales o a las demás leyes materiales que son parte o que forman un ordenamiento jurídico, entre las que sobresale claramente su carácter supremo o valor fundamental.

Toda norma o acto contrario a las disposiciones expresa o implícitamente mencionadas en el texto constitucional, por el mencionado principio de supremacía respaldado por el control de constitucionalidad deberán ser dejados de lado.

d) La Constitución es un instrumento eficaz de gobierno porque los poderes constituidos mediante su empleo han de resolver adecuadamente los conflictos y desafíos de la vida social y encaminarla hacia el logro del bien común (Santiago (h), 2010).

Este significado de la Constitución como instrumento de gobierno se relaciona estrechamente con la dimensión política de la carta magna y reviste tal importancia que Sagüés llega a afirmar, al pronunciarse por la necesidad de una "interpretación útil" de la Constitución, "porque ella es, prioritariamente, un instrumento de gobierno (Sagüés, 1989).

e) La Constitución es una carta de derechos fundamentales. Uno de los principios fundantes que caracterizaron al constitucionalismo en sus primeras versiones del siglo XVIII sobre todo en los Estados Unidos y en Francia.

Aquí vemos a la Constitución como un modo o un medio de proteger los derechos de cada uno de los ciudadanos, por ejemplo, frente al poder del Estado.

Pero también frente a actos de otros ciudadanos y de los grupos sociales.

La Constitución no solo es un orden formal sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres. Partiendo de este supuesto puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada, el Tribunal Constitucional (alemán) comprende y aplica nuestra Constitución como un orden de vida bueno y justo para los pueblos (Smend, 1962).

Nuestra Corte Suprema argentina ha tenido claras expresiones en este sentido, quizá el más destacable y/o reconocido sea este: "El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser objeto primordial de las leyes y la condición esencial de los fallos de la justicia federal (CSJN, Fallos 32:120).

f) La Constitución es (o debería ser) un instrumento de control del poder. Se pretende que las constituciones modernas, o simplemente las constituciones, encaucen el proceso político a través del régimen jurídico por ellas impuesto para lograr limitar el poder y las arbitrariedades estatales y no solo estas.

Esta dimensión de la Constitución es la que destaca Loewenstein (1976), "quien clasifica a las mismas en normativas nominales o semánticas en la medida de que hayan alcanzado ese fin primario de toda Constitución".

La Constitución normativa supone el caso en que sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ella. Es nominal aquella constitución que está en tránsito al normativismo. Se trata de una ley suprema que ya sea por falta de educación popular o por efectos del ambiente político no se acata aún en toda su latitud. Finalmente, el autor citado reputa como semántica a la Constitución que crea un circuito cerrado de poder y no tutela los derechos fundamentales del hombre (Loewenstein, 1976).

En el desarrollo de estos significados constitucionales apreciamos que la Constitución junto, y más allá de su valor jurídico, tiene una naturaleza política innegable que no puede ser desconocida por quienes utilizan este complejo y valioso instrumento de gobierno y de control del poder (Legon, 1943).

IV. EL DERECHO NATURAL Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN

La existencia del derecho natural y su relación con el derecho positivo es uno de los ejes centrales en el estudio de la ciencia y de la filosofía del derecho.

Comúnmente, alguien podría pensar que el derecho natural es solo objeto de la filosofía del derecho y el derecho positivo tema exclusivo de la ciencia jurídica, pero no es así; derecho natural y derecho positivo integran un único sistema jurídico que es analizado en sus causas próximas por la ciencia del derecho y en sus causas más profundas por la filosofía del derecho.

Aunque hay muchas cosas por indagar, las principales cuestiones podrían ser estas (Santiago (h), 2010):

- ¿Qué es el derecho natural?
- ¿El derecho natural es propiamente derecho?
- ¿Integra el derecho natural el sistema jurídico?
- ¿Cómo se relaciona con el derecho positivo?
- ¿Valora fundamentalmente a la Constitución como norma suprema del orden jurídico?

Tratamos de dar alcance y respuesta a los interrogantes planteados.

Por derecho natural entendemos la exigencia de justicia cuyo fundamento ultimo no se encuentra en la voluntad del hombre, sino que provienen de la dignidad de la persona humana y de la misma realidad de las cosas. Son exigencias que le vienen dadas al hombre y que este tiene el deber de respetar, desarrollar, determinar y completar (Hervada, 1987).

> Vigo (2016) sostiene que "El iusnaturalismo esgrime una juridicidad "dada" que el derecho debía ratificar o no infringir, esa juridicidad era "natural" en tanto podía leerse en la naturaleza humana o en cierto orden natural de las cosas que en el ámbito humano remitía a la razón y a la libertad."

Pero también aclara que frente a ese iusnaturalismo realista clásico aristotélico-tomista está el otro iusnaturalismo racionalista típico de los siglos XVII y XVIII que en definitiva posibilitó el proceso codificador que buscó convertir en derecho positivo ese derecho que la razón prescribe (Vigo, 2016). Con la sustitución del Estado de derecho legal (EDL) por el Estado de derecho constitucional (EDC), en palabras del citado Vigo, cosa que ocurre después de la segunda guerra mundial y que condena a sus jerarcas por cumplir la "ley" y violar el "derecho".

Se identifica aquí al "derecho" con los derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana propia de todas ellas y que fue mencionada al conceptualizar al derecho natural.

Por otra parte, ese "derecho", en este caso la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se consagrará como derecho fundamental y superior a la ley y cuya violación ´puede generar responsabilidades no obstante lo que disponga la ley. De ese modo se instituyen tribunales constitucionales con competencia para darle el valor fundamental que le corresponde a la prevalencia de la Constitución, el "derecho", por encima de la ley.

El arte o ciencia del derecho natural es una parte del derecho sin el cual el jurista es solo jurista a medias (Hervada, 1987).

V. NEOCONSTITUCIONALISMO: ALGUNAS PRECISIONES

Trataremos de desentrañar a que nos referimos cuando hacemos mención al neoconstitucionalismo, cuál es la novedad de este distinto y moderno término que hoy se transforma en una corriente de pensamiento que tendría su origen en el derecho consuetudinario europeo de los últimos cincuenta años.

El Estado de derecho constitucional "genera una teoría a la que se ha acordado en llamar -neoconstitucionalista-, siendo el denominador común de la misma explicar, avalar y promover el Estado constitucional de derecho (ECD) (Vigo, 2016).

Podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una concepción o teoría acerca de la realidad jurídica, y como una postura doctrinaria e institucional acerca de la misión que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional (Santiago (h), 2010).

Existen dos grandes tradiciones dentro del constitucionalismo como movimiento, la norteamericana y la europea. A esta última pertenece principalmente el neoconstitucionalismo.

Su origen histórico más inmediato está en las mencionadas elaboraciones jurisprudenciales de los primeros años del tribunal constitucional alemán luego de la sanción de la llamada Ley Fundamental de Bonn, aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar, principalmente, en Italia y España. Se trata, pues, de una corriente jurídica reciente en pleno proceso de consolidación (Santiago (h), 2010).

El neoconstitucionalismo tiene carácter parcial en relación con el constitucionalismo considerado en su totalidad: le interesa una de las partes de la problemática constitucional que es la relacionada con la protección de los derechos humanos.

Digamos que no le presta demasiada "atención" a la parte dogmática de la Constitución. Su meta primordial no es tanto limitar y controlar al poder, sino afianzar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos (Comanducci, 2002).

El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, justifica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neoconstitucionalismo interesa aún más a la filosofía del derecho y a quienes se ocupan de la teoría del derecho que a los propios constitucionalistas (Santiago (h), 2010).

El neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo y alienta el modelo de poder judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica (Comanducci, 2002).

No nos olvidemos que son los jueces quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes y de ahí que se remita al tema de cuál es la misión que aquellos deben cumplir en una democracia republicana.

El modelo institucional de poder judicial y de tribunal propio del neoconstitucionalismo es ya una corte o tribunal activista, no se atiende ya tanto a quién y cómo se decide sino "qué" se decide.

Los "jueces del neoconstitucionalismo" han acudido a las siguientes doctrinas:

-Carácter operativo de los derechos constitucionales;

-Utilización del principio pro-homine;

-Protección judicial de los derechos colectivos;

-Máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en el derecho a la no discriminación;

-Obligatoriedad de las pautas impuestas por los tribunales internacionales;

-Máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía de la voluntad;

-efectivización de los derechos sociales;

-ejercicio del control de convencionalidad (Sagüés, 2002).

Vigo (2016) señala que tanto desde el derecho constitucional como desde la filosofía del derecho "habrá que seguir de cerca la evolución de esta nueva corriente para realizar una lúcida tarea de discernimiento que potencie sus posibilidades a favor del aseguramiento de la dignidad de la persona humana".

VI. CONCLUSIONES

Desde distintos enfoques se ha logrado demostrar el valor supremo que tiene la Constitución en un Estado.

Desde los inicios se ha puesto en evidencia que el control de constitucionalidad resguarda, aunque desde una juridicidad plena y simple, el valor supremo de la Constitución.

El concepto de Constitución más utilizado radica en la versión racional normativa del concepto de Constitución en la tipología de García Pelayo (1964), pero además se reconoció que frente al texto constitucional per se hay un concepto de Constitución viviente que se muestra más evolutivo y se adapta permanentemente a aquel proceso político regido por ella.

Buscamos nociones filosóficas del valor supremo de la Constitución en el derecho natural y en la corriente del neoconstitucionalismo.

En el derecho natural se consagra como preeminente el derecho fundamental sobre la ley y ese derecho fundamental como se ha visto aquí no es otro que la Constitución.

La Constitución tiene varios significados, uno de ellos es el que le atribuye el neoconstitucionalismo. Uno de estos significados define a la Constitución como organización político-jurídica fundamental, como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales, como norma jurídica, como instrumento eficaz de poder, como carta de derechos fundamentales, como instrumento de control de poder.

Más allá de sus diversos significados y de su papel como elemento normativo supremo, hay un componente político de conocimiento obligatorio para los que utilizan la Constitución.

El neoconstitucionalismo, como corriente de interpretación del valor supremo de la Constitución, parece alentar un modelo de poder judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia, pero lo hace describiendo, justificando y explicando las consecuencias de tener en la Constitución el valor supremo.

El estudio del neoconstitucionalismo interesa aún más a la filosofía del derecho y a la teoría del derecho que a los propios estudiosos de la ciencia constitucional.

El control de la constitucionalidad y el valor supremo de la Constitución guardan estrechas relaciones con el neoconstitucionalismo y con el derecho natural porque se afirma la existencia de una instancia jurídica superior (la Constitución) desde la que se puede controlar la normativa emanada de los poderes constituidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERDI, Juan Bautista. 1994. *Bases y puntos de partida para la organización constitucional de la república argentina.* Plus Ultra

BARRA, Rodolfo. 1993. *La CSJN y la separación de poderes. Encuentros de cortes argentina y americana*

BEARD, Charles. 1913. *An economic interpretation of the Constitution of the United States.* Nueva York: MacMilan.

CARTER, Lief. 1992. *Derecho constitucional contemporáneo.* Buenos Aires: Abeledo Perrot

CELOTTO, Alfonso. 2004. *La Corte constitucional.* Bologna: Il Mulino

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico. *En Isonomia,* N°16, 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. 1985. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas

GARCIA PELAYO, Manuel. 1964. *Derecho constitucional comparado.* Madrid: Revista de Occidente

HERVADA, Javier. 1987. *Historia de la ciencia del Derecho Natural*. Buenos Aires: Eunsa

LEGON, Faustino. 1943. Anteproyecto de Constitución. Buenos Aires

LOEWENSTEIN, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución. Madrid:* 1976

MIDON, Mario. 2013. *Manual de Derecho Constitucional argentino.* 3° Edicion. Bs. As.: La ley

PRIETO SANCHIS, Luis. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madrid: Trotta

SAGÜES, María Sofia. Garantias del control de la inconstitucionalidad por omisión. En *Derecho Procesal Constitucional*, E. Ferrer Mac Gregor – coord. –, t. III. Mexico: Porrúa, 2002.

SAGÜES, Nestor Pedro. 1995. *Elementos de Derecho Constitucional.* Bs.As.: Ed. Astrea

- Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundacion Konrad Adenauer (KAS), Medellin, 1996.
- Derecho Procesal Constitucional, t.II, Buenos Aires: Astrea. 1989.

SANTIAGO (h), Alfonso. 2010. *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofia del Derecho.* Buenos Aires: Marcial Pons

SMEND, R. 1962. *Festvortrag zur Feier des Zehnjahyrigen,* Tribunal Constitucional Federal Alemán

VIGO, Rodolfo L *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3845l, consultado en 2016.

- Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones (En prensa)

VIVEIROS, Mauro. 2011. *El control de constitucionalidad: El sistema brasileño como sistema híbrido o dual*.. El Tesis doctoral. Madrid, p. 15

JURISPRUDENCIA

CSJN - Fallos 32:120 (1887)

CSJN - Fallos 315: 71 (1992)

U.S. SUPREME COURT - Mc Culloch vs. Maryland (18 US 316)



Picnic en las Montañas (1966)
Fernando Botero Angulo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5203

EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS E INTERAMERICANAS:VALOR DE PRECEDENTE E INTERPRETACIÓN VINCULANTE[1]

Javier García Roca[2]
Humberto Nogueira Alcalá

Universidad Complutense de Madrid, y
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad de Talca.

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN.

Necesitamos una *parte general* como en todo buen Derecho. Unas herramientas teóricas que puedan aplicarse en una *parte especial* donde se muestre el impacto de ambas jurisprudencias en algunos sectores concretos, para advertir cómo se reajustan los ordenamientos nacionales tras los pronunciamientos en ambos sistemas supranacionales. Nos ocuparemos pues en decantar las ideas de "impacto", "precedente" e "interpretación vinculante". El funcionamiento real responde a esa lógica, frente al diseño inicial en ambos convenios, centrado en las reparaciones de concretas violaciones de derechos de las víctimas. El impacto de las sentencias es hoy mayor, pues tienen una eficacia abstracta y general, *erga omnes*, y no sólo *inter partes*.

Las ponencias posteriores en este libro manejan un *método comparado* y cotejan las doctrinas del TEDH y la Corte IDH. Esta aproximación, tradicional en nuestro grupo de investigación, complicará las

1 Publicado en Javier GARCÍA ROCA y Encarna CARMONA (editores): *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana,* Thomson-Reuters-Aranzadi, Madrid, 2017.

2 Garcìa Pérez, Alan. ìaniversidad Complutense de Madrid

cosas, pero -esperamos- hará más ricas las conclusiones y cabos sueltos. Una aproximación comparada es posible, porque el catálogo de derechos en ambos sistemas es *homogéneo.* Puede que sean disímiles las medidas de reparación. Pero tampoco es lo mismo ejecutar una escasa veintena de sentencias en América que muchos cientos en Europa. También pueden ser diferentes las realidades sociales en los dos continente, pero sólo en ocasiones. Ha habido grandes matanzas y desaparecidos en Iberoamérica, pero no menos en el Kurdistán y en Chechenia. El Consejo de Europa ya no es sólo un club de elegantes democracias europeas. Estas diferencias no producen términos de comparación heterogéneos.

Existe además un *parámetro universal* del cual participan ambas protecciones regionales y que emana de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de un amplio conjunto de relevantes tratados internacionales sobre derechos que utilizan constantemente ambas Cortes (vid García Roca 2016). No deberían caber interpretaciones contradictorias, en ausencia de pasarelas entre ambos sistemas, para impedir la fragmentación del Derecho internacional (vid GARCÍA ROCA, NOGUEIRA y BUSTOS).

Los derechos fundamentales son un *case law* y se especifican en torno a concretos supuestos de hecho, mediante interpretaciones motivadas y fundadas en unos parámetros normativos predeterminados: sin hechos no hay normas sobre derechos (vid ARZOZ). Además, las disposiciones convencionales son muy abiertas, aún más que las constitucionales, y sus exégesis son inevitablemente constructivas de normas. El sometimiento a la literalidad de las disposiciones no siempre puede ser intenso. Son jurisprudencias movidas por una interpretación evolutiva (CANOSA, 2009) y rara vez originalista. Se orientan con unos principios elaborados por ambos tribunales, o trasplantados como ocurre con la proporcionalidad (GARCÍA ROCA, 2004 y 2014).

El diálogo en una *red global* de tribunales que garantizan derechos es uno de los métodos habituales de esta interpretación constitucional *secundum Conventionem*. Una aproximación amistosa a otras jurisprudencias. Decisiones en casos semejantes, que enjuician supuestos de hecho sustancialmente iguales, aplican normas análogas, desde una misma cultural global, común del constitucionalismo y la protección internacional de los derechos, permiten otorgar capacidad suasoria a los razonamientos de otros tribunales. El ejemplar artículo 30 de la Constitución de Sudáfrica establece que los órganos judiciales *"must consider international law and may consider foreign law"*. Una excelente cláusula constitucional de apertura, pues se abre no sólo al Derecho internacional de los derechos humanos –como la portuguesa, la española y muchas iberoamericanas- sino a un método comparado que es inherente a la naturaleza universal de los derechos antes que regional o local. Cuando las decisiones e interpretaciones son ampliamente compartidas como decisiones jurídicas responsables, la presencia de un *common background*, un consenso -continental o internacional- permite pensar al intérprete que pisa un basamento seguro. Por el contrario, cuando el intérprete se aísla y descuelga de ese conjunto de decisiones compartidas en la red y establece un estándar contrario habrá que reclamarle un redoblado esfuerzo de argumentación a causa de su solipsismo o tendencia al monólogo. El lenguaje de los derechos refleja la cultura ilustrada de la razón, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no debe tener fronteras, es universal.

2. ¿QUÉ QUIERE DECIR "IMPACTO"?

Estamos ante una noción ambigua y descriptiva. No es una categoría jurídica. No sabemos qué es, pero sí que existe. La expresión se ha impuesto en la doctrina escrita en inglés (pueden verse STONE SWEET y KELLER, GERARDS y FLEUREN, y un largo etcétera), menos preocupada por elaboraciones conceptuales precisas que la rica tradición metodológica romano-germánica y, por ende, europea. También se ha adoptado en Iberoamérica (Vid GARCÍA RAMÍREZ, SERNA, CORZO y otros…). La palabra no denota apenas nada en castellano, sin embargo, connota mucho. Pero ha acabado por incorporarse al *Derecho común* europeo y latinoamericano y ello nos obliga a estudiarla. El propio TEDH maneja el término en sus publicaciones.

Como primera aproximación, *"impact"* es una noción mucho más amplia e imprecisa que *"implementation"* que abarca tanto el "cumplimiento voluntario" como la "ejecución forzosa" de las sentencias. La relevancia del fenómeno en los ordenamientos internos se aprecia fácilmente con un *método inductivo*. Pero los resultados materiales de ese impacto, por su volumen, no se pueden resumir aquí, requeriría un tratado.

Ambos sistemas producen una constante y transversal *transformación* de los ordenamientos. Numerosas leyes han cambiado como consecuencia de su *influencia*. Los tribunales modulan y definen en su alcance, esto es, *interpretan* los derechos y las leyes de acuerdo con los *estándares* convencionales dictados por el TEDH y la Corte IDH. Cabe hablar de una interpretación consolidada y de una *eficacia de cosa interpretada*: una exégesis del Derecho nacional de conformidad con las obligaciones internacionales.

Las jurisprudencias de Estrasburgo y San José tienen pues un papel protagonista, dotado de autoridad y con capacidad para imponer sus decisiones interpretativas *(authoritative role)*. Los dos tribunales son los *intérpretes supremos* y finales de los derechos en ambos sistemas. Pero nadie tiene la facultad de decir "la última palabra", como se ha dicho por algunos filósofos, adoptando un marco que no es adecuado a la naturaleza del fenómeno. Un soberano en una red judicial es imposible, no hay jerarquía siquiera. Basta con estar familiarizado con la realidad en la construcción de las jurisprudencias para advertir la complejidad de los diálogos entre distintos sujetos en varios sentidos, y los constantes matices e influencias recíprocas. Es un debate abierto.

"Impacto" quiere decir pues *capacidad de transformar y armonizar* las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así como sus exégesis. Hablamos de una interpretación supranacional que se impone tanto por su *auctoritas*, en virtud de la capacidad suasoria que concede al juzgador adoptar una perspectiva más amplia y distanciada de los hechos, como por su *potestas*, su eficacia vinculante para los poderes públicos nacionales.

"Impacto" no es un término procesal. No se usa en el clásico Derecho procesal civil ni tampoco en el Derecho procesal constitucional, y el Derecho procesal convencional todavía no existe realmente en Europa y debe construirse a imagen y semejanza del constitucional, que es su único referente posible

(en el mismo sentido, VOßKHULE), sin desdeñar sus muchas especificidades que emanan de su origen y fundamento en el Derecho internacional. Es patente que ambas Cortes regionales desempeñan las mismas funciones que los tribunales constitucionales o supremos con competencias en la materia: amparo y control de normas sobre derechos. Por eso acudiremos a la idea de *vinculación* a las sentencias constitucionales, para explicar la eficacia de *cosa interpretada* de las sentencias convencionales (véanse los trabajos de QUERALT). Puede que en el ámbito latinoamericano el Derecho procesal convencional se encuentre más desarrollado, al partirse de la existencia de códigos de Derecho procesal constitucional en Perú, Costa Rica, y Argentina, entre otros.

Sin embargo, es preciso dar a la idea de impacto un contenido no estrictamente procesal. La noción debe delimitarse desde una perspectiva *garantista* para advertir su verdadera dimensión: la capacidad transformadora de esta jurisprudencia supranacional; y, al tiempo, *realista*. Incluye tanto los efectos políticos como los jurídicos, ya sean normativos o jurisprudenciales, y cualesquiera consecuencias directas o indirectas, mediatas o inmediatas. Hablamos de cualquier forma de recepción de la jurisprudencia regional para crear un emergente *ius commune;* lo importante es ese efecto transformador y, en ocasiones, armonizador (vid QUERALT), la europeización o americanización de los ordenamientos que produce una integración a través de derechos (GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ).

Este impacto doméstico debe predicarse de todo el *"sistema del Convenio" en Europa y de la CADH en el sistema interamericano,* las convenciones, el Convenio y los Protocolos adicionales y otros tratados y normas que forman el parámetro de decisión, y debe medirse tras evaluar todo tipo de resoluciones: sentencias, medidas cautelares, opiniones consultivas, etc. No hay razón alguna para establecer limitaciones si se trata de medir la capacidad transformadora e innovadora. En este mismo sentido, la muy oportuna *Human Rights Act* de 1998 en su artículo 2 establece que un órgano judicial debe tener en cuenta las sentencias, decisiones y opiniones consultivas del TEDH, las opiniones de la Comisión, y las decisiones del Comité de Ministros dictadas en ejecución de sentencias.

Debe asimismo traerse a colación el diálogo del TEDH con *otras instituciones internas* al Consejo de Europa como son el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT), el Defensor del Pueblo, o la Comisión de Venecia para la defensa de la democracia a través del derecho. El Tribunal de Estrasburgo se integra en el seno de una organización internacional, a diferencia de un tribunal constitucional aislado en su sede constitucional, y se aprovecha de ello. Así v.g. el incumplimiento por los Estados miembros de los informes y recomendaciones del CPT en materia de tortura a veces impulsa sentencias del TEDH sobre tortura y malos tratos. También el código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia ha tenido fuerte influencia en las regulaciones electorales nacionales y al motivar la jurisprudencia europea. Asimismo el Informe del Comisionado para los derechos humanos en su visita a la Federación Rusa de 2014 ha tenido influjo indirecto en la jurisprudencia: en la necesidad de salvaguardar las condiciones de vida en las prisiones, en el respeto de los derechos en las fuerzas armadas, en los derechos de las minorías nacionales y en otras cuestiones que los pronunciamientos europeos han abordado. Las relaciones entre todas estas instituciones producen sinergias. Algo semejante, pero

no igual, ocurre con la Corte IDH que participa en reuniones con los tribunales constitucionales y cortes supremas latinoamericanas en las que se producen diálogos informales. Ambas son formas de colaboración espontánea.

Como este objeto es muy amplio, nos centraremos en los *efectos de las sentencias*. ¿Qué debemos estudiar? GERARDS y FLEUREN han hecho una aproximación basada en un cuestionario detallado que se sometió a la respuesta de expertos de seis países. La metodología es útil, pero quizás no sea la más adecuada, pues si bien permite recopilar mucha información, no llega a construir unas categorías que nos orienten. Tanta exhaustividad quizás genere confusión. Nos hacen falta razonamientos generales. Pero usaremos igualmente ese método socrático de preguntas y respuestas.

2.1 ¿Tienen las disposiciones del CEDH para los tribunales efecto directo? ¿Son ejecutivas o directamente aplicables?

Se trata de indagar la implementación del Convenio por los tribunales nacionales. La posición en *rango normativo* del Convenio Europeo o la Convención Americana varía en cada ordenamiento, la solución depende de una opción de las normas constitucionales. Ambos tratados tienen rango constitucional en algunos Estados o incluso supraconstitucional. Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir expresamente la primacía de la CADH que le permite desplazar normas internas. Pero es rara en Europa donde es más habitual que posean simplemente una jerarquía superior a la ley. La supremacía material o de contenidos del Convenio, a la que lleva una interpretación conforme, no se traduce necesariamente en una supremacía formal sobre las normas constitucionales.

No obstante, las relaciones entre el sistema del Convenio y los ordenamientos nacionales son semejantes con independencia de su lugar en rango o jerarquía. Funcionan de la misma manera de cara a una *interpretación conforme* según imponen expresamente el artículo 16 de la Constitución portuguesa, el artículo 10.2 CE y muchas Constituciones iberoamericanas. Pero sí puede haber diferencias, según el rango interno de la Convención, de cara a la *inaplicación* de la ley nacional que la contradice en un control de convencionalidad difuso según exige la Corte IDH. La inaplicación de la ley inconvencional es un resultado inevitable si el Convenio o la Convención tienen más jerarquía que la Constitución, la misma, o, incluso infraconstitucional pero supralegal.

Ahora bien, las relaciones entre ordenamientos nacionales y convencionales no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía en el actual escenario de *pluralismo constitucional*. El Tribunal de Estrasburgo califica el CEDH como un "instrumento constitucional del orden público europeo". Una ordenación fundada en la jerarquía es un enfoque típico de la teoría escalonada del Derecho propia nada menos que del período de entreguerras. Un escenario obsoleto en el siglo XXI. Nos ocupamos de relaciones entre ordenamientos independientes, cuya validez no depende cada uno del otro, y no de meras ordenaciones entre fuentes del Derecho dentro de un ordenamiento (Cfr

BUSTOS, MACCORMICk). Ese es un frecuente error de perspectiva. La jerarquía no es siempre tan esencial.

La Convención Americana contiene un importante artículo 2° que determina el deber de los Estados de *adoptar cuantas disposiciones de Derecho interno* fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades. Una obligación que no se reconoce expresamente en el Convenio Europeo y, sin duda, potencia la eficacia de la CADH y las competencias de la Corte IDH al adoptar *medidas de reparación integral* (Ver FERRER MAC GREGOR y PELAYO MOLLER, 2012a). Las medidas generales que la Corte IDH establece, implican el correlativo deber de adecuar el Derecho interno desde el propio texto constitucional hasta la última disposición administrativa. Los ordenamientos jurídicos internos deben asegurar los derechos convencionales y sus garantías: los estándares mínimos convencionales. Por encima de los mismos, eso sí los Estados tienen la libertad de asegurar mayores estándares y garantías, desplazando a los convencionales con una *protección más intensa*.

Las *disposiciones normativas* tanto del CEDH como de la CADH tienen pues efecto directo o aplicación directa. Pueden, sin embargo, distinguirse los países donde su recepción es automática y simplemente se exige la publicación oficial (es la situación más general en Iberoamérica), de aquellos otros (más raros) donde se exige un acto normativo interno de recepción especial por ley (Reino Unido). Pero los tratados internacionales una vez incorporados son normas internas, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad. Por todo ello, el CEDH o la CADH tienen eficacia directa: son Derecho interno para los Estados parte.

Las sentencias de la Corte IDH o del TEDH deben gozar de la misma eficacia directa que ambos Convenios. No hay razones para disociar su eficacia de la propia de las normas convencionales. Una legislación que regule su implementación puede ser aconsejable para revisar sentencias firmes, pero no es imprescindible (ver la ponencia de Landa y Arangüena). Eficacia directa y efecto útil deben reclamarse como características del sistema tanto en normas como en jurisprudencia. No existe fundamento normativo para otra cosa.

Sin embargo, las sentencias del TEDH tienen fuerza vinculante (legaly binding) pero no son directamente ejecutivas (self-executing). Este es el problema. La cuestión ha tenido una intensa evolución que no se refleja todavía en la literalidad de las disposiciones escritas del Convenio Europea, y no es probable que se reforme a la vista de la situación europea y en especial en el Reino Unido (vid la estudio en este libro de GARCÍA ROCA, DALLA VÍA y GARCÍA VITOria). El texto ha sufrido una mutación y ya no es el mismo de 1950 sino otro distinto. Otro tanto ocurre con la Convención Americana. Conviene primero advertir que es mejor razonar fuera del marco tradicional en español entre sentencias "declarativas" y "constitutivas. Los argumentos deben partir directamente de las normas convencionales. El artículo 46.1 CEDH reconoce la eficacia vinculante *(binding force)* de las sentencias para los Estados miembros sólo cuando *"hayan sido partes"*. Se comprometen entonces a acatarlas como consecuencia del respeto a las obligaciones internacionales que emanan

del Convenio. Algo semejante ocurre con las sentencias de la Corte IDH al constituir obligaciones de resultado, siendo el fallo "definitivo e inapelable" (artículo 67), y comprometiéndose los Estados a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes (artículo 68). Pero tampoco es ya sólo así. El Tribunal Europeo y la Corte IDH aplican sus precedentes con total indiferencia sobre los Estados demandados y extienden sus efectos a cualesquiera supuestos de hecho análogos. Pues es una misma la razón de decidir: la interpretación del derecho.

Pero las sentencias convencionales a veces no son *directamente aplicables*. "Vinculante" no siempre quiere decir "directamente aplicable". Su eficacia y cumplimiento reclama a menudo de otras *decisiones judiciales interpuestas* para poder ser aplicadas v.gr. para poder revisar una sentencia firme y readmitir a quien fue despedido de manera inválida, o para liberar a un preso, anular su condena y declarar su situación de libertad personal. Sin embargo, obligan a los poderes públicos internos a implementarlas y, en particular, a los tribunales desde una leal voluntad de cumplimiento. Los órganos judiciales internos son instrumentos de ejecución de ambos Convenios.

Así es ejemplar la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la **Audiencia Nacional** española en un Auto (nº62/2013, de 25 de octubre) dictado en el célebre **Caso Parot.** Se recordó que "el CEDH es ley" e integra el ordenamiento jurídico y que *"sujeción a la ley significa sujeción al Convenio"*. Advirtió la Sala que el antiguo debate sobre el valor declarativo de las sentencias del TEDH había quedado superado por la jurisprudencia y por el Protocolo 14 que reforzó la obligación de acatar ex artículo 46 CEDH y de ejecutar las resoluciones. Con apreciable garantismo, se añadió que la falta de mecanismos legales de ejecución "no implica que la obligación internacional decaiga por inejecutabilidad". Concluyó que había *cosa interpretada* y extendió los efectos de la **sentencia del Río Prada contra España** (STEDH de 21 de octubre de 2013) a otros penados en la misma situación, comenzando a liberar algunos presos de ETA en análoga situación que la recurrente, al haberse aplicado a todos ellos una interpretación retroactiva de la ley penal por el Tribunal Supremo declarada contraria al Convenio. Este es el modelo de cumplimiento.

En América Latina, las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH pueden (artículo 2 CADH) *ordenar a los Estados dejar sin efecto una sentencia interna* con autoridad de *cosa juzgada,* si es considerada la causa de una vulneración de derechos, careciendo el fallo de efectos desde el inicio. Así se determinó en el **Caso Almonacid Arellano vs. Chile,** de 26 de septiembre de 2006. En aplicación de dicha sentencia, la **Corte Suprema de Chile** ordenó a la justicia militar el desarchivo del expediente y su envío a la Corte de Apelaciones de Talca, dejando sin efecto su propia sentencia que había transferido la competencia a la justicia militar, y la posterior sentencia que había determinado el sobreseimiento definitivo aplicando el decreto-ley de amnistía. Retomado el caso por la Corte de Rancagua, debió investigar los hechos, determinar el responsable del homicidio y condenarlo. Una sentencia de la Corte Suprema le pues anulo su sentencia firme en aplicación de las medidas impuestas en una sentencia de la **Corte IDH.**

En Europa, venimos advirtiendo desde hace tiempo que debe introducirse un *recurso de revisión o reexamen* –su naturaleza es diversa pero semejante- frente a sentencias firmes como consecuencia de las decisiones de Estrasburgo, tal y como recomienda el Comité de Ministros en varias de sus resoluciones y han hecho ya la inmensa mayoría de los Estados (ver Arangüena). La presencia de un instrumento procesal específico es muy importante, pues las sentencias del TEDH no anulan directamente las sentencias nacionales, como sólo podría hacer en Europa un tribunal constitucional. Esta es una diferencia importante. Finalmente, se ha optado en España en 2015 por adoptar el cauce de la revisión, aplicándolo en todo tipo de procedimientos ordinarios, no obstante, las reformas se han diversificado en varias leyes. Actualmente, se puede solicitar la revisión de una resolución judicial firme por quien hubiera sido demandante ante el TEDH cuando éste haya declarado que fue dictada en violación de alguno de los derechos del sistema del Convenio y, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo. Esta parece ser una situación general en Europa.

A menudo, la implementación de una sentencia convencional puede asimismo reclamar una *modificación reglamentaria, legislativa o incluso una reforma constitucional.* De todas estas situaciones hay buenos ejemplos en los dos continentes. La vinculación a las sentencias del TEDH y de la Corte IDH se predica de todos los poderes públicos y no sólo de los órganos judiciales. La jurisprudencia de la Corte IDH precisa la obligación de los Estados, a través de todos sus órganos y autoridades, de concretar el control de convencionalidad (HITTERS, 2012; GARCÍA RAMÍREZ Y ZANGHI, 2012; IBAÑEZ RIVAS, 2012; TANZARELLI, 2009).

Recordemos que la Corte Interamericana ha señalado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos están sometidos al mismo, lo cual les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto. *El control de convencionalidad* será objeto de un tratamiento comparado en este libro colectivo en el trabajo de FERRER MAC-GREGOR y QUERALT al que reenviamos, pero existen muchos estudios doctrinales (v.gr BAZÁN, 2010 y 2012; FERRER MAC-GREGOR, 2012; NOGUEIRA, 2013; PINTO, 1997; SAGUÉS, 2011, CANOSA, 2016). Baste con recordar, para seguir avanzando, los siguientes ingredientes de ese control. Todos los órganos de los Estados están obligados a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de disposiciones de Derecho interno, a tal fin, deben efectuar un control de convencionalidad de las normas. Deben realizarlo los jueces y los demás órganos estatales *ex officio,* otorgando a ese control un efecto útil que no sea anulado por la aplicación de leyes contrarias a su fin. Es preciso tener en consideración el tratado y la interpretación del mismo realizada por la Corte Interamericana que posee competencia como su intérprete final (artículo 62. 3 CADH). El control se ejerce dentro de las respectivas competencias de cada órgano y según las regulaciones procesales vigentes, así como teniendo en cuenta no sólo la Convención sino el *corpus iuris* vinculante (artículo 29. d] CADH). Finalmente, es necesario que las interpretaciones, judiciales y administrativas, y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención.

2.2 ¿Hasta qué punto el CEDH y la CADH crean derechos subjetivos? ¿Aprueban los parlamentos medidas legislativas para dotarles de eficacia general? ¿Pueden ordenarlas los tribunales?

Los derechos del CEDH y la CADH son auténticos *derechos subjetivos,* reconocen facultades jurídicas que permiten a sus titulares actuar libremente de la manera más conveniente para el libre desarrollo de su personalidad. No son una declaración de genéricos principios y bienintencionados deseos típicamente internacionales. Los dos sistemas permiten condenar a un Estado parte por violar los derechos de los sometidos a su jurisdicción. El derecho subjetivo de la persona nace del reconocimiento en la norma convencional y del interés jurídico protegido, ligado a su dignidad humana y a unos valores que son fundamento del ordenamiento nacional, tanto como de la obligación internacional de los Estados de respeto y garantía de los derechos, contrapartida del derecho subjetivo. También se asienta en el deber general de los Estados (artículo 2 CADH) de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos de acuerdo con las medidas de reparación que la Corte IDH puede dictar.

Debe resaltarse, sobre todo, *el derecho al amparo de los derecho*s ante la respectiva Corte regional como ingrediente central en la construcción de unos auténticos derechos subjetivos. *No right without a remedy.* Unos remedios jurisdiccionales directamente accionables a instancia de cada sujeto afectado o por sus familiares. El *direct acces* europeo posee morfología de amparo constitucional. No obstante, aquí existen conocidas diferencias en las dos regiones, pues mientras este derecho se ejerce por los justiciables directamente ante el TEDH desde la reforma del Protocolo 11, en el ámbito latinoamericano, pasa por el tamiz de la Comisión Interamericana. Una instancia prejudicial con competencia para lograr un acuerdo entre las partes enfrentadas antes de que la controversia llegue ante la Corte, así como para seleccionar los asuntos relevantes.

Las dos Convenciones regionales tienen, por otro lado, *cuerpo de tratado y alma de constitución.* En el caso europeo, algunos de los derechos del CEDH vienen además protegidos por la *primacía del Derecho de la Unión* en virtud de su recepción en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Una situación que se ha caracterizado mediante la teoría de la *triple naturaleza* del Convenio Europeo (GARCÍA ROCA, 2004). Las dos primeras dimensiones pueden igualmente predicarse de la CADH, pero no la tercera.

Los derechos subjetivos convencionales –estimamos- tienen *naturaleza fundamental*, pues están tan ligados a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como los derechos constitucionales, y son en esencia los mismos. La positivación de los derechos fundamentales no se hace sólo en nuestros días en las constituciones, puede también hacerse en el CEDH o la CADH y, con mayor claridad, en la CDFUE, que posee primacía sobre las normas constitucionales como todo el Derecho de la Unión. No es casual que expresamente se llamen allí "fundamentales", pese a no ser dicha Carta formalmente una constitución. Esta expresa calificación revela que la materia es

típicamente constitucional, con carácter general y con independencia de las disposiciones formales que las acojan, y goza de una supremacía material y en algunos lugares formal.

En sentido contrario, algunos piensan que cláusulas constitucionales de apertura como el artículo 10.2 CE y otras análogas en Iberoamérica no permiten *"crear"* o adicionar derechos fundamentales sino solamente *"interpretarlos"*. Así se ha razonado incluso por la propia jurisprudencia constitucional española (vid la **STC 105/2011, de 29 de septiembre**).

Pero esta distinción (crear/interpretar derechos) tiene algo de artificio o sofisma: una razón falsa con mera apariencia de verdad. Pues los derechos no surgen hasta su proceso de especificación en torno a hechos (vid ARZOZ): interpretar y crear son fases de un mismo fenómeno que no pueden disociarse totalmente ante cláusulas convencionales muy abiertas, situaciones de hecho muy dispares y en permanente evolución mediante cambios culturales y tecnológicos. Esa no es una descripción adecuada del funcionamiento real de ambos sistemas sino un juicio académico apriorístico y errado. Las normas sobre derechos no pueden interpretarse literalmente y menos aún las presentes en ambos Convenios, pues se impediría una jurisprudencia *tout court.* Los derechos convencionales son también derechos fundamentales de las personas, e interrelacionan constantemente con los derechos reconocidos en las constituciones hasta resultar harto difícil disociarlos dentro de un case law.

A mayor abundamiento, ¿Cuál es la diferencia entre un *derecho nuevo* y un contenido nuevo de un derecho viejo alcanzado mediante su exégesis (ver REY)? ¿Por dónde discurre esta delgada línea roja? ¿Ese supuesto dique frente a una cláusula aditiva? Basta leer las jurisprudencias para hallar infinidad de contenidos de los derechos convencionales que no están expresamente determinados en las constituciones nacionales o sólo se contemplan de forma inmanente e indirecta. Así p.ej. el Tribunal Constitucional español tuvo que modificar su jurisprudencia y encontrar un anclaje constitucional al derecho a la defensa frente a *contaminaciones acústicas*, a caballo de varias normas constitucionales y en realidad de ninguna, para incorporar esta nueva garantía que el TEDH incluye dentro de la amplísima cláusula del derecho a la "vida privada y familiar", que no coincide en sus contornos con la idea constitucional de intimidad, más reducida.

La perspectiva es diferente en América Latina, porque la inmensa mayoría de las constituciones tiene una *claúsula de derechos implícitos* o no enumerados, y las pocas constituciones que no la tienen, entra por vía del artículo 29, literal c) CADH. En el caso Chileno y Colombiano, sus cortes constitucionales han reconocido el *derecho a la identidad.* El Tribunal Constitucional chileno ha asegurado también el derecho a la *información* y el derecho a la *tutela judicial efectiva,* por señalar ejemplos de derechos no asegurados explícitamente por los textos constitucionales ¿Es esto una interpretación o una creación de un nuevo derecho ex artículo 10.2 CE o ex artículo 5° inciso 2° de la Constitución chilena?

Por consiguiente, adviértase que las normas convencionales y sus exégesis contribuyen a *actualizar*

constantemente las normas constitucionales. Ésta es una de sus más relevantes funciones. Las declaraciones constitucionales contienen un *numerus apertus* a estos Convenios en un sentido análogo al que recoge el artículo 29.c] CADH. La vieja polémica de los padres constituyentes estadounidenses adquiere hoy una nueva dimensión internacional. La jurisprudencia europea y la iberoamericana mantienen al día y actualizan los catálogos constitucionales de derechos mediante la inclusión de derechos implícitos o no enumerados.

Ha habido en los países europeos y latinoamericanos numerosas *reformas legislativas* impulsadas por las sentencias del TEDH y la Corte IDH, pues así lo impone la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos convencionales. Este dato normativo confirma la *vinculación del legislador* nacional a los derechos fundamentales de ambas Convenciones. Asimismo, el legislador nacional no puede violar el *contenido esencial* de los derechos convencionales. La vinculación de los legisladores nacionales a los derechos convencionales y la obligación de respeto a su contenido esencial evidencian la naturaleza fundamental de esos derechos.

Mencionaremos tres ejemplos en el caso español. La creación de juzgados de lo penal separados de los de instrucción, frente a la tradición, para asegurarse de la imparcialidad objetiva del juzgador. La reforma de la LOTC para dar audiencia a las partes en el proceso constitucional iniciado por una cuestión de inconstitucionalidad frente a una ley singular y salvaguardar el principio de igualdad de armas en el proceso. La modificación por una norma reglamentaria del régimen de la seguridad social para permitir el acceso de pastores protestantes de la iglesia evangelista evitando discriminaciones con la Iglesia Católica.

En el caso chileno, tras la sentencia de **la Corte IDH, Olmedo, Bustos y otros contra Chile, de 2 de febrero de 2001,** el Caso de "La última tentación de Cristo", se debió modificar el artículo 19. 12, inciso final, de la Constitución que posibilitaba la censura cinematográfica para adultos, y la legislación al respecto, y asimismo se incluyó, en el apartado 25, un nuevo derecho, la libertad de crear y difundir las artes. Es notorio que la nulidad de las leyes de autoamnistía en casos de crímenes de lesa humanidad ha significado reformas legislativas en diversos países de América Latina y, en otros, la inaplicabilidad judicial de tal legislación. Las muestras son numerosas en los dos continentes

Tampoco cabe dudar de que los tribunales constitucionales y otros órganos judiciales supremos tengan facultades para dictar una *sentencia de recomendación legislativa* con el fin de coadyuvar a implementar una sentencia convencional. En España, el conocido **Caso Fuentes Bobo (STC 197/2006, de 3 de julio)** evidenció la necesidad de que el legislador modificara el recurso extraordinario de revisión de sentencias firmes ante la jurisdicción laboral –que sin embargo ha tardado una década en introducirse-, para que las sentencias de Estrasburgo operen como un documento donde se expresen hechos nuevos a efectos de revisión de sentencias firmes. Nos parece que puede leerse como una sentencia de recomendación legislativa implícita.

Con mayor claridad, el **Tribunal Constitucional de Chile, Caso Eichin, de 6 de mayo de 2014,** reconoció el carácter de interprete auténtico de la Convención a la Corte IDH, y determinó que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense, y que el ordenamiento jurídico debe adecuarse a los estándares internacionales. Tal perspectiva fue complementada por la sentencia del **Tribunal Constitucional 2492-13 de 2014,** que exhorto al legislador a aprobar una ley y recordó que, a ocho años de la sentencia de la Corte IDH que condenó al Estado de Chile, aún no se han habían realizado los cambios necesarios. El caso ilustra que la implementación de la jurisprudencia convencional por los legisladores suele hacerse con distintos ritmos y diligencias y reclama un trabajo judicial en red.

Otro problema muy ligado es que se siguen disociando en exceso los **controles de constitucionalidad –la sanción de las omisiones legislativas- y de convencionalidad** en vez de superarse sus delgadas fronteras mediante intersecciones y la oportuna previsión de normas de procedimiento adecuadas. Pero su compleja fusión, como previsible escenario en un futuro mediato, la plena europeización y americanización de las jurisdicciones constitucionales, no puede ser abordada aquí por su complejidad.

2.3 ¿Se ha producido la inaplicación de la legislación nacional?

No tenemos constancia de supuestos de inaplicación de la ley en España derivados del sistema del Convenio. No es una situación frecuente. ¿Sería posible? En muchos países europeos, no se reconoce expresamente la *primacía* del CEDH, según ocurre para las normas de la Unión, y a diferencia del *principio de preferencia* que se establece para los tratados sobre derechos en la Constitución de Brasil y en otros países latinoamericanos. Pero podría hacerse.

Desde luego, *lege lata*, si el Convenio en cuanto tratado tiene rango constitucional, o superior, o incluso infraconstitucional pero supralegal, el órgano judicial nacional debería aplicar el tratado con preferencia a la ley en supuestos de antinomias o contradicciones normativas. La Ley española 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, resuelve la incógnita en este mismo sentido (artículo 31) recogiendo expresamente la prevalencia de los tratados frente a las leyes. Un principio que CANOSA (2016) considera inmanente y, en consecuencia, extrapolable a otros países.

En efecto, en Derecho comparado, la inaplicación judicial del Derecho nacional no puede negarse. Así ocurre claramente en los países europeos donde el CEDH tiene rango de constitución de hecho o de derecho (vid MARTINICO). En Holanda (artículos 91, 93 y 94 de la Ley Fundamental), se reconoce la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno al tratarse de un verdadero sistema monista; en el último de esos preceptos, se establece que las normas legales no pueden aplicarse si están en conflicto con las previsiones de los tratados internacionales por su carácter vinculante. Esta

cláusula obliga al control de convencionalidad. En Austria, se ha reconocido -de hecho- carácter constitucional al CEDH y los conflictos entre la Constitución y el CEDH se gobiernan por el principio *"lex posterior derogat legi priori"* (KELLER y STONE SWEET). En Bélgica, algunos académicos consideran los dos Derechos europeos como superiores al nacional (MARTINICO siguiendo a POPELIER). En Luxemburgo, los tribunales confirman el carácter directamente aplicable (*self-executing*) de las normas del Convenio (de nuevo, MARTINICO). En los países escandinavos, se contempla el CEDH como *lex superior* en la práctica judicial, pese a las escasas bases normativas para ello. Algo ha ido cambiando pues en muchos ordenamientos europeos incluso basándose en previsiones constitucionales que no son muy explícitas. Pero no en todos.

En el ámbito interamericano, las constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan rango y fuerza constitucional a los tratados de derechos humanos como ya hemos analizado en "El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos" (GARCÍA ROCA, NOGUEIRA y BUSTOS). Se habla incluso de un *bloque de constitucionalidad* o bloque constitucional de derechos (MANILI 2003; NOGUEIRA ALCalá, 2015; OLANO GARCÍA, 2005; RAMELLI, 2004; REY CANTOR, 2006; UPRIMI Yepes, 2007; VERGARA CORTÉS, 2000; y el estudio de FERRER MAC-GREGOR y QUERALT en este libro). La jerarquía constitucional de la Convención Americana se reconoce frecuentemente en las Constituciones latinoamericanas (Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Venezuela, etc.). Incluso se ha defendido, desde la perspectiva doctrinal, la interesante idea de una *"constitución convencionalizada"* (SAGUÉS, 2009). En Chile, el art. 5° de la Constitución, inciso 2°, determina la limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos esenciales garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados. En Brasil, ya hemos dicho, que se reconoce la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos (art. 5°). También se han introducido en la región *cláusulas interpretativas* que reconocen principios -como la progresividad, y el *favor homine o favor persona*- que están reconocidos en el artículo 29 b] CADH y en diversas constituciones en forma expresa, entre ellas, México y Venezuela. El escenario latinoamericano para la inaplicación judicial parece tener mayores bases normativas que el europeo. Pero no por ello deja de ser una decisión menos arriesgada y la prudencia en los comportamientos judiciales parece aconsejable.

En la realidad, las *contradicciones normativas* no son frecuentes en Europa y suele bastar con acomodar la ley nacional mediante una interpretación judicial conforme que tenga un alcance corrector de algunas aristas lesivas de derechos. No resta un gran espacio para la inaplicación judicial. La situación parece diversa con el Derecho de la Unión, mucho más reglamentista y con un escaso margen para la acomodación de la ley nacional por vía exegética, y donde sí se producen inaplicaciones por ejemplo en materia tributaria. Pero las normas y la jurisprudencia convencional europea sobre derechos son mucho más elásticas o dúctiles y esto hace casi siempre posible una interpretación correctora.

2.4 ¿Se realiza una interpretación conforme al CEDH y la CADH?

Es el escenario habitual en ambos continentes. En España se hace frecuentemente por el Tribunal Constitucional (según ha estudiado QUERALT) y por los tribunales ordinarios y lo mismo en otros países europeos. Es una situación creciente. El juicio de convencionalidad suele agotarse en una interpretación doblemente conforme a la Constitución y al CEDH: una interpretación constitucional *secundum Conventionem.* Nos preguntamos si no podría bastar también en Iberoamérica. Una interpretación correctora "hasta donde sea posible" podría a menudo ser suficiente como mecanismo de control de convencionalidad. Así la *Human Rights Act*, que incorporó el Convenio al Reino Unido en 1998, impuso la necesidad de interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad con el Convenio, *"so far is it is posible"*. Una obligación de leer sus preceptos y darles eficacia de una manera compatible con los derechos convencionales (artículo 3). Este mandato legal está en la naturaleza de las cosas. Pero el alcance de una interpretación conforme debe detenerse allí donde la literalidad del precepto legal lo impide. No resta entonces otra salida que la inaplicación judicial en los supuestos de insalvable contradicción. Más debe ser una última posibilidad tras intentarse una interpretación conforme.

En el ámbito interamericano, existe la obligatoriedad, en virtud del control de convencionalidad, de desaplicar el derecho interno (leyes, reglamentos) y aplicar preferentemente el corpus iuris interamericano y no sólo la CADH, como ha señalado la Corte IDH, en base al artículo 29.d] de la CADH, si la norma interna está bajo el estándar interamericano y así lo determina la Corte IDH en sus sentencias a través de las medidas de reparación integral.

La sentencia de la Corte Suprema chilena, n° 9031- 2013, de 9 de noviembre de 2013, reconoció que el control de convencionalidad constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción por todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores; la consecuencia es la obligación de observar los derechos previstos en la Constitución, los tratados internacionales, el Derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens,* dando aplicación directa a sus disposiciones, y profundizando en sus contenido mediante una interpretación adecuada.

2.5 ¿Se usa el Derecho de la Unión como vehículo para revisar la compatibilidad de la ley nacional con el CEDH?

En Europa existen dos Derechos: el de la Unión Europea, en el que se engasta el Tribunal de Justicia (TJ), y el del Consejo de Europa, donde se ubica el TEDH. ¿Están los órganos judiciales aplicándolos de la misma manera? No parece sea posible.

El **Tribunal Constitucional español, Caso Melloni, STC 26/2014, de 13 de febrero)** de puso en conexión el Derecho de la Unión con la jurisprudencia del TEDH creando una pasarela, y otro tanto han hecho otros tribunales como la Corte Constitucional italiana. Ahora bien, la respuesta del TJ fue establecer límites, con prudencia, a los automatismos en las pasarelas entre ambos sistemas

europeos (vid los trabajos de MARTINICO), oponiéndose a tratarlos de igual manera.

El **Tribunal de Justicia de la Unión, Caso Akberg Fransson (TJ, C-617/10),** confirmó que los efectos del Convenio Europeo y sus relaciones con los ordenamientos de los Estados no están regidos por el Derecho de la Unión, o lo que es lo mismo, los conflictos entre los derechos allí garantizados y los reconocidos en las normas nacionales. Algo que ya se había dicho en el **Caso Kamberaj (TJ, C-571/10)** a instancias de un tribunal de Bolzano. El juez nacional no puede pues invocar el artículo 6.3 del Tratado de la Unión, que reconoce al CEDH formar parte del Derecho de la Unión como principios generales, para aplicar el Convenio Europeo directamente y dejar de aplicar el Derecho del Estado en caso de un conflicto normativo. Mucho no tememos –como señala MARTINICO- que la solución no es tan sencilla, que los principios tienen una eficacia informadora y más sutil, y que el escenario es más complejo a como el TJ lo simplifica y advierte.

El episodio más censurable es el pronunciamiento del TJ respecto del **proyecto de adhesión de la Unión al CEDH en el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre.** Una decisión muy formalista que abre un compás de espera al pedir que se corrijan algunas –supuestas- insuficiencias de dicho proyecto. La adhesión de la Unión al Convenio está detenida tras este veto judicial que complica sobremanera las relaciones entre ambos ordenamientos europeos sobre derechos sin aportar soluciones. Parece que debemos seguir por el momento en una vía binaria de integración como criticamos hace tiempo (vid GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ, 2009).

No obstante, el Derecho de la Unión asume muchas de las garantías derivadas de la jurisprudencia del TEDH al codificarlas en su legislación que sirve de vehículo para su posterior transposición en los ordenamientos nacionales.

La situación del CEDH del Consejo de Europa no es pues la misma que la del *Derecho de la Unión* donde se reconoce expresamente su primacía sobre el Derecho interno incluso de rango constitucional. Pese a cuanto precede, algunos jueces nacionales tienden a intentar pasarelas o carambolas y a reconducir el Convenio al segundo escenario para impedir indefensiones o violaciones de derechos. No creemos que pueda reprocharse esta actitud garantista y desprovista de rigorismos.

2.6 ¿Cuál es el impacto de las sentencias supranacionales en el proceso de decisión judicial en cada país?

¿Se refieren los tribunales nacionales a las sentencias de ambos sistemas? ¿Cumplen las sentencias en que el Estado ha sido parte? ¿Y cuándo no lo ha sido? ¿Tratan de adaptar su jurisprudencia? El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional españolas se refieren con habitualidad a las sentencias europeas. Ha costado persuadirles de esta obligación, derivada de una cláusula constitucional como es el artículo 9.2 CE y de las obligaciones internacionales expuestas, pero son de tiempo en tiempo más frecuentes las referencias a la jurisprudencia europea.

Tampoco parece que en España se hayan diferenciado las dos situaciones que hemos desaconsejado disociar: cuando el Estado es parte demandada o simplemente es un Estado miembro de un sistema colectivo. Las sentencias europeas se han cumplido razonablemente, preferentemente las primeras, sin grandes resistencias, y las jurisprudencias se han ido acomodando mediante interconexiones.

En el ámbito interamericano, cada vez hay más países que asumen las medidas de reparación integral que determina la Corte IDH en sus sentencias. Así ocurre en materias como son: el reconocimiento de responsabilidad en actos públicos desarrollados por autoridades judiciales, gubernativas y administrativas; los pagos de reparaciones económicas; o la obligación de dejar sin efecto sentencias judiciales lesivas de derechos. Existe mayor lentitud por parte del legislador a la hora de retirar del ordenamiento aquellas leyes consideradas contrarias a los estándares convencionales. Por el contrario, los órganos judiciales, constitucionales y superiores, suelen ser más diligentes al adecuar sus criterios a los estándares fijados por la Corte IDH y cumplir sus fallos. La red judicial de diálogo parece más diligente que la cooperación legislativa.

Hay otros países –pocos- que han mostrado *resistencias al cumplimiento* de las sentencias de la Corte IDH. Así Perú durante el gobierno autoritario de Fujimori, quien intentó desconocer la jurisdicción de la Corte IDH, pero el nuevo Gobierno pronto restableció la normalidad. También en la República Dominicana, tras la sentencia de las personas de ascendencia haitiana, el Tribunal Constitucional, en 2014 y por mayoría de votos, declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH depositado en la OEA en 1999, nada menos que 15 años antes y en los que había estado vigente la aceptación de esa competencia.

Finalmente, deben recordarse las violaciones de derechos bajo los gobiernos autoritarios *(illiberal democracies)* de los Presidentes Chávez y Maduro, hasta que finalmente Venezuela denunció el convenio y se salió del sistema interamericano. Estos supuestos de incumplimiento frontal serán estudiados en el trabajo de AYALA y CANOSA. Baste con remarcar aquí que democracia constitucional y Estado de derecho son condiciones previas para la efectividad de los derechos convencionales, a veces la solución llega con la alternancia en el gobierno.

2.7. ¿Cómo se plantean los órganos estatales el margen de apreciación nacional?

No nos consta que ni el legislador español ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo hayan recurrido a la doctrina del margen en la implementación de las sentencias ni que hayan argumentado los derechos de manera sensiblemente diferente al TEDH. La técnica no parece haber dado mucho juego en España a diferencia de en Rusia o el Reino Unido. Algún sector doctrinal (RODRÍGUEZ) ha vindicado la doctrina del margen para justificar que los jueces concedan una mayor protección nacional frente al mínimo estándar convencional, impidiendo el retroceso *(backsliding)*. Pero para lograr este resultado hermenéutico no hace falta hablar de margen si no de preferencia por la protección más intensa, una cláusula que permite desplazar la *protección internacional*. En otras

palabras, el mismo postulado *pro homine o favor persona* que se encuentra en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y asume el artículo 29. b] CADH.

Bien es cierto que hay algunos derechos que se comprenden con diferencias en Europa y los Estados. Así la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva del juzgador no se interpreta exactamente del mismo modo en Madrid y Estrasburgo (vid JIMÉNEZ ASENSIO, GARCÍA ROCA y VIDAL ZAPATERO). Pero este escenario es razonable y no genera disfunciones. Caben exégesis algo diferentes, pero equivalentes, y en ningún caso en contradicción e incompatibles. *Exégesis equivalentes* son perfectamente posibles en un sistema colectivo.

Es diferente lo ocurrido en el Reino Unido con las resistencias a la recepción del **Caso Hirst** sobre los derechos políticos de los presos, que dieron lugar a la cumbre de Bristol, y a una discutible decisión de un *Joint Selected Committee* que recomendó reconocer el derecho de sufragio a presos privados de libertad por un tiempo reducido en vez de anudar el reconocimiento al tipo de delito como –parece- quería el TEDH en dicha Sentencia (consultar el estudio de GARCÍA ROCA, Dalla VÍA y GARCÍA VITORIA). De todas maneras, esta recomendación sigue sin ejecutarse mediante la aprobación de una ley. Un margen de apreciación no puede ser lo mismo que un frontal incumplimiento de sentencia o un incumplimiento indebido o aparente.

La protesta inglesa –y de otros países- llevó a la aprobación del *Protocolo 15* que vindica el margen de apreciación nacional y sugiere su incorporación al preámbulo de Convenio. Pero como ese Protocolo no nos dice cómo ha de aplicarse la herramienta ni cuándo -en qué casos o derechos- ni siguiendo qué criterios, la vindicación tiene mucho de retórica diplomática, en otras palabras, añade poco al enjuiciamiento.

El nuevo *Protocolo* realmente importante es el *nº 16* que introduce una *opinión consultiva o cuestión de convencionalidad*; previsiblemente serán los juzgadores en un diálogo concreto, revisando hechos, y a través de esta vía procesal los que adviertan las diferencias nacionales en las especificaciones de los derechos y traten de llevar sus sensibilidades a Estrasburgo.

En Iberoamérica, la técnica europea del margen no ha sido asumida por la Corte Interamericana y no se encuentra expresamente recogida en norma convencional alguna (recordemos que, por el momento, tampoco en Europa donde emana del principio de subsidiariedad). Parece tenerse en cuenta que son menores las diferencias culturales, históricas y lingüísticas entre Repúblicas hermanas que fueron parte de espacios mayores tanto en la América precolombina como durante la colonia. Se teme, sobre todo, que el margen de apreciación nacional sea usado por los Estados para aminorar la eficacia vinculante de la doctrina de las sentencias de la Corte IDH.

Sin embargo, hay algunos sectores doctrinales (ACOSTA) y algunos tribunales nacionales que vindican esta técnica, así la posición de la Corte Suprema en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

Cabe pensar que la Corte IDH en el Caso Castañeda Guzman Vs. Estados Unidos de México, de 6 de agosto de 2008, y sin mencionar el nomen iuris "margen de apreciación", impidió la existencia de un modelo único electoral latinoamericano, al entender que cada Estado tiene un margen conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la CADH. Asimismo, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, de 23 de junio de 2005, se utilizó un criterio flexible semejante, para asegurar con realismo las condiciones de los pueblos indígenas, reconociendo su derecho a presentar candidaturas con formas tradicionales y al margen de los partidos políticos. Pero que no deba imponerse un mismo sistema electoral en toda la región, respetando la libertad de configuración normativa de cada legislador, no es exactamente lo mismo que la técnica europea del margen de apreciación (cfr GARCÍA ROCA 2010). De hecho, la Corte IDH en muy pocas oportunidades ha usado esa denominación. Una de ellas fue el Caso Herrera Ulloa con Costa Rica, de l2 de julio de 2004, en relación a la utilización del recurso ordinario eficaz contra sentencias (art. 8.2 CADH) donde se sostuvo que si bien los Estados tienen "un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones ni requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo" (§161). Como suele ser habitual también en el TEDH se menciona el margen, como cláusula de estilo, pero no se aclara su sentido. Es relevante el Voto Particular del Juez FERRER MAC-GREGOR en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, de 26 de noviembre de 2010, quien vindica un margen de los jueces nacionales para interpretar el corpus iuris interamericano.

Quizás Iberoamérica debería avanzar en integración a través de derechos hacia una unión más estrecha de la región, y permitir un espacio de discrecionalidad de los Estados, más que en las exégesis de los derechos, en el cumplimento de las sentencias tanto en las medidas generales como en las individuales.

2.8 ¿Aplican los tribunales nacionales categorías como obligaciones positivas, medida necesaria, y otros estándares convencionales y criterios interpretativos?

Estas preguntas pueden recibir respuestas moderadamente afirmativas, si bien la solución en muy diversa en cada país y casi imposible de medir de no construir un tratado. Los estándares europeos se van incorporando a las jurisprudencias nacionales, si bien resta mucho por hacer. La doctrina científica ha reconocido que existe una teoría europea de los derechos creada en Estrasburgo, pese a que no se haya elaborado suficientemente. **La Comisión de Venecia del Consejo de Europa en su Report on the Implementation of International Human Right Treaties in domestic law and the role of courts,** de 8 de diciembre de 2014, ha admitido el papel central de los órganos judiciales en la protección de los derechos convencionales, estimulándoles a actuar bien bajo la presunción de que el legislador pretende implementar estos tratados, bien inaplicando las leyes nacionales para favorecer la regulación que ofrezca una protección más intensa (par. 113).

Debe, sobre todo, hacerse un esfuerzo en divulgarse entre las administraciones, parlamentos y órganos judiciales. Es menester adaptar la docencia de los derechos en las titulaciones universitarias, integrando la jurisprudencia europea e interamericana con la propia de cada país y exponerlas simultáneamente sin disociarlas. Los poderes públicos deben ocuparse de que estas jurisprudencias sean parte esencial de la formación de los jueces en sus procesos de selección y de formación permanente. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid ha suscrito un convenio con el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía para realizar cursos de formación para jueces y abogados sobre el Convenio Europeo. Es una línea de actuación que podría generalizarse en otros países. Al igual que la redacción de protocolos de actuación como se ha hecho en México. También el Informe de Lord WOOLF sobre los métodos de trabajo del TEDH sugería que se divulgara la cultura de Estrasburgo entre los abogados. Todo este tipo actuaciones, una suerte de garantías institucionales, pueden ser eficaces.

Es, a estos efectos, decisivo el papel de los tribunales constitucionales y otras altas cortes como "mediadores" (VOBKHULE). Nos parece la herramienta central para la incorporación del acervo convencional. Los jueces ordinarios, sobrecargados de asuntos, apenas pueden hacer el esfuerzo de estar al día en la jurisprudencia. Debe ser labor de los vértices de los poderes judiciales de cada país divulgar claros estándares y recomendaciones en sus sentencias. Esta mediación dista de ser autoritaria, porque no impide el acceso directo de los jueces de cualquier nivel a su particular exégesis de la jurisprudencia de ambas Cortes.

2.9. ¿Se discute la legitimidad del TEDH y de la Corte IDH?

En ningún país pueden descartarse las críticas en casos sensibles para las opiniones públicas. Recordemos el fuerte conflicto generado en España por el ya mencionado **Caso Parot** y los condenados por delitos de terrorismo conexos a ETA. La liberación de los presos tuvo un muy fuerte impacto en los medios de comunicación, produciéndose críticas personales exacerbadas al Magistrado español en el TEDH, LÓPEZ GUERRA, al que se acusaba de promover una decisión contra su país. En este episodio nacional, algunos medios y ciertos políticos rechazaron con dureza la legitimidad del TEDH. Pero el Gobierno acató la doctrina, asumiendo los reproches que recibió. Ejemplar fue el pronto y respetuoso acatamiento de la Audiencia Nacional, ya reseñado, y su aceptación por la mayor parte de la academia. En Santo Domingo, sobrevinieron críticas acerbas en otro episodio semejante a raíz de la **sentencia de 28 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana** respecto de la expulsión de personas de ascendencia haitiana de la República Dominicana. Pueden igualmente recordarse las duras críticas a Estrasburgo en la prensa británica más nacionalista, a veces ligadas al llamado *Brexit*, tras el **Caso Hirst**, que fueron consideradas injustas por el propio presidente inglés del TEDH, Sir BRATZA. No son pues extrañas las críticas en ambos sistemas sobre la legitimidad de las decisiones controvertidas ante las opiniones públicas. Conviene aceptar estos episodios como inevitables costes colaterales. Un precio que debe pagarse por garantizar los derechos antes del

volver al equilibrio propio de una protección colectiva. No obstante, tales enfrentamientos ilustran que las dos Cortes internacionales no deben perder de vista el consentimiento de los Estados que funda ambos sistemas y lo mantiene vivo. Pero, cuando se trata de garantizar derechos de las personas, este fundamento no justifica la impunidad, tan sólo una diplomática *comity* o deferencia. Una jurisdicción no puede renunciar a juzgar. Pero debe encontrar las palabras adecuadas, momentos para los pronunciamientos, y, en especial, ritmos de cumplimiento y reparación.

Quizás esta indicación del *tempo* adecuado en la ejecución de las sentencias debe ser analizada en particular. En el **Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012,** la Corte IDH exigió el cese de la prohibición de la fecundación *in vitro* y, con buen criterio, entendió la reproducción asistida como un derecho de las personas y una obligación de los Estados. Hasta aquí muy correcto. Pero luego impuso a Costa Rica que el acceso a los tratamientos contra la infertilidad estuvieran cubiertos por el seguro social. ¿Es ésta una medida positiva de reparación o una indicación excesiva en la forma de cumplimiento? Un *tempo* más *andante* y menos *allegro* acaso sea conveniente, pues cualquier seguridad social y su caja tienes unos equilibrios presupuestarios muy sutiles y diversos en cada ordenamiento. Los Estados necesitan un margen de cumplimiento de las decisiones de una jurisdicción internacional. Es preciso ser prudentes. La **sentencia de supervisión de 28 de febrero de 2016** ilustra las dificultades de este escenario.

2.10. ¿Este criticismo ha dado lugar a interpretaciones judiciales restrictivas?

Vuelve a ser harto compleja de medir la reacción, pero mencionaremos un ejemplo de trabajo en red para visualizar el fenómeno. El **Tribunal Supremo de España** interpretó crítica y restrictivamente la jurisprudencia del TEDH a la hora de implementarla y un **Voto Particular de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se lo reprochó (SAN 16 octubre de 2012)** se lo reprochó. Una parte de la Audiencia fue pues más europeísta que el Tribunal Supremo. El objeto del asunto versaba sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva, se trataba de un debate sobre la inexistencia del hecho. El supuesto ilustra que las jurisprudencias supranacionales pueden ser usadas por las cortes inferiores para discutir la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. Al tiempo, todo trabajo en red permite sensibilidades judiciales diferentes también a la hora de interpretar el Derecho europeo; y este diálogo permite asegurarnos de la bondad de los resultados.

3. LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS SENTENCIAS Y GARANTIZAR LOS DERECHOS.

Es ésta una condición existencial, de supervivencia, de unos sistemas que establecen una protección multilateral, y no se basan en la bilateralidad y la reciprocidad, tradicionales en Derecho internacional, sino en una garantía colectiva. Al TEDH le complace decir que se protegen derechos reales y efectivos

y no garantías ilusorias. Un acendrado antiformalismo es imprescindible. Tal obligación de los Estados es inherente al establecimiento de una jurisdicción internacional. Las autoridades nacionales obligadas son también jueces y legisladores del sistema.

La obligación de respeto a las sentencias en el sistema europeo se funda en el artículo 46 del CEDH y en el sistema interamericano en el artículo 68 CADH. Ambos se refieren a la fuerza vinculante de las sentencias y su ejecución, y establecen que las partes se comprometen a *acatar las sentencias definitivas.* No es sólo una obligación de mero acatamiento formal sino de respeto a la doctrina en ellas establecidas. Debe leerse como una obligación de resultado: alcanzar realmente el cumplimiento de lo resuelto. Un compromiso leal de cumplimiento.

También engarza con el artículo 1 CEDH y el artículo 1 CADH, más completo que el primero, donde se consagra la *obligación de respetar y garantizar* los derechos que asumen los Estados partes y todos sus agentes (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, FERRER MAC GREGOR Y PELAYO MOLLER, 2012). Incluye dos obligaciones: la de respetar y la de garantizar. Pero la segunda es una prolongación natural de la primera. El respeto exige cumplir la norma convencional, abstenerse de actuar en su contra, pero también una obligación positiva de protección. La obligación de *garantía* implica algo más: el deber activo de los Estados de adecuar su organización al ejercicio efectivo de los derechos. Es una norma de fines que obliga a promover actuaciones y no se contenta con un *status abstentionis.* No es una mera norma programática. Así se reconoció tempranamente por la **Corte IDH en Velásquez Rodríguez contra Honduras, de 29 de julio de 1988.**

Las *medidas generales* impuestas en las sentencias como medidas de reparación conectan con esta obligación de garantía: remover defectos estructurales, y prevenir las amenazas o factores de riesgo, en definitiva, adoptar medidas preventivas de las lesiones de derechos. Mediante ellas las Cortes regionales imponen criterios e interpretaciones vinculantes a los Estados, que deben adaptarse al Convenio para garantizar efectivamente los derechos. La plena conexión de sentido entre interpretación vinculante y medidas generales de reparación es muy estrecha. Las segundas son la otra cara de la primera, y un corolario lógico. Ambas Cortes deberían asegurarse de la efectividad de sus interpretaciones sustancialmente mediante medidas generales de cumplimiento.

4.- RECEPCIÓN INTERNA DEL ACERVO CONVENCIONAL.

Hablamos de la recepción del Convenio y de la jurisprudencia que del mismo emana. Un "acervo convencional" *(acquis conventionnel)* conformado por el Convenio y las decisiones del Tribunal de Estrasburgo. Un saber extendido y obtenido a partir de la experiencia en conflictos del sistema. Se trata de dar algo por sabido y de aplicación notoria: la jurisprudencia europea o interamericana y sus estándares.

El interrogante es si este acervo es *un criterio interpretativo o un canon de validez de las normas.* ¿Deben las leyes adecuarse en su confección al Derecho convencional? Si asumimos una perspectiva realista, se está lentamente evolucionando hacia un entendimiento del acervo convencional como un canon de validez de las normas. De nuevo, no pueden leerse literalmente cláusulas de apertura como las del artículo 10.2 CE sino con acusado antiformalismo. Constitucionalidad y convencionalidad no deberían disociarse como cánones sucesivos de validez y regularidad en vez de enjuiciarlos simultáneamente en una clara economía de esfuerzos y garantías. No tiene sentido alguno aprobar una ley que es regular respecto del bloque de la constitucionalidad, pero se sabe que contradice el bloque de la convencionalidad. No debería aprobarse una ley extremadamente vulnerable o provisional en su validez que entraña una injustificable amenaza para los derechos de las personas. Cuando el legislador español reformó la ley de partidos políticos para regular su disolución por inconstitucionalidad en casos de violencia antiterrorista, pretendió imponer que la disolución del partido conllevara la pérdida de todos los cargos públicos de los que fueran titulares los elegidos en candidaturas presentadas por ese partido. Se hizo ver a los parlamentarios que tal automatismo era incompatible con la jurisprudencia del TEDH según diversos precedentes. Sólo una sentencia penal –culpabilidad individual y prueba- podía producir la ablación del sufragio pasivo. El proyecto de ley fue revisado para aceptar esta limitación. Es pues difícil no admitir que estamos ante un canon de regularidad de las leyes que determina controles preventivos.

La influencia del Convenio Europeo de 1950 es perceptible en la redacción de las normas que reconocen derechos en la Constitución española de 1978. La recepción del sistema del Convenio en las *normas constitucionales*, le ofrece una validez indirecta o refleja en cada ordenamiento y no sólo directa. También hubo una recepción en las bases de la *jurisprudencia constitucional ab initio*. España creó en 1978 un Tribunal Constitucional huérfano de tradiciones constitucionales y tuvo como uno de sus basamentos el acervo convencional. Era un Estado retrasado respecto de otros. El proceso de recepción ha sido más difícil en los países con más largas tradiciones constitucionales, como Italia o Alemania, donde han sido frecuentes las resistencias, y hay monografías que lo demuestran. Este lento *proceso de recepción del sistema del Convenio* en las normas y jurisprudencias constitucionales de cada ordenamiento es una forma decisiva de impacto.

Las Constituciones de Ecuador de 2008, de Bolivia de 2009 y la reforma constitucional de México de 2011 están fuertemente influenciadas por el sistema interamericano. Tampoco hay duda que las altas jurisdicciones nacionales latinoamericanas van incorporando cada vez con mayor fuerza los estándares fijados por la Corte IDH (Cortes Supremas de Argentina, Chile, Costa Rica, México, Perú; tribunales constitucionales de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, entre otros) dentro de un lento proceso de recepción del Derecho convencional.

También se producen *recepciones sobrevenidas* de la jurisprudencia internacional –improvisas o lentamente anunciadas- que obligan a modificar los estándares internos. Se ha recordado que la defensa europea frente a las contaminaciones acústicas al amparo de la vida privada y familiar ha dado

lugar a una jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que modificó sus criterios y ancló el nuevo derecho a caballo de derechos viejos. El Derecho europeo transformó el alcance de las normas constitucionales ampliándolo.

La recepción del acervo convencional se realiza mediante un *diálogo judicial*. En la *fase descendente*, se trata de implementar las sentencias convencionales. No suele ser complejo, salvo si resta un amplio margen de apreciación nacional como a veces ocurre en Europa. Recordemos los laxos estándares fijados para los legisladores penales europeos en el **Caso Hirst** y sus epígonos. El diálogo *ascendente* es más raro, pero no menos necesario, un juez nacional que se atreve a dialogar con el TEDH o la Corte IDH, pues deviene decisivo para que una Corte internacional no se encierren en monólogos e incorpore las diversas sensibilidades del espacio convencional. La **Audiencia Nacional de España** lo ha hecho al plantear la cuestión prejudicial que ha producido el reconocimiento del llamado derecho al olvido en una demanda contra Google (**sentencia del TJ de 13 de mayo de 2014**). También el Tribunal Constitucional español cuando le preguntó al TJ en el mencionado **Caso Melloni**. Esta vía de participación ascendente debería potenciarse para que el TEDH no se aísle de la realidad. La nueva vía procesal europea que implementa una *cuestión de convencionalidad* llamada *opinión consultiva* y prevista en el Protocolo 16, previsiblemente acrecentará este diálogo ascendente, al igual que ha ocurrido con la cuestión prejudicial ante el TJ, pese a que no se utilice frecuentemente. La influencia de las vías prejudiciales será esencial en un diálogo ascendente.

Existe asimismo una clara fertilización recíproca entre los derechos constitucionales y convencionales según las *diversas declaraciones*. Mediante exégesis judiciales y carambolas (*par ricochet*) las disposiciones de los catálogos de derechos constitucionales de los Estados partes europeos y latinoamericanos interactúan y alcanzan conexiones de sentido con la CDFUE, el CEDH, o el corpus iuris interamericano. Claramente ha ocurrido así con los titulares del derecho al matrimonio que ya no son sólo hombre y mujer en diversos países a la luz de declaraciones posteriores.

Las sentencias supranacionales determinan en ocasiones una *invalidez pro futuro* de las leyes internas. Las leyes contrarias al sistema del Convenio Europeo o a la Convención Americana, no pueden estimarse válidas si deben modificarse cuanto antes al resultar "inconvencionales". Es una obligación de modificación, no un pronunciamiento constitutivo de una nulidad, pero se asemeja a una *invalidez* de la ley con eficacia diferida al momento de su sustitución, como consecuencia de la obligación internacional de modificación de la norma. Los tribunales constitucionales o Cortes supremas puedan ayudar a esta implementación mediante la llamada *"presión para el cambio normativo"*.

¿Qué cambio normativo? El TEDH, y todavía más la Corte IDH, se aproximan con relativa indiferencia al rango de la norma doméstica enjuiciada. Cabe pedir incluso una reforma constitucional como en el Caso de la última tentación de Cristo en Chile. Pero siempre es más complejo que se realice una modificación de este calado. Con más probabilidad, modificaciones legislativas, son numerosos los ejemplos y aún más tras la buena práctica de los casos piloto (*pilot judgments)* en el ámbito europeo. O pueden demandarse transformaciones reglamentarias que no deberían ser problemáticas.

Pero caben disidencias. El **Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, sentencia de 14 de julio de 2015,** ha dictado una, sobre la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH. Se sostiene que deben estimarse obligatorias y ser aplicadas siempre y cuando respeten la *primacía de la Constitución*. La participación en un tratado internacional –se dice- no significa abandonar la soberanía del Estado ni abolir el principio de primacía de la Constitución; único camino para construir relaciones armoniosas entre ordenamientos que se basen en el respeto y no en la sumisión. Se concluye que el legislador tiene la facultad de crear un mecanismo legal específico para que el Tribunal Constitucional se asegure de esa primacía.

A nuestro entender, esta perspectiva rusa es unidimensionada y estática, pues no contempla la existencia de relaciones entre ordenamientos autónomos y materialmente constitucionales. Debería, sin embargo, reconocerse una *presunción de convencionalidad d*e la ley, al igual que existe una *presunción de constitucionalidad* (FERRERES). Los actos del legislador democrático deben tener una fuerte legitimidad democrática que sólo puede desvirtuarse en ambos enjuiciamientos mediante una prueba de cargo: un canon de motivación reforzada. Tal presunción reclama intentar una interpretación conforme antes de dictar una declaración de inconvencionalidad. Existe un interés objetivo en conservar la ley frente al daño que provoca el vacío normativo. Una deferencia hacia la autoridad legislativa: evitar nulidades y respetar la libertad de configuración normativa del legislador si es factible. La presunción obliga a elegir, de entre los varios sentidos de una disposición, aquella interpretación que la hace armónica con el Convenio. Este principio es habitual en los tribunales constitucionales de los dos continentes. Es una manifestación del principio de unidad de los ordenamientos jurídicos y debería trasplantarse a ambos sistemas supranacionales.

Una presunción de convencionalidad de la ley puede tener *distinta intensidad* (Figueroa). Pero en el TEDH y en la Corte IDH la declaración de una ley como contraria al Convenio no reclama una mayoría cualificada. Sólo el margen de apreciación y la tradicional *pragmatic approach* de Estrasburgo, la limitan en Europa. Unas técnicas que no son asumidas en San José, que camina más decididamente por una *reparación integral* de los afectados en sus derechos. Es más frecuente un discurso activista y constitucional en la Corte IDH. No obstante, en el caso europeo, cuando una Sala del TEDH dice algo que pueda parecer demasiado radical a los ojos de los Estados miembros (v.gr. Casos Lautsy I y II, Casos de los derechos electorales de los griegos residentes en el extranjero I y II) suele enviarse a una Gran Sala que a menudo cambia de criterio. ¿No es de algún modo una manifestación de esa presunción de convencionalidad y de la deferencia que comporta en caso de duda?

Por otra parte, nos parecen inevitables las *sentencias interpretativas* de las leyes en los dos niveles: el doméstico y el regional o supranacional. Para un sector doctrinal, esta técnica, típica del Derecho procesal constitucional, debilita la confianza en la ley escrita y produce una pérdida de seguridad jurídica. No compartimos este rechazo, la herramienta resulta inevitable en cualquier control de las leyes de carácter constitucional o convencional. En la práctica, las sentencias convencionales suelen tener carácter *interpretativo de rechazo* antes que estimatorio. Cuando el Sr Otegui impugnó ante el TEDH

el delito de ofensas al Jefe del Estado, invocando su libertad de expresión reforzada como representante político, el TEDH no declaró el tipo penal español contrario al Convenio, pero realizó una exégesis restrictiva ante la cual va a ser muy difícil volver a aplicarlo. Una manifestación de *pragmatic approach* muy típica de Estrasburgo: se vacía la norma sin declararla contraria al Convenio. Las sentencias interpretativas de la Corte IDH son también bastante frecuentes, y en ellas se indican las condiciones en que las normas legislativas nacionales son compatibles con el *corpus iuris* interamericano, expulsando las interpretaciones diferentes del ordenamiento.

Estas sentencias convencionales interpretativas obligan a los Estados a *armonizar* su Derecho de acuerdo con la nueva jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH. Un proceso de adecuación y armonización. Una interpretación conciliadora que busque la compatibilidad con el estándar europeo o iberoamericano. Un canon hermenéutico de corrección que obliga a optar por la interpretación más favorable y a aplicar la *protección mayor* según reconoce el art. 51 CDFUE o el artículo 29. b] de la Convención Americana. El parámetro de Estrasburgo o de San José puede superarse por los Estados parte, pero no rebajarse, según es inherente a la lógica de una protección internacional subsidiaria.

Los destinarios de esta recepción del acervo convencional, de la cosa interpretada, son todos los intérpretes y poderes públicos nacionales, quienes deben ajustar sus actuaciones a este canon hermenéutico. Una vinculación positiva. Es una obligación internacional, pero también un mandato constitucional. Esta *generalidad de los destinatarios* otorga una gran intensidad a la recepción del Derecho convencional.

Diversas constituciones de Iberoamérica siguen los pasos del artículo 10.2 CE y albergan *cláusulas constitucionales de apertura* que facilitan la recepción del acervo convencional. Pero estas disposiciones poseen sólo un valor pedagógico, una suerte de advertencia. Donde no existan tales recordatorios constitucionales debe jugar la obligación general de los artículos 1 CEDH y 1 y 2 CADH, porque estos mandatos están en la naturaleza de las cosas: no caben contradicciones en un mismo ordenamiento entre las obligaciones internacionales y las internas.

5. EFICACIA DE COSA INTERPRETADA: UNA INTERPRETACIÓN VINCULANTE.

La terminología no es coincidente: *consolidated interpretation, consistent interpretation, interpretative authorithy, res interpretata, chose interpretée.* Podemos elegir "cosa interpretada" (véanse los trabajos de QUERALT) y, como sinónimo, "interpretación vinculante" para denotar que los Estados miembros deben cumplir las obligaciones derivadas del sistema del Convenio según resultan de la interpretación del TEDH o la Corte IDH, y asegurarse de su cumplimiento por todos los poderes públicos. Esta interpretación vinculante en el contexto latinoamericano viene impuesta por el control de convencionalidad que exige seguir la interpretación de la Corte IDH (artículo 62 CADH).

Dos rasgos fuerzan a que la interpretación vinculante sea una *interpretación constructiva de normas* antes que meramente aclaradora de disposiciones escritas. Primero, la *apertura de las normas* que reconocen derechos fundamentales, aún más las normas convencionales que son muy elásticas. Así se describe con claridad en el Voto disidente en el **Caso Hirst**: *a judge made Convention, lack of precission of the wording.* Segundo, los *supuestos de hecho* son parte de las normas convencionales, pero no están escritos en ellas como ocurre en las normas penales o tributarias. Estamos ante un Derecho espontáneo, desprovisto de cultivo, impulsado de forma difusa a instancias de las víctimas y no programado de forma centralizada por los Estados. El caso se entremezcla con las disposiciones escritas, las integra y transforma hasta crear las normas. Los derechos fundamentales son necesariamente un *case-law*: sin hechos no hay normas sobre derechos.

Esta interpretación vinculante lidera una c*oncurrencia de jurisdicciones* en la protección de derechos. Será pues menester una división del trabajo conforme a la subsidiariedad; y son precisos criterios que ordenen la colaboración judicial. El más evidente es una objetivación de los amparos europeo e iberoamericano, al igual que ha ocurrido con los amparos constitucionales en Alemania y España. VOBKHULE sostiene que la impartición de justicia constitucional debe resultar prioritaria frente al aseguramiento de la justicia individual al referirse al papel del TEDH. Esta es la perspectiva que asumimos al igual que se hace en el estudio previo de GARLICKI. Las dos altas Cortes deberían centrarse en ofrecer principios interpretativos, estándares comunes y definiciones generales y abstractas de los derechos ligadas a las normas.

La consecuencia principal es que, *sensu contrario*, la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad y otros extremos típicos de tribunales de instancia deberían quedar en manos de las jurisdicciones nacionales, como regla general, salvo que su consideración sea necesaria para apreciar la vulneración por los jueces nacionales de determinados derechos como por ejemplo las garantías judiciales. La subsidiariedad debería limitar las facultades del TEDH y la Corte IDH, obligados por esta lógica a practicar cierta autocontención. No basta con afirmar –con retórica- que no son una cuarta instancia, deben asumir realmente sus restricciones y confiar en las jurisdicciones domésticas. Un cambio de actitud puede ser preciso.

Al tiempo, interpretar los derechos de una manera abstracta y general, más que reparar uno a uno miles de derechos individuales, lleva necesariamente a *identificar los defectos estructurales* de las leyes nacionales. De ahí la relevancia de las sentencias piloto en Europa y de otras técnicas semejantes, vinculadas a la revisión abstracta de las leyes antes que a concretos amparos.

Es, por definición, una *interpretación evolutiva: nowadays present conditions* dice el TEDH. A menudo suele reprocharse que tiendan a ser *future conditions.* Pero toda jurisdicción sobre derechos tiene una pretensión racional, garantista, *iluminista* y debe mirar hacia el futuro, como precisa Zagrebelsky, al mostrar que el juez constitucional es artífice del Derecho. Cuando se corta el patrón de un derecho no puede pensarse en un traje que pronto quede pequeño. Otro tanto acontece con el juzgador convencional. Ambos Convenios son productos ilustrados fiados a la razón y el progreso.

Es, sobre todo, una *interpretación efectiva:* atiende al goce efectivo de los derechos. Esto exige un acendrado antiformalismo: descender a la sustancia de los derechos y a su eficacia, desechando nominalismos. Un principio *pro homine* como se llama en Iberoamérica.

Por último, una interpretación vinculante impulsa una *integración de los Estados* en un espacio convencional (GARCÍA ROCA, 2010) también como consecuencia de imponer unos *métodos análogos* de interpretación a las autoridades nacionales, en particular, el respeto al contenido esencial de los derechos, un principio de proporcionalidad, un principio *favor persona* (VILLAREAL, 2005; BIDART CAMPOS, 2001; NASH ROJAS, 2013; PINTO, 1997; SALVIOLI, FABIÁN, 2003.). Tribunales que razonan con las mismas herramientas deben acabar por llegar a los mismos caminos.

5.1 El valor vinculante de la interpretación convencional.

Esta eficacia permite que el Convenio se asiente profundamente en los respectivos Derechos nacionales. Pero la idea de "cosa interpretada" emana de la doctrina científica más que de ambas jurisprudencias, que no suelen emplearla, aunque el sistema funcione conforme a esta lógica (vid QUERALT, 2008 y 2009). Ciertamente el TEDH no dice que sus sentencias tengan esta eficacia pero actúa como si la tuvieran. Debemos ocuparnos de su construcción hasta precisarla. La **Corte IDH** ha usado a veces la expresión cosa *interpretada convencional*, recordemos el **Caso Gelman vs. Uruguay, de 20 de marzo de 2013,** donde en supervisión de cumplimiento de sentencia se alude a la categoría en el TEDH y en la doctrina europea. Pero esta trascendencia es inherente a cualquier sistema jurisdiccional y colectivo de garantías. No es una categoría nueva y atípica, existen paradigmas con que compararla: las categorías de cosa juzgada y vinculación a las sentencias constitucionales.

El alcance de la interpretación convencional no puede venir circunscrita a los Estados que hayan sido partes, como rezan los artículos 46 CEDH y 68 CADH: a la *identidad de partes*; sería una contradicción en sustancia. La *identidad de interpretación* debe depender de la identidad de *situaciones:* unos mismas violaciones y unas regulaciones semejantes, es entonces una la razón de decidir. Una interpretación vinculante depende de la identidad de los *supuestos de hechos*, de violaciones y normas. Es fácil de advertir en los sistemas con tradición monista como Holanda, Bélgica y Francia; más complejo de asumir en sistemas dualistas como Reino Unido, Suecia y Alemania. Pero el fenómeno es el mismo desde una perspectiva fenomenológica.

¿Vinculación a los Estados partes o a la interpretación de la norma? Leyendo literalmente lo dispuesto en el artículo 68 CADH, en un primer momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en México estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH será *vinculante* cuando el Estado haya sido parte, en los demás casos, tendrá valor de *criterio orientador* de todas las decisiones de los jueces mejicanos. Luego rectificó. La primera jurisprudencia carecía de sentido. No es razonable que un Estado miembro diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia del sistema según haya sido o no parte. La situación debe ser la misma en América que en Europa, ya que los

preceptos de ambas Convenciones son idénticos (artículos 46.1 CEDH y 68.1 CADH). Razones de economía procesal obligan a pensar que carece de sentido no cumplir la doctrina emanada de las sentencias dictadas respecto de otros Estados miembros, si la situación es igual, generando el riesgo de una previsible y próxima condena. La clara amenaza de una inminente lesión de derechos de los justiciables es un principio que impide razonar de ese modo desde una adecuada perspectiva garantista. Tampoco sería un compromiso leal de acatamiento del respectivo fallo. Las sentencias se dictan en un *sistema colectivo y efectivo* de garantía de derechos que es multilateral y los Estados parte no pueden actuar como harían sujetos privados con sus intereses particulares invocando la tradicional triple identidad de la cosa juzgada civil. El escenario de ambas Convenciones internacionales es distinto y se aproxima al de las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia *erga omnes*, abstracta y general. La vinculación a la interpretación es una condición de supervivencia del sistema. Una interpretación vinculante afecta a la definición de una norma. GARCÍA RAMÍREZ ha destacado como muestra el Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, de 24 de noviembre de 2010, (§ 161-170), en su relación de antecedentes respecto de la incompatibilidad de las *leyes de autoamnistía* con la Convención.

Esta *vinculación a la motivación*, a los razonamientos general, es esencial. Que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias en sus términos e incluso sus razonamientos -partes considerativas- de conformidad con los arts. 62.3, 67 y 69 CADH se estableció con rotundidad en el **Caso Radilla vs. México, de 14 de julio de 2011**, donde se dijo que la Suprema Corte debe limitarse a su cumplimiento y no puede revisar su corrección: "lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos". También se estableció que todos los jueces deben realizar un *control de convencionalidad ex officio.* Una consecuencia de la interpretación vinculante.

5.2 La vinculación a las sentencias constitucionales.

La interpretación convencional vinculante no es la tradicional *cosa juzgada* civil, pero es útil su contraste. Su aplicación no demanda los tradicionales requisitos de la cosa juzgada formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, el *petitum* y la causa de pedir. La vinculación posee unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y *erga omnes.* Si bien se aproxima a la *autoridad* de cosa juzgada formal en la idea de que frente a estas sentencias supranacionales no cabe recurso alguno. Pero, sobre todo, entraña la autoridad de cosa juzgada material en su valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otros procesos.

Una segunda comparación con la *vinculación a las sentencias constitucionales* permite extraer algunos rasgos comunes. Las sentencias convencionales vinculan a todos los juzgadores y poderes públicos que operan dentro del sistema y, en esta eficacia de sus pronunciamientos, se aproximan a las sentencias constitucionales. Deriva de diversos bienes, en especial, la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las

relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral, cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse. Las sentencias convencionales producen el efecto de cosa juzgada -*res iudicata*-, pero su eficacia no se agota en ellas poseen *res interpretata*.

El carácter vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales deriva de que son los *intérpretes supremos* de sus constituciones, pero lo mismo ocurre con las Cortes regionales que nos ocupan y sus convenciones. Es pues razonable extender la eficacia de sus sentencias. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español dice al regular con carácter general todos los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: "la decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos" (art. 61.3 LOTC). Se inspira en el art. 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán que dice que vincularán a los órganos constitucionales de la Federación así como a todos los Tribunales y autoridades. Otro tanto establece el art. 38.1 LOTC que abre la puerta de la regulación de los procedimientos de inconstitucionalidad: "las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE".

Esta eficacia general se justifica en Derecho procesal constitucional por la condición de su autor como *intérprete supremo* de la Constitución (art. 1.1 LOTC). Igualmente la competencia del TEDH y de la Corte IDH se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos (artículos 32 CEDH y 62.3 CADH). Su posición y razón de decidir son pues las mismas: ambas Cortes son los intérpretes supremos de sus sistemas y por ello sus interpretaciones deben ser vinculantes.

¿Tal vinculación se proyecta sólo para los *poderes públicos* o también para *los ciudadanos*? Parece que sí pero de manera distinta y menos intensa, con mayor razón, si se trata de verdaderos *poderes privados* y no de simples ciudadanos. Es un escenario análogo al del artículo 9.1 CE o del artículo 6.1 de la Constitución chilena, la sujeción a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico de los ciudadanos y los poderes públicos. Según alguna jurisprudencia constitucional, la vinculación a la Constitución de los poderes públicos es *positiva* y más intensa, la de los ciudadanos es negativa: les impide actuar frente a los mandatos constitucionales, pero no vienen obligados a desarrollarlos. En todo caso, vinculan intensamente a todos los poderes *constituidos* e incluso al poder *constituyente* y al de *reforma* mientras no se denuncie la Convención.

La vinculación a las sentencias constitucionales se amortigua dentro de las divisiones de poderes nacionales, porque el poder de *reforma constitucional* puede abrogar (*overruling*) las sentencias constitucionales, si bien no es algo frecuente en las democracias constitucionales asentadas. Pero así se está haciendo ahora en Hungría y en Polonia con prácticas autoritarias. Del mismo modo, la posibilidad de las modificación de ambos sistemas regionales, mediante protocolos de reforma de los convenios, deja a salvo la soberanía de los Estados que son los señores de ambos tratados.

La vinculación se predica no sólo de la parte dispositiva de las sentencias sino de *toda la motivación* y en *cualquier tipo de procesos*, lo relevante son las razones, la interpretación de las normas y el discurso. En el sistema interamericano, se ha reconocido que son igualmente vinculantes las sentencias y las opiniones consultivas de la **Corte IDH (Ver Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014)**, superando las dudas iniciales. La eficacia correctora y modificativa de la jurisprudencia ordinaria que poseen las sentencias constitucionales debe predicarse también de las convencionales. Un precepto legal donde se explicitara esta vinculación de los órganos judiciales al CEDH o a la CADH debería preverse en la ley orgánica del poder judicial o leyes análogas en los diversos Estados, pero es un recordatorio.

En el TEDH se discutió al principio la obligatoriedad de las *medidas cautelares,* si bien la jurisprudencia acabó por reconocerla, apoyándose precisamente en decisiones de la Corte IDH y llevando un precepto de su Reglamento al Convenio mediante una interpretación sistemática (vid GARCÍA ROCA, 2010 y la bibliografía que allí se cita). El automatismo y la vinculación de sus decisiones han ido creciendo en la jurisprudencia según el sistema se ha ido asentando.

La labor de identificar la *doctrina vinculante* en las sentencias regionales puede ser compleja. Cabe pensar que estemos ante un mero *obiter dicta*, una categoría no tan habitual en otros países. Podría diferenciarse entre *obiter dicta*, aquellos razonamientos más allá de los necesarios para llegar al fallo, y ratio decidendi (holdings), la motivación en que se apoya la fuerza vinculante del precedente. Pero es una distinción arriesgada y es mejor no utilizarla, de no resultar manifiesta y por encima de toda duda, pues no está recogida en el CEDH ni en la CADH, como tampoco en ambas jurisprudencias, y podría desvirtuar la eficacia vinculante de la cosa interpretada, propiciando exégesis aislacionistas y nacionalistas. Si las sentencias están bien escritas no son ejercicios de retórica, y, si no es así, debería corregirse su técnica de redacción.

Con frecuencia, las sentencias convencionales dejan un *margen de apreciación o de libertad de configuración normativa* a sus exégesis de los derechos. Cumplir las sentencias regionales es una actividad cognitiva y no sólo volitiva y pueden caben diferentes implementaciones; el grado de discrecionalidad puede depender, entre otros extremos, de la naturaleza del derecho, del tipo de violación y de la modalidad de control ya sea abstracto o concreto. No debería así vincular necesariamente la exegesis que se haga por el TEDH de las *leyes domésticas* a no ser, como suele ocurrir, que la legalidad interna se entremezcle con la garantía de derechos, mas acaso entonces el efecto de vinculación no debería predicarse del *ultra vires.*

Podemos quizás hablar de unas *escalas en la intensidad de la vinculación* para los diferentes poderes. Podría ser distinta la naturaleza de la vinculación. Para los *órganos judiciales* la vinculación es muy intensa, porque su función es aplicativa de los derechos y en esa labor concurren con el TEDH o la Corte IDH, cuyas exégesis gozan de una mayor autoridad conforme a la lógica de la subsidiariedad: ambas Cortes internacionales infalibles porque son finales. En relación al *legislador*, la cuestión es más

compleja y la vinculación menos intensa, porque toda ley posee una amplia libertad de configuración normativa y puede existir un margen de apreciación en algunos derechos no absolutos, o reconocerse una deferencia. Los dos Convenios deben interpretarse como un marco de coincidencias no como el texto articulado de un código civil. ¿Hay también diferencias entre la posición del poder de reforma constitucional y los poderes constituidos? No en apariencia como ilustra la práctica activista de la Corte IDH. Las Cortes supranacionales revisan las normas internas con relativa indiferencia hacia su rango. Pero ya se ha mencionado la reciente discrepancia de la sentencia del Tribunal Constitucional ruso sobre la primacía de la Constitución.

Debe, por último, predicarse la fuerza vinculante de la interpretación convencional tanto de las sentencias de *desestimación* como en las *estimatorias.* No vemos razón alguna para distinguir en su eficacia desde la lógica de una res *interpretata.* No obstante, en diversos países se ha negado a las primeras esa fuerza respecto de las sentencias constitucionales, pero es una aproximación muy ligada a las concretas normas positivadas antes que a la esencia del fenómeno.

5.3. El valor del precedente.

¿Están el TEDH o la Corte IDH vinculados por sus propios *precedentes*? La respuesta debe ser afirmativa como en cualquier jurisprudencia *tout court.* Un tribunal que no se sintiera vinculado por su propia jurisprudencia y no respetara sus precedentes, conforme a la lógica *stare decisis,* no sería un tribunal, ya que violaría el derecho de los justiciables a una aplicación igualitaria de las leyes; tampoco sería un juez imparcial por razones objetivas e incluso subjetivas. Su capacidad suasoria y autoridad vendrían seriamente deterioradas. Otra cosa distinta es que esa vinculación no sea absoluta y quepa desde luego modificar el Derecho, cambiar el precedente con voluntad de permanencia. Sin embargo, es algo que no ocurre a menudo y que, cuando acontece, los tribunales suelen ser renuentes a reconocer. Por otro lado, es no menos posible –y mucho más habitual- distinguir los hechos del caso de aquellos enjuiciados en el supuesto precedente. Una situación frecuente que luego analizaremos. La confusión entre una y otra cosa ha llevado a que alguna de estas Corte internacionales haya dicho que no está vinculado a sus propios precedentes. Pero sí debería estarlo en el sentido estricto o matizado –y no absoluto- que se ha expuesto.

Avanzar de un caso similar a otro similar es la lógica de cualquier jurisprudencia y, en particular, de ambos sistemas humanos como forma de creación del Derecho. No sólo cabe hablar hoy de precedentes y *stare decisis* en el *Common law* (XIOL RÍOS). ¿Qué otra cosa son los famosos *leading cases* o los *pilot judgments* o incluso los asuntos calificados como *case reports* por su nivel de importancia en la jurisdicción europea? Pero no sólo ocurre en estos supuestos, aunque por su función resulte manifiesto.

¿Cuántos precedentes son necesarios para adquirir eficacia vinculante? ¿Basta un precedente o se reclama una sucesión de casos coincidentes? La reiteración de precedentes para la creación de

jurisprudencia se exige en la regulación de algunas altas Cortes iberoamericanas (México) y acaso de ahí provenga la confusión. Es asimismo tradicional para la creación de costumbres como fuentes en Derecho civil: la *opinio iuris sive necessitatis.* Otro tanto ocurre con la costumbre internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero no es así para la jurisprudencia civil de casación, al menos en España. Tampoco en las jurisdicciones constitucionales europeas y algunas latinoamericanas (Perú, entre otras) como términos de comparación más homogéneo. Precisamente porque sus sentencias vienes ligadas al control de la ley que en ya una disposición general, dotada de publicidad, y se funda en la reiteración de conductas que entraña toda abstracción normativa. Igualmente la jurisprudencia convencional está ligada a la norma reconocedora de un derecho. De nuevo, es una misma la razón de decidir. Un único precedente en el sistema europeo o interamericano debe vincular, al igual que ocurre con los amparos constitucionales. Esta regla general, puede someterse a alguna matización. Dependerá de la rotundidad, claridad y capacidad suasoria del pronunciamiento para que su argumentación se consolide. Hay decisiones arriesgadas del TEDH cuyos elevados estándares garantistas pueden haberse ido rebajando en su aplicación ante las protestas de los Estados, v.gr. en materia de rechazo de expulsiones de extranjeros, al no poder garantizarse su derecho a la salud en los países de origen a donde se les devuelve. Un estándar que el TEDH no ha mantenido de forma estricta.

El precedente es una manifestación de la autoridad interpretativa. Deriva de la lógica *stare decisis,* mantenerse en las cosas decididas y acatarlas. Una sentencia que vincula en su jurisprudencia a las futuras. La existencia de una interpretación suprema demanda reconocer una especial autoridad a su exégesis. Un tribunal superior, con mayor autoridad, impone su decisión a los inferiores. Pero el trabajo en red lleva a pensar que la interpretación de los derechos no concluye. Es un debate permanentemente ante la constante variación del *contexto:* el dinamismo de las realidades, las diferencias nacionales en espacios muy amplios, los cambios culturales, las innovaciones tecnológicas. Por eso los tribunales nacionales pueden matizar o incluso discutir los precedentes convencionales, pero deben eso sí acatarlos. Cabe acatar tras discutir.

Distinguiendo o limitando un precedente. Los precedentes se aplican habitualmente mediante dos técnicas bien distinguiendo (*distinguishing*) o limitando (*limiting).* Cabe distinguir los hechos de un caso respecto de los del precedente. El **TEDH** lo hace a menudo, véase p.ej. el **Caso Muñoz Díaz contra España, de 8 de diciembre de 2009**, sobre los efectos civiles del matrimonio gitano y las pensiones de la seguridad social. Es asimismo posible matizar los límites de una jurisprudencia a la luz de casos posteriores, y ello es inherente a toda buena jurisprudencia, modular su alcance.

Revocación del precedente. Como es sabido, **Brown versus Board of Education** de 1954 abroga **Plessy v. Fergusson** de 1896, iguales pero separados, dos decisiones centrales de la *Supreme Court.* Ambos ejemplos ilustran que el transcurso del tiempo y el cambio de los contextos culturales son una sólida razón para cambiar de jurisprudencia. Un precedente siempre puede reconsiderarse por distintas razones en virtud de cambios normativos, evoluciones culturales o tecnológicas, o de su

impacto en la realidad. Así ocurrió v.gr. con el acceso de los transexuales al matrimonio en los **Casos Goodwin e I. contra el Reino Unido, ambos de 11 de julio de 2002**, donde se produjo un giro de 180º en la jurisprudencia del **TEDH.**

¿Cómo se hace efectiva esa vinculación? En teoría, mediante el mecanismo dispuesto en el artículo 46 CE para la ejecución de sentencias, no es casual que el epígrafe rece *"binding force and execution of judgments"*: el propio Convenio advierte que la *ejecución forzosa* es una sanción de la fuerza vinculante. Pero el mecanismo apenas se usa. En cambio, en el sistema interamericano, el mecanismo de supervisión de ejecución de sentencias se ejerce habitualmente por la misma Corte IDH y se considera parte de su función jurisdiccional. De nuevo, el sistema interamericano es más activista.

El propio tribunal internacional puede ser garante de su doctrina a través de un *segundo amparo supranacional* en ejecución de sentencia. El incumplimiento de la jurisprudencia podría ser invocado como lesión del derecho al proceso debido por la parte a la que se genere una indefensión.

Es algo análogo a lo acaecido algunas veces ante las jurisdicciones constitucionales. Recordemos los **Casos Preysler I y II** ante el **Tribunal Constitucional español** (SSTC, 115/2000, de 5 de mayo, y 186/2001, de 17 de septiembre) donde se revisó el cumplimiento por parte del Tribunal Supremo (el asunto dio lugar también a la **STEDH, de 13 de mayo de 2003**).

Igualmente, la secuencia de sentencias derivadas del cumplimiento del mencionado **Caso Hirst**, toda una saga, ilustra que el tribunal puede intentar mantener sus precedentes y doctrina. Ciertamente una corte internacional puede presionar a un legislador perezoso, pero la situación no es fácil, si realmente no quiere cumplir de forma adecuada, como ilustra la lentísima aplicación –un incumplimiento- del estándar **Hirst** por el Reino Unido.

En Europa, sobre todo, debe velar por la ejecución de las sentencias el *Comité de Ministros* por la vía del mecanismo del artículo 46.2 CEDH. Pero esto supone que acabe volviendo al TEDH la pregunta sobre el incumplimiento de la obligación, del uno al otro, ambas instituciones se devuelven la pelota como en una absurda partida de ping-pong. A diferencia del más garantista sistema interamericano. Nuestro estudio conecta aquí con otros trabajos de esta investigación colectiva, referidos a la supervisión de cumplimiento de sentencia.

5.4. Las tensiones con el legislador: ¿interpretación conforme o declaración de inconvencionalidad?

Es un dilema clásico en toda jurisdicción constitucional. ¿Es mejor declarar la ley contraria al Convenio que hacer una sentencia interpretativa? No falta quien sostiene estas tesis y con frecuencia en países de *Common-Law*, acostumbrados al dogma –o ficción- de la soberanía del Parlamento. Pero nos parece que esta supuesta –e ingenua- solución sería aún peor, resultaría más conflictivo para el Estado demandado, y más incómodo para el Parlamento nacional, obligado a hacer una

nueva ley. Las tensiones con el legislador son inherentes a todas las jurisdicciones constitucionales y también a las supranacionales. La nulidad no mejora las cosas sino que las agrava.

6. LÍMITES FALSOS Y VERDADEROS DE UNA INTERPRETACIÓN VINCULANTE. LAS MEDIDAS GENERALES DE REPARACIÓN COMO REVERSO.

Los derechos fundamentales generan un debate abierto, no se prestan a un monopolio ni al centralismo sino a un trabajo en red. Precisamente por eso, decantar verdaderos límites a una interpretación convencional vinculante reforzaría su legitimidad de ejercicio ante los Estados, y, a la vez, permitiría una más eficiente división judicial de funciones. Debemos construir unos criterios que informen la colaboración en un cuadrilátero de jurisdicciones concurrentes (nacionales, constitucionales, y las dos europeas, TEDH y TJ), que es un triángulo en Iberoamérica.

Se precisa una *autocontención (self-restraint)* de las dos Cortes, para respetar la lógica de la subsidiariedad. En el interesante Voto particular del **Caso Hirst** se sostiene: *"the lack of precission in the wording of that article and the sensitive political assestment involved call for caution".* Un intérprete supremo de un amplio espacio convencional debe ser prudente. Es no menos cierto que la *iuris prudentia* es a veces la *iuris audatia* cuando de garantizar derechos se trata. Son dos pautas en tensión y, a menudo, no cabe una síntesis y debe elegirse.

¿Han ido ambas Cortes *más allá de lo conveniente*? Eso se sostiene en el Reino Unido, o Venezuela, si bien por razones de distinto talante y enjundia. ¿Tienen legitimidad para dictar pronunciamientos discutibles frente a los Estados soberanos? Es el dilema que nos plantea, desde los Estados Unidos, NEUMANN quien entre una *autolegitimación*, que deriva del trato directo de las Cortes con los justiciables, y la *heterolegitimación* que les concede el consentimiento de los Estados, se decanta siempre por la segunda. Un error de planteamiento derivado de la simplificación del marco. Es verdad que las decisiones en ambos sistemas son a veces discutidas por sustituir al *legislador democrático*. Mas el argumento no puede exagerarse, porque sustituir al legislador democrático cuando viola derechos es, por definición, la responsabilidad de ambas Cortes. Su *posición contramayoritaria* coincide con la propia del control de constitucionalidad de la ley y todas las razones allí vertidas pueden traerse a este otro contexto. El argumento que se refuta –el pretendido monopolio del legislador democrático- tiene algo de abdicación en el ejercicio de la protección de derechos. Un verdadero tribunal no puede adoptar decisiones políticas de oportunidad y renunciar a ejercer su jurisdicción en detrimento de los justiciables y de la eficacia de las normas del Convenio. Esta posición haría inviable el funcionamiento del sistema.

Sorprende por todo ello el *criticismo* de algunos Estados en ciertos casos. La fuerte invocación de la soberanía y del margen de apreciación se asienta en un nacionalismo –o un electoralismo que lo acrecienta- exacerbado, que carece de sentido ante una protección colectiva de derechos que es, por

su misma naturaleza, limitadora de un entendimiento absolutista de la soberanía. No se puede querer estar dentro y fuera del sistema. Esta es la paradoja. Las decisiones de un tribunal internacional no pueden ser "impredecibles", porque se debilita su posición en el sistema. ¿Pero sinceramente lo eran, para un conocedor de la jurisprudencia, los **Casos Hatton, Hirst, o Lautsy** en Europa, o los casos **Almonacid Arellano y otros vs. Chile y Gelman vs. Uruguay** en Iberoamérica? ¿Puede con rigor sostenerse que el TEDH debe actuar como un intérprete constitucional y sentar estándares generales *"without unduly infringing State sovereignity"*? (vid el Voto Particular en el **Caso Hirst)**. ¿Qué quiere decir esto? Todo control regional de los derechos entraña en sí mismo una *soberanía restringida y en transición* (WALKER). Quienes no adviertan este fenómeno no deberían ratificar las respectivas convenciones regionales. La soberanía no puede entenderse como un blindaje de ciertos entendimientos de los derechos que violan su contenido. A menudo, son además entendimientos coyunturales, sometidos a modificaciones tras la alternancia en elecciones, y no perpetuos como se supone es la soberanía, lo que ilustra la futilidad del argumento. La soberanía es un límite demasiado impreciso en sus contornos jurídicos para actuar como excepción frente a una protección jurisdiccional e internacional. Es cierto, no obstante que, ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales, reclaman la prudencia de un buen juzgador y, cuando no sean derechos absolutos, podría en ocasiones aplicarse cierta deferencia o un margen de apreciación según demandan la Declaración de Brighton y el Protocolo 15.

Algunos verdaderos *instrumentos de limitación* de una interpretación vinculante son los siguientes. Primero, apoyarse las sentencias supranacionales en un sólido estudio del *common background*. Un buen método comparado sobre las regulaciones de los Estados facilita el dialogo, permite buscar aliados al razonar y esto incrementa la legitimidad y capacidad persuasiva de unas decisiones compartidas por la mayor parte. Así lo están practicando cada vez con más frecuencia el TEDH, y crecientemente en Latinoamérica, por ejemplo, en los **Casos Gelman vs. Uruguay y Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.**

También, en segundo lugar, intentar *interpretaciones no uniformizadoras*. El CEDH y la CADH no son códigos civiles ni declaraciones federales. Es menester dejar a los tribunales y parlamentos nacionales implementar las decisiones por distintos medios. Puede a veces bastar con establecer una obligación de resultado, y dejar pensar a los Parlamentos con libertad.

Tercero, conviene *no revisar* plenamente *los hechos*, si ya han sido razonablemente enjuiciados y probados -con racionalidad y distanciamiento- por las autoridades nacionales; incluso aunque no se acierte plenamente en el resultado, sólo la flagrante arbitrariedad o el error manifiesto deberían ser excepciones a la regla. Una valoración de la prueba es casi siempre discutible. Este es el error que comete el conocido **Caso Eweida y otros contra el Reino Unido, de 15 de enero de 2013**, sobre el uso externo de símbolos religiosos según denuncia un inteligente Voto particular: los jueces británicos ya habían ponderado adecuadamente los hechos mediante decisiones jurídicas responsables y el TEDH debió detenerse allí. Ambas Cortes dedican acaso demasiada atención a la prueba de los hechos, quizás

esta actitud de desconfianza hacia los órganos judiciales no pueda mantenerse en el futuro, pues impide la división del trabajo.

Cuarto, si lo importante es la eficacia de una interpretación vinculante, lo decisivo deben ser las *medidas generales* de reparación, confiando en la colaboración de los Estados respecto de la implementación de medidas individuales, si bien puede que no baste siempre con lo primero. Tampoco es necesario siempre agotar las medidas con exhaustividad; así las limitaciones presupuestarias de los Estados, y los costes de implementación de las sentencias deben ser ponderadas con prudencia por ambas Cortes internacionales, como ya ocurre en las mejores jurisdicciones constitucionales. Esta limitación empero es muy compleja.

La tesis tradicional y originaria durante décadas ha sido que el TEDH dicta *sentencias de mera comprobación*; su función concluye con verificar la violación. El TEDH –se decía- carece de poder específico para indicar al Estado el comportamiento que debe asumir como consecuencia de la violación constatada. La satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH es una mera excepción. Las consecuencias deben ser valoradas autónomamente por cada Estado. Se ha venido pues creyendo que la sentencia no podía indicar al Estado el comportamiento que debía asumir (así resume ZANGHI esta tesis vigente desde **Marckx v. Bélgica** de 1979). En cambio, la apuesta de la Corte IDH es la reparación integral desde el principio. Hay una clara diferencia de partida entre ambos sistemas. Pero, en los últimos años, se ha evolucionado en el sistema europeo hacia *la restitutio in integrum*: restablecer al individuo a la situación anterior a la violación, reparando las consecuencias dañinas en la medida de lo posible. La indemnización o compensación debe jugar sólo si no es viable otra forma de reparación, pues se trata de un mero cumplimiento por sustitución como ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre algunas de las nuevas medidas adoptadas están las siguientes: la admisión del recurrente en el territorio del Estado, la cancelación de inscripciones administrativas, la reapertura de procedimientos penales (muy numerosas), la atribución de radiofrecuencias previamente negadas, la posibilidad de residir en una isla que antes se prohibía, etc. La jurisprudencia europea está yendo más allá de la mera comprobación. Se está abandonando la línea de extrema prudencia que caracterizaba a las sentencias, que ya no se contentan con la satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH. Un precepto que empieza a ser correctamente leído. En **Sedjovic vs Italia de 2004, el TEDH** impuso a Italia la adopción de medidas individuales y generales, abolir los obstáculos jurídicos que puedan impedir la apertura del proceso en supuestos de condenas en rebeldía. Es asimismo esencial el procedimiento de las Sentencias piloto. Una nueva praxis según la cual si la violación cometida en uno o más casos individuales deriva de una situación general y dada la naturaleza estructural del problema, el TEDH indica la necesidad de llevar a cabo reformas generales.

¿Hasta dónde debería llegar en el TEDH? ¿Hasta tan lejos como la Corte IDH? La situación de partida es distinta en la Corte IDH con apoyo en las previsiones de los artículos 2 y 63 CADH sobre el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno y la correlativa facultad de imponer medidas de reparación.

Hay un variado elenco de estas medidas en las sentencias de San José desde hace tiempo. ¿Van a llegar a coincidir ambos sistemas? No parece, por ahora, se han aproximado, pero no tanto. La Corte IDH es mucho más activista en la ejecución. ¿Facilita esta actitud la cooperación de los Estados en implantar la doctrina convencional o la dificulta?

Conviene, en efecto, subrayar que existen *diferencia*s entre el artículo 41 CEDH y el artículo 63 CADH. El tenor literal no es el mismo. El citado artículo 63.1 inciso segundo permite a la Corte *disponer medidas* de reparación, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado, y que se reparen las consecuencias de la medida que ha ocasionado la violación. Una obligación de los Estados de respetar, garantizar, prevenir y reparar; no sólo el pago de una indemnización. Fue fruto de una enmienda de la delegación de Guatemala y estuvo pensado como un ariete para atacar las fuentes estructurales de las violaciones. Un precepto así no existe en el CEDH.

Con esta cobertura en la Convención, la Corte IDH ha hecho una constante ampliación del régimen de reparaciones. GARCÍA RAMÍREZ ha sintetizado la diversidad de medidas que utiliza la jurisprudencia interamericana para buscar una reparación integral. Las *medidas generales* son menos problemáticas normalmente. Recordemos que se ha dispuesto una reforma constitucional sobre la censura previa en Chile; y la revisión de normas legales sobre la pena de muerte, tipificación de terrorismo, desaparición forzada, tipificaciones penales, restricción de la jurisdicción militar y un largo etcétera. Sin embargo, algunas *medidas individuales* de reparación podrían resultar excesivas en su detalle o concreción, así como en su intensidad. Pero no es sencillo identificar unas y otras. Recordemos que se ha impuesto: la mejora del estado de las cárceles, medidas de desagravio de víctimas, la atención médica y psicológica en instituciones públicas o privadas, la facilitación de estudios y atención a la salud de niños, inversiones sociales en comunidades indígenas, una capilla en homenaje a víctimas de una masacre, la inscripción del nombre de las víctimas en registros o en placas, la construcción de un inmueble, programas de capacitación de servidores públicos, medidas de seguridad de desplazados o de mejora vida carcelaria, entre otras.

La filosofía de todas estas medidas radica en ponderar las circunstancias del medio a que se dirigen las medidas reparadoras; valorar el contexto nacional de acuerdo con un principio *pro homine* e indagar bajo la superficie de las violaciones. ¿Son estas medidas adecuadas a la realidad del continente, o devienen excesivas y desbordan la lógica de una interpretación vinculante para ocupar el lugar de un Gobierno y un Parlamento ejecutores? En otras palabras: ¿hasta qué punto debe ejecutar sus decisiones un tribunal internacional? ¿No hay un término medio entre el funcionamiento de ambas Cortes? ¿No debería reconocer la Corte IDH un *margen de libertad o discrecionalidad* en el cumplimiento? ¿No podría bastar con una obligación de resultado más que una obligación de medios? ¿Es menester imponer todas y cada una de las medidas de reparación con pretensiones de exhaustividad? No es eso desaprovechar la colaboración de los Estados. ¿Cuánto tiempo podrá mantenerse este esquema activista sin que los Estados reaccionen frente al ejercicio de tanto poder e intenten desactivar la Corte IDH? Quizás debería darse preferencia a algunas medidas generales y dejar algunas de las individuales en manos de los Estados.

A la par parece prudente y aconsejable medir bien las indicaciones de *tempo* en el cumplimiento. En todo caso, la necesidad de indicar medidas generales o estructurales de restablecimiento refuerza las exigencias de una interpretación vinculante. Una y otra cosa son caras de una misma moneda.

7.- CONCLUSIONES.

La comparación entre ambos sistemas regionales de protección de derechos es una perspectiva compleja pero sumamente enriquecedora. Ambos se necesitan como referentes y, en cuanto emanan de un mismo parámetro universal, no pueden producir la fragmentación del Derecho internacional mediante decisiones judiciales incompatibles.

"Impacto" es una expresión bastante ambigua. Pero ha acabado por imponerse. Su contenido no es sólo procesal, es más amplio que el "cumplimiento" voluntario y la "ejecución" forzosa. Ambos sistemas producen una constante y transversal transformación y armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Las normas del CEDH y la CADH pueden tener distinta jerarquía. Es una decisión de cada ordenamiento. Pero estamos en un escenario de pluralismo constitucional y hablamos de relaciones entre ordenamientos independientes, cuya validez no deriva del otro, y en ningún caso de meras fuentes del Derecho interno. La jerarquía no es esencial para una interpretación conforme al Convenio de las leyes, pero puede tener relevancia para su inaplicación. Las normas convencionales tienen efecto directo o aplicación directa para los Estados parte, una vez publicadas, son también Derecho interno. Las sentencias de ambos sistemas son vinculantes, pero a veces no directamente aplicables, cuando sea precisa una decisión interna interpuesta. Su doctrina obliga con independencia de quién haya sido el Estado demandado. Los Estados deben vincularse a su eficacia de cosa interpretada, y acatar las sentencias de buena fe según obliga la Convención de Viena.

Los derechos convencionales son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza fundamental. Ya no sólo las Constituciones positivan derechos fundamentales. Interpretar los derechos viejos se aproxima a crear derechos nuevos. Los legisladores están vinculados a los derechos convencionales y no pueden traspasar su contenido esencial. Las cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos no son sólo criterios interpretativos sino que están acabando por ser –progresivamente- cánones de regularidad y validez. Un escenario de futuro no pasa por seguir disociando controles de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes, pero llevará algún tiempo.

En Europa el control de convencionalidad del Derecho nacional se ha vertebrado mediante una interpretación conforme más que por la inaplicación. Pero la segunda medida no puede descartarse ni tampoco la posibilidad de construir pasarelas con el Derecho de la Unión, dotado de primacía, pese a las cautelas del TJ. En Iberoamérica, la primacía o preferencia de la CADH viene dada por el control

de convencionalidad, el rango constitucional que algunas Constituciones reconocen a la Convención, y por la limitación de la soberanía por los derechos que se encuentra en el *corpus iuris* interamericano. Todo ello facilita la inaplicación. El doble interrogante es si resta espacio en la realidad para esta última *ratio* y medir el nivel de los problemas que suscita.

Las críticas a la legitimidad de las decisiones del TEDH o la Corte IDH en casos polémicos para las opiniones públicas son costes colaterales inevitables en una jurisdicción sobre derechos, que no puede renunciar a garantizarlos, pero ambos juzgadores deberían encontrar momentos y ritmos adecuados de cumplimiento de sus decisiones para no perder el consentimiento de los Estados.

La obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos es una condición de supervivencia de ambos sistemas y conecta con la imposición de medidas generales de reparación que es la otra cara de una interpretación vinculante.

La recepción interna del acervo convencional es perceptible en las normas constitucionales de cada país, en los orígenes de la jurisprudencia constitucional, así como en las modificaciones sobrevenidas de sus estándares, y en las interacciones entre las declaraciones de derechos. Sus destinatarios son todos los poderes públicos, obligados a armonizar los derechos y las normas de acuerdo con la nueva jurisprudencia. Las sentencias que declaran una ley "inconvencional" determinan una obligación de modificación normativa que se asemeja a una invalidez con eficacia diferida. Pueden demandar un cambio de normas internas de cualquier rango. No obstante, debería reconocerse una presunción de convencionalidad de las leyes. Las sentencias convencionales interpretativas, de estimación o rechazo, son inevitables y frecuentes; a veces entrañan en Europa una *pragmatic approach* antes de declarar la violación del Convenio y generar un vacío normativo.

La cosa interpretada que es propia de una interpretación vinculante deriva del carácter del TEDH y la Corte IDH como intérpretes supremos de sus sistemas; algo semejante a los tribunales constitucionales. Esta eficacia se proyecta sobre una concurrencia de jurisdicciones en la protección de los derechos que debe ordenarse mejor conforme a nuevos criterios. La objetivación del amparo europeo e interamericano es uno de ellos.

Una interpretación vinculante emana de la identidad de supuestos de hecho e interpretaciones y no de la identidad de partes. Frente a las sentencias convencionales no cabe recurso alguno, son finales, y poseen autoridad material sobre el fondo del asunto. Pero su eficacia se aproxima a la vinculación a las sentencias constitucionales en su valor *erga omnes.* Puede caber un margen de apreciación en su exégesis y diversa intensidad en la vinculación según los poderes públicos de que se trate. Al modo de las sentencias constitucionales, debe bastar con un precedente, pero, en la realidad, como toda jurisprudencia, su consolidación depende de su capacidad suasoria. Los precedentes deben aplicarse mediante las técnicas de la distinción de los hechos y de la limitación de los efectos, y, desde luego, pueden revocase, pero con alcance general y no al modo de un quebrantamiento.

La principal limitación de una interpretación vinculante es la autocontención de un juzgador internacional prudente. Algunos falsos límites son la omnipotencia del legislador democrático, que haría imposible ambos sistemas regionales, pues las dos cortes juegan un rol contramayoritario; y también un entendimiento absolutista de la soberanía y del margen de apreciación nacional, y ciertas comprensiones de los derechos ligadas a estas ideas, que a menudo varían con la simple alternancia de los gobiernos.

Entre las limitaciones verdaderas de un juzgador convencional se encuentran las siguientes. La conveniencia de estudiar el *common backgroun* regional mediante un método comparado. Dictar interpretaciones no uniformizadoras siempre que sea posible. No revisar plenamente los hechos ya enjuiciados en los Estados con distanciamiento ni la legalidad ordinaria. Ceñirse con preferencia a las medidas generales de reparación, dejando una libertad de configuración normativa en el cumplimiento; por las mismas razones, las medidas individuales no deberían ser excesivas ni exhaustivas en su concreción. Es menester cierta confianza en los Estados en el cumplimiento como condición de supervivencia del sistema. Debemos tomarnos en serio que el TEDH y la Corte IDH son los intérpretes supremos de ambos sistemas convencionales, esto entraña una gran autoridad, pero también ciertas limitaciones que preserven el delicado equilibrio propio de una protección internacional.

BIBLIOGRAFÍA

La metodología de nuestra aproximación comparada a ambas Cortes regionales y su justificación puede leerse en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ P.A; SANTOLAYA, P. y CANOSA R. editores (2012) *El diálogo entre los sistemas Europeo y Am ericano de Derechos Humanos,* Civitas-Thomson Reuters, Madrid, luego publicado en Perú (2015), a la búsqueda de un intercambio de argumentaciones y criterios de motivación. Véanse allí especialmente GARCÍA ROCA, J., NOGUEIRA ALCALÁ H. y BUSTOS R. "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", pp. 65-107, y la conferencia introductoria de L. GARLICKI "Universalism versus regionalism? The role of supranational judicial dialog", pp. 27-74.

Mucha información puede leerse en BREMS E.(2011). Human rights: universality and diversity, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston- Londres.

Sobre el parámetro universal o regional en materia de derechos y la necesidad de no producir una fragmentación del Derecho Internacional en la jurisprudencia de ambas Cortes regionales puede leerse GARCÍA ROCA, J. (2016) "El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana" en SANTOLAYA P. y WENCES I. coordinadores (2016) La América de los derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp.533-563, y los autores que allí se mencionan.

Es muy revelador y por eso se cita, ARZOZ SANTIESTEBAN, X. (2014) *La concretización y actualización de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, quien muestra el notable grado de apertura de la interpretación constitucional de los derechos en un Estado constitucional, limitado "desde fuera" en virtud de la interpretación conforme, así como subraya la tendencia hacia un razonamiento universal. Los derechos se especifican o concretizan sobre hechos.

Sobre la génesis judicial de los derechos se alude a REY F. "¿Cómo nacen los derechos posibilidades y límites de la creación judicial de derechos" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ P. A, coordinadores, (2009) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Acerca de la interpretación constitucional y convencional de los derechos de ambos sistema regionales, entre otros, GARCÍA ROCA, J. "El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo" GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA P. coordinadores (2014) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1ª ed. 2004, 3ª edición, plenamente revisada, pp. 25-53. Del mismo autor, GARCÍA ROCA, J. (2010) *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Civitas-Thomson Reuters; y "La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* nº 5, 2006, Méjico, pp. 139-182; y en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2005, pp. 37-82. Asimismo H. NOGUEIRA (2009): *La interpretación constitucional de los derechos humanos,* Ediciones Legales, Perú.

Se alude el trabajo de Raúl CANOSA (2009) "La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ P. A. (coords.) (2009): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado,* ob.cit., pp. 229-256

Acerca de algunos principios hermenéuticos convencionales, entre otros muchos, NASH ROJAS, C. (2013): "El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en NOGUEIRA ALCALÁ, H. (coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad,* Ed. CECOCH y Librotecnia, Santiago, pp. 155-19; y Castañeda M. (2014) *El principio pro persona. Experiencias y perspectivas,* Comisión Nacional de los Drechos Humanos, México D.F.

La bibliografía sobre el diálogo judicial en ambos continentes es amplísima, casi inabarcable. Mencionaremos *European Court of Human Rights* (2006) *Dialogue between judges*, Bélgica, para advertir que el propio TEDH usa desde hace tiempo las expresiones "diálogo" e "impacto". Véase el planteamiento crítico de esta idea anglosajona que hace un buen comparatista VERGOTTINI

G. (2010) *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones,* Civitas-Thomnson Reuters, Madrid, con estudio previo de GARCÍA ROCA, J. En los trabajos de BUSTOS R. (2012) "XV proposiciones para una teoría general de los diálogos judiciales" en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 95, pp. 13-63; y de GARCÍA ROCA, J. (2012) "El diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo" en Teoría y Realidad Constitucional, núm. 30, pp. 181-222, se da noticia de una amplia bibliografía anglosajona en la que se acuña la noción. También en el libro de TORRES PÉREZ, A. (2009). Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication, Oxford U. Press y en el artículo de M. CARTABIA (2009) :"European rights. Taking dialogue seriously" en European Constitutional Law Review, vol.5, pp. 5-31. Puede asimismo leerse respecto del fenómeno en las Cortes que nos ocupan GARCÍA ROCA, J. (2014) "Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar" en Raúl CANOSA y Jaime RODRÍGUEZ ARANA: Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica, Reus, Madrid, pp. 121-163 y en el nº 16 de la Revista Latino-Americana de Derecho Constitucional. Así como VVAA Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, con ponencias de XIOL RÍOS, DÍEZ HOCHLEITNER, SÁIZ ARNAIZ, MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, Y HUELIN.

Entre la doctrina latinoamericana, FERRER MAC-GREGOR E. y HERRERA A. (2013) Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, UNAM, Tirant lo Blach, Valencia D.F. ACOSTA ALVARADO, P.A. (2015) Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel, U. Externado, Bogotá, se ocupa de la red judicial interamericana y del constitucionalismo multinivel. Vid AYALA CORAO, C. (2012) Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, quien parece evolucionar desde sus trabajos clásico sobre la idea de jerarquía y la posición de la CADH, también se plantea la idea de cosa interpretada pp. 73 y ss.

Se aluden al hablar de "impacto" a dos trabajos importantes KELLER H. and tSTONE SWEET A. (2008) A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford U. Press, donde se revisa el impacto en dieciocho ordenamientos y se muestra la creciente apertura de los mismos al sistema del Convenio; y J. GERARDS and J. FLEUREN (eds.) (2014) Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A comparative analysis, Intersentia Publishing Ltd, Cambridge. Puede verse también M. W. JANIS, R.S. KAY and A.W. BRADLEY (2008) European Human Rights Law. Text and materials, Oxford University Press, en particular "Part III The impact of the Strasbourg system" donde se estudian los efectos de las sentencias en varios países y problemas y en especial en el Reino Unido.

En Iberoamérica, se citan en el texto sobre este asunto a CORZO SOSA, E.; CARMONA TINOCO, J.U.; SAAVEDRA ALESSANDRI, P. coordinadores (2013) Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, México D.F., quienes llaman la atención

sobre los cambios jurídicos que provoca la implementación de las sentencias de la Corte IDH. Algunos otros estudios sobre impacto son los siguientes. GARCÍA RAMÍREZ, S. y del TORO HUERTA M.I. (2011) México ante la Corte IDH. Decisiones y transformaciones, UNAM, Porrua, México D.F., estudian el impacto de los casos de este país ante la Corte IDH; una sistematización de los criterios de la jurisprudencia interamericana en este tema es GARCÍA RAMÍREZ, S.(2012) El debido proceso, Porrúa, México D.F. También SERNA DE LA GARZA, J.M. (2012) Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano, UNAM, México D.F., quien se ocupa de lo que llama un "modelo dialógico" con la Corte IDH. Sobre su efecto en Venezuela puede leerse CALDERA, J.J. (editor) (2011) Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos, U. Monteávila y F. Konrad Adenauer, Caracas. Analiza las condenas a España ante el TEDH y algunas de las reformas legales provocadas o pendientes, PÉREZ SOLA, N. (2015) La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid. GONZALEZ A. "Las transformaciones de los ordenamientos procesales como consecuencia de la doctrina del TEDH" en REVIRIEGO, F. (coord.) (2013) Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional, Giménez Abad, Zaragoza, pp. 143-163, analiza el derecho al recurso efectivo como garantía de esas transformaciones.

Mantiene nuestra misma perspectiva, fundada en trasplantar elaboraciones de Derecho procesal constitucional al Derecho procesal convencional, por la similitud de ambas garantías, A. VOBKHULE (2010): "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund" en European Constitutional Law Review, nº 6, pp. 175-198, antiguo presidente del TC federal.

Dos interesantes aportaciones a la integración de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Iberoamérica son FERRER MAC-GREGOR E. (2013) Panorámica del Derecho Procesal constitucional y convencional, Marcial Pons-UNAM, Madrid-México, parte IV. Asimismo FERRER MAC-GREGOR E., MARTÍNEZ F. y FIGUEROA G. coordinadores (2014): Diccionario de Derecho Procesal y Convencional, UNAM-Poder Judicial de la Federación, México D.F.

El método del cuestionario lo usan J. GERARDS and J. FLEUREN (eds.) (2014) Implementation of the European Convention on Human Rights…, ob.cit., de donde tomamos algunas de las preguntas que nos formulamos.

Entre los comentarios a la CADH, BOURGORGE- LARSEN L. y ÚBEDA A. (2011) The Interamerican Court of Human Rights. Case Law and Commentary, Oxford U. Press. También Steiner Ch. y Uribe P., editores (2014) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Konrad Adenauer Stiftung-Temis, Bogotá.

Son muchos los comentarios y manuales sobre el CEDH y algunos de los más habituales en diversas lenguas pueden verse en un elenco en la propia web de la librería del TEDH. Mencionaremos,

entre otros muchos, S. BARTOLE, B. CONFORTE & G. RAIMONDI (2001) Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell´uomo, CEDAM, Padua. P. VAN DIJK, F VAN HOOF and L. ZWAAK (eds) (2006) Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia Publishers, Antwerpen-Oxford, subrayaremos el extensor Capítulo 2 "The procedure before the European Court of Human Rights", pp. 98-287, pero donde no se analiza la eficacia interpretativa de las sentencias. También C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (2006) La Convenzione Europea dei Diritti dell´Uomo de delle libertà fondamentali, Edizioni Scientifiche Italiani, tiene interés el comentario a la obligación de respetar los derechos. P. LEACH (2011) Taking a case to the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 3ª ed.

Respecto de las ideas de pluralismo constitucional citamos a N. MACCORMICK (1999): Questioning sovereignity. Law, State and nation in the European Commonwealth, Oxford University Press, y R. BUSTOS GISBERT (2005) La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución, Oñati , Instituto Vasco de Administración Pública. Puede revisarse I. GORDILLO (2012) Constitución y ordenamientos supranacionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, donde se estudian estos sistemas supranacionales de naturaleza constitucional. Tiene interés teórico M. AVBELJ and J. KOMÁREK (ed.) (2012) Constitutional pluralism in the European Union and beyond, Hart Publishing, Oxford and Portland, con trabajos de N, WALKER. M. KUMM y M. POIARES.

Asimismo citamos a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María. (2012 a). "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional", en PÉREZ JOHNSTON, R., RODRÍGUEZ MANZO, G. y SILVA DÍAZ, R. A. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, Obra Jurídica Enciclopédica. En Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, p. 53-99. Asimismo puede leerse en Europa sobre este asunto la síntesis de BOURGORGE-LARSEN L. (2012) La Convention européenne des droits de l'homme, LGDJ, Paris, en el epígrafe "Obligation de respecter les droits".

Debe consultarse SEIBERT-FOHR, A. y VILLIGER M.E. (eds.) (2014), Judgments of the European Court of Human Rights - Effects and implementation, Nomos, Baden-Baden. Subrayaremos los tres trabajos sobre "binding effects and declaratory nature of ECHR judgments", pero también se plantean el rol de los tribunales nacionales en la implementación de esas sentencias, y el papel en ello del TEDH. Puede leerse IRURZUN MONTORO F. "La ejecución de las sentencias del TEDH: una aproximación a la práctica española" en QUERALT A. coordinadora (2013) El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

Varios estudios, in extenso, sobre el fuerte impacto de la "doctrina Parot" en la buena obra colectiva M. PÉREZ MANZANO y J.A. LASCURÁIN (dirs.) (2016): La tutela multinivel del principio de legalidad penal, Marcial Pons, Madrid, en especial los de S. HUERTA y A. QUERALT.

La bibliografía sobre control de convencionalidad es amplísima, en el texto citamos algunos de los autores que ahora se mencionan. FERRER MAC-GREGOR, E. (2012). "El control judicial interno de convencionalidad", en FERRER MAC-GREGOR, E., El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundap, pp. 211- 243. El autor analiza los alcances del control de convencionalidad interno en los estados partes y el diálogo entre Corte IDH y tribunales nacionales. HITTERS, J. C. (2012). "El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", en Revista Estudios Constitucionales, Año 10 N° 2, pp. 535 -574, es juez de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y estudia el control de convencionalidad y la obligatoriedad de seguir la cosa interpretada de la Corte IDH. Igualmente, NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013) "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, pp. 511 – 553, en donde se analizan las obligaciones jurídicas de la CADH para los Estados partes y como tiene fundamento en ellas la obligación de desarrollar control de convencionalidad por los órganos de los Estados partes, como asimismo el diálogo que este genera entre la Corte IDH y los tribunales nacionales.También dos trabajos de SAGUES, N. (2009). "El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales" en LA LEY 19/02/2009, 1. Buenos Aires, un estudio de las obligaciones jurídicas que el control de convencionalidad genera y la interpretación que debe realizarse de los textos constitucionales conforme a la CADH, ejemplificando con la Constitución argentina; y del mismo autor (2011). "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad" en Revista Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 117 - 136. Recientemente, CANOSA USERA, R. (2015) El control de convencionalidad, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, se plantea una armonización derivada de una interpretación conforme y un control de constitucionalidad "fuerte" a cargo del TC. Puede verse SÁIZ ARNÁIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) (2012) Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, UNAM-Porrúa, México D.F. Así como QUINCHE RAMÍREZ M.F. El control de convencionalidad (2014) Temis, Bogotá. Carbonell, Miguel. (2013). Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad, México, quien analiza el impacto de las sentencias de la Corte IDH en el sistema jurídico mexicano y la reforma constitucional para adecuarse al obligatorio control de convencionalidad; y N. TORRES ZÚÑIGA (2013) El control de convencionalidad, Editorial Academia Española, Lima.

Se menciona la teoría de la triple naturaleza del CEDH formulada en GARCÍA ROCA, J. "El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo", ob.cit, primera edición 2004. Es clásico A. DRZEMCZEWSKI (1980): "The sui generis nature of the European Convention on Human Rights" en International and Comparative Law

Quaterly, nº 29, pp. 57-58. Sobre la posición, estática y dinámica, del CEDH puede leerse L. MONTANARI (2012) I diritti nel'area europea tra fonti internazionali e finti interne, Giappichelli, Turín.

Sobre la posición estática Carlos AYALA (2005): "Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos" en La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. Liber Amicorum Cançado Trinidade, San José,; y (1998)"Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos" en Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, CIDH, pp. 341-373.

Al hablar de la inaplicación de las leyes inconvencionales se cita a KELLER H. and STONE SWEET A. (2008) A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, ob.cit.. También a G. MARTINICO: "Two words (Still) Apart? ECHR and EU law before national judges" en V. KOSTA- N. SKOUTARIS- P. TZEVELEKOS (eds.): The EU Accesion to the ECHR, Hart Publisher, Oxford. Pueden consultarse in extenso dos libros conjuntos G. MARTINICO & O. POLLICINO (2010): The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws, Europa Law Publishing, Amsterdam,; y (2012)The interaction between Europe's legal system. Judicial dialogue and the creation of supranational laws, Edward Elgar Publishing, Northampton.

Nos referimos a las cláusulas constitucionales de apertura o aproximación amistosa al Derecho internacional sobre derechos en Latinoamérica, hemos hecho una síntesis de las mismas en GARCÍA ROCA, J., NOGUEIRA ALCALÁ H. y BUSTOS R. "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", ob.cit.

Respecto de la idea de bloque de la constitucionalidad/ convencionalidad NOGUEIRA ALCALá, H. (2015). "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia" en Revista Estudios Constitucionales. Año 13 N° 2, pp. 301-350. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, realiza un estudio sistemático del bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile, Colombia y México a partir del Derecho Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia de los países concernidos. Puede leerse M. E. GÓNGORA (2011) Inter-American Judicial Constitutionalism, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Capítulo III "The block of constitutionality".

Citamos tres trabajos, que son una referencia sobre cosa interpretada, de QUERALT JIMÉNEZ A. (2003) El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, sobre la reforma del procedimiento tras el Protocolo 11; en 2008 La interpretación de los derechos del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, donde se estudia la obligatoriedad y efectividad de las sentencias, sus efectos interpretativos, la función armonizadora, el canon

europeo, etc; y en 2009 "El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ P. A. (coords.) (2009): Integración europea a través de derechos fundamentales, ob.cit., pp. 229-256.

Sobre vinculación a las sentencias constitucionales pueden leerse los comentarios a los artículos correspondientes en J.L. REQUEJO (2001) Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, BOE-TC, Madrid; y el posterior libro colectivo (2012) Com vinculen las sentencies constitucionals al legislador?, Institut d'Estudis Autonomics, Barcelona, con estudios en particular de V. FERRERES, L. LÓPEZ GUERRA y M.A. AHUMADA. La idea de vinculación procede de la doctrina alemana.

Sobre el derecho al Juez imparcial y su distinto y matizado entendimiento en Estrasburgo y Madrid se cita el libro de JIMÉNEZ ASENSIO, R (2002) Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial, Aranzadi-Thomson, Navarra; y el trabajo de J. GARCÍA ROCA y J.M. VIDAL ZAPATERO "El derecho a un tribunal independiente e imparcial (artículo 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia" en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA P. coordinadores (2014) La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ob.cit, 3ª ed.

Acerca del margen de apreciación nacional puede encontrarse un amplio elenco de bibliografía anglosajona en GARCÍA ROCA, J. (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, ob.cit. Sobre el trasplante de la herramienta a Latinoamérica, que no recomendamos, y menos aún con automatismo puede verse P. ACOSTA ALVARADO (2012) El margen nacional de apreciación en el sistema interamericano, proyecciones nacionales y regionales. Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, IIJ-UNAM. México. Se expone las tesis de A. RODRÍGUEZ (2105) "La mayor protección interna de los derechos del CEDH y el impacto del margen de apreciación nacional" en Revista de Derecho Político, nº 93, pp. 75-102, sobre la prohibición de retroceso o backsliding.

La idea de los tribunales constitucionales como "mediadores" ante el sistema europeo en A. VOBKHULE (2010): "Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts…, ob.cit.

Acerca de la presunción de constitucionalidad de la ley en cuanto obra del legislador democrático, mencionamos Víctor FERRERES COMELLA (1997) Justicia constitucional y democracia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Así como la tesis doctoral de G. FIGUEROA (2011) Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana, Porrúa, México D.F., quien defiende que la presunción de constitucionalidad -o de convencionalidad- puede tener distintos niveles de intensidad, es útil la revisión que hace de la técnica italiana y española de las sentencias interpretativas con afán de aplicar la idea a la Corte Suprema de Justicia de México.

Se mencionan las ideas sobre la jurisdicción constitucional de G. ZAGREBELSKY (2007), Il giudice delle leggi artefice del diritto, Editoriale Scientifica, Napoli.

Se analiza la incorporación de la obligatoriedad de las medidas cautelares en la jurisprudencia del TEDH en GARCÍA ROCA, J. (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, ob.cit. En Iberoamérica puede leerse REY CANTOR R. y REY ANAYA M. (2008) Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos, UNAM-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, 2ª ed.

Respecto de la teoría del precedente son muy numerosos los trabajos, únicamente mencionamos a XIOL RÍOS, Juan Antonio (1982): "El precedente judicial en nuestro Derecho" en Poder Judicial 3, págs. 25-40; y también a BARKER R.S. (2014) El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, Grijley, Lima, prólogo de D. GARCÍA BELAUNDE. Entre la doctrina española, ROCA, E. (1986): "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", en Revista Jurídica de Cataluña 4, págs. 841-874. REQUEJO, J. L. (1993): "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", en VVAA, Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto, Universidad de Oviedo. OLLERO, A. (2005): Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. LÓPEZ GUERRA, L. (1981): "El Tribunal Constitucional y el principio de stare decisis", en VVAA, El Tribunal Constitucional, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. Tiene interés sobre el valor del precedente y la técnica del distinguishing el debate provocado en España por la STC 11/2016, de 1 de febrero, y los votos particulares. Debe verse T. GROPPI y M. C. PONTHOREAU (2013): The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Hart Publishing, Oxford. Finalmente, puede leerse S. de la Sierra (2004): Una metodología para el Derecho comparado europeo. Derecho público comparado y Derecho Administrativo europeo, Civitas, Madrid.

La tesis de G. L. NEUMANN (2008) en "Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights" en The European Journal of International Law, Vol. 19, nº 1, pp. 101-123.

Sobre las transformaciones de la idea de soberanía se menciona WALKER, N. (2003) Sovereignty in transition, Hart Publishing, Oxford-Oregon, en particular el trabajo de FASSBENDER B. sobre soberanía y constitucionalismo en Derecho internacional; también deben leerse las consideraciones que se hacen sobre soberanía e integración a través de derechos en un espacio convencional europeo en GARCÍA ROCA, J. (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos…, ob.cit.

Resume la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre la restitutio in integrum C. ZANGHI "Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH" en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ P. A. (coords.) (2009): Integración europea a través de derechos fundamentales, ob.cit. , pp. 199-228. En la misma obra y, con matices no siempre coincidentes entre ambos autores, A. SALADO "La ejecución de las sentencias indemnizatorias del TEDH y del TJCE", pp. 257-288.

Acerca de la amplia panoplia de medidas de reparación en la Corte IDH son obligados los numerosos trabajos, en particular, de S. GARCÍA RAMÍREZ. Puede consultarse S. GARCÍA RAMÍREZ y C. ZANGHÍ (2012) "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias" en GARCÍA ROCA y otros: El diálogo entre los sistema Europeo y Americano de derechos humanos, ob.cit., pp. 424-491.



La Familia Presidencial (1957)
Fernando Botero Angulo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5204

BREVE VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL FENÓMENO POSESORIO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Edgardo Bagate Quispe Villanueva[1]
Con la colaboración de
Steve Diego Gutiérrez Cerrepe[2]

1. EN TORNO A LA SUPUESTA "DEFINICIÓN" DE POSESIÓN

En términos clásicos, Lafaille (1929, p. 143) manifiesta que la posesión "es el poder o señorío que el hombre ejerce de una manera efectiva o independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente, poder que jurídicamente se protege."

Complementariamente, SALVAT (1962, p. 97) expresa lo siguiente:

> "…así, para que exista posesión en el concepto legal de esta palabra, es necesario el concurso de dos condiciones: 1) Detención de una cosa bajo el poder de una persona; es el elemento

1 Edgardo Bagate Quispe Villanueva, magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo, doctor en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego. Docente de pregrado en el área de Derecho Civil de esta última universidad, de la Universidad Privada César Vallejo y de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca. Docente de posgrado de la Universidades Nacional de Trujillo, de la Universidad Privada Antenor Orrego, de la Universidad Nacional de Cajamarca, de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash y de la Universidad Privada Alas Peruanas filial Tarapoto. Abogado en ejercicio, árbitro de controversias privadas, miembro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cajamarca, conciliador extrajudicial acreditado por el ministerio de Justicia y profesor titulado en la especialidad de Historia y Geografía por el Instituto Superior Pedagógico "Indoamérica". Blog: https://elabogadoensulaberinto.wordpress.com/

2 Steve Diego Gutierrez Cerrepe, bachiller en Derecho por la Universidad Privada Antenor Orrego, con estudios culminados en maestría de Derecho Civil y empresarial por la misma casa de estudios superiores. Miembro del estudio jurídico Edgardo Quispe Villanueva Abogados.

> material de la posesión; 2) Que esta detención se efectúe con la intención, de parte del poseedor, de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, elemento intelectual o psicólogo de la posesión, conocido en doctrina con el nombre de animus domini o animus rem sibi habendi" .

Se puede notar que los autores citados hacen hincapié en el elemento fáctico de tener una cosa para sí, sustentado en una intención concordante con tal estado de vinculación sujeto-cosa.

Entonces, ese "tener para sí" de la cosa por parte del sujeto significa "algo más". En efecto, para Albaladejo (1997, p. 49) la posesión es un poder de hecho que expresa, por un lado, un predominio del sujeto sobre la cosa (con independencia de si se tenga o no derecho a ella); pero, de otro, como un poder jurídico o derecho que (no es solo la detentación pura y simple) a su vez constituye el señorío concedido por la ley, razón por lo que culmina expresando: "se trata de dos figuras distintas que tiene el mismo nombre pero cada una tiene su propia naturaleza".

La posesión es un hecho con consecuencias jurídicas o (por el contrario) un derecho con relación al cual los seres humanos amoldamos nuestros comportamientos. En ese contexto, comentando la "definición" de posesión a que se contrae el artículo 896 de nuestro Código Civil, el cual expresa que "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más derechos inherentes a la propiedad". Gonzales Linares (2007, p. 152) señala lo siguiente:

> "Se desprende la influencia de la teoría de Ihering, quien sobre el hecho o el derecho en la concepción de la posesión decía: "El hecho o el derecho, tal es la antítesis al que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. La posesión es el poder de "hecho" y la propiedad el poder de derecho sobre las cosas. La posesión constituye la condición de hecho de la utilización económica de la propiedad". Por nuestra parte debemos agregar que en toda definición de la posesión debe entenderse que se trata de un "poder de hecho" en las relaciones del sujeto y el bien, como objeto de la posesión (relaciones reales), revelando de esta manera que, cuando se trata de la posesión se prescinde de la propiedad".

No obstante, Gonzales Barrón (2010, pp. 130 – 131) sobre la misma "definición" legal de posesión expresa un punto de vista diametralmente opuesto:

> "En principio debemos indicar que el art. 896 CC (como antes lo fue el art. 824 CC de 1936) no define la posesión en los términos de la doctrina de Ihering; es más, nos atrevemos a afirmar que esta definición se haya mucho más cerca de la tesis de SAVIGNY conforme pasaremos a demostrarlo.
>
> En efecto, según SAVIGNY la posesión se determina cuando quien tiene un bien bajo su dominación física, actúa o se comporta (como propietario). Es decir, el poseedor debe realizar una actividad análoga a la que califica la actuación del propietario. Pues bien, el art. 896 CC dice que es poseedor quien ejerce de hecho "uno o más poderes inherentes a la propiedad". Es decir, la posesión existe como derivación de la propiedad, con lo cual debiera suponerse lo siguiente:

a) No basta el poder de hecho sobre algún bien,
b) Es necesario que este poder hecho sea ejercido en forma análoga a como lo haría un propietario
c) Para determinar el poder de hecho se ejerce como propietario o como arrendatario des necesario conocer la "causa de la posesionó" o el animus. No hay otra forma d diferenciar una posesión de la otra y esto es claramente el animus domini a lo que se refiere el art. 896 CC cuando habla de un poder inherente a la propiedad"

Si los dos destacados juristas difieren diametralmente sobre el significado de la "definición" de posesión, entonces preguntémonos: ¿En qué quedamos finalmente?:Ello nos lleva a plantearnos el tema de la naturaleza jurídica de la posesión y los elementos de la relación posesoria.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y ELEMENTOS DE LA RELACIÓN POSESORIA: ANIMUS Y CORPUS

La naturaleza jurídica de la posesión es un tema controversial (Cfr. JIMÉNEZ, 2003, pp. 99 y ss.). Esta discusión, iniciada hace más de dos siglos, ha concentrado el interés de muchos juristas y estudiosos del derecho[3].

En ese contexto juegan un rol trascedente para la delimitación de la naturaleza jurídica de la posesión, los elementos de la relación posesoria: el animus y el corpus. El primero viene a ser la intencionalidad con la que el sujeto se vincula objetivamente a un bien o cosa; en tanto que el segundo, se verifica en la relación objetiva entre el sujeto y la cosa.

Un ejemplo graficará lo expresado: Subimos a un taxi y encontramos al lado de nuestro asiento un celular. Al aprehender dicho bien, objetivamente se visualiza el corpus. Entonces, corpus no es la cosa sino viene a ser la posibilidad física de vincular la cosa con el sujeto. Sigamos, ¿qué intención me ha animado a vincularme con el celular?: Si nuestra intención es la de reportar y entregar a la autoridad municipal el celular como un bien extraviado, es evidente que solamente hemos ejercido la tenencia temporal sobre ese celular, concordante con un animus temporal.

En cambio, si la intención es hacernos propietarios (que evidentemente no lo somos), entonces me anima el denominado animus domini (ánimo de considerarnos como titulares). Por tal razón usaremos a partir de la fecha dicho celular a la vista y paciencia de todos, a fin de que nuestra posesión genere la

3 A la posesión se la ha denominado un fenómeno, calificándola como "uno de los más incomprensibles y controvertidos" institutos, "el más grande tormento de la historia y de la doctrina" (Cfr. Bendersky, 1961, p. 8)

protección a la vinculación sujeto-cosa tan propia de los derechos reales, de tal suerte que, cumpliendo con el plazo y los requisitos señalados en el artículo 951 del Código Civil vigente, podemos adquirir luego de más de cuatro años de posesión pacífica, continua y pública la propiedad sobre dicho bien en perjuicio de su anterior propietario.

Dos son las principales teorías sobre la naturaleza jurídica de la posesión. Nos referimos a las doctrinas de los jurisconsultos alemanes Savigny e Ihering.

2.1. TEORÍA DE SAVIGNY

Este jurista sostiene que la posesión supone la existencia de dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el elemento físico de la posesión, sin el cual ésta no se lleva a cabo.

Aunque en su forma típica supone el contacto material o manual, en la práctica dicho contacto no es indispensable, pues es posible que se produzca esporádicamente debido a que la persona puede ser poseedora de varios bienes y solo tiene posibilidad de tener contacto directo e inmediato con alguno o algunos de ellos.

Lo que realmente define el corpus, es la posibilidad material de hacer con la cosa lo que se desee (siempre dentro de los límites legales) impidiendo toda injerencia extraña.

Pero no basta con el corpus. Para que realmente una persona sea reputada poseedora, es necesario que posea con ánimo de dueño (animus domini). Por el contrario, si tiene la cosa reconociendo en otro el derecho de propiedad, si la tiene en representación de otro o para otro es un simple detentador (ejemplo: arrendatario, usufructuario, usuario, superficiario).

Es, por consiguiente, el animus domini lo que distingue al poseedor del tenedor; pues el corpus no permite de por sí distinguirlos, ya que tanto el poseedor como el detentador tienen la cosa de idéntica manera.

Ahora bien, es menester precisar que el corpus no es simple inmediatez física; así, por ejemplo, una persona dormida ebria o demente no posee la cosa que se ha puesto en su mano. Es un simple caso de yuxtaposición local donde observamos una vinculación externa entre el sujeto y cosa, pero no corpus, pues este exige conciencia (animus) de que se está detentando algo.

2.2.TEORÍA DE IHERING.

Ihering criticó duramente la doctrina de Savigny, empezando por negar que el corpus esté caracterizado por la posibilidad material de disponer de la cosa, pues no siempre el poseedor está en la posibilidad física de disponer. Critica, además, el señorío de que nos habla Savigny, pues este existe también en las relaciones de padre a hijo menor, sin que por ella haya posesión de aquél sobre éste.

De otro lado, en cuanto al animus que requiere Savigny, muchas veces será imposible probar, pues se trata de un elemento intencional, si no vemos ¿qué ocurre cuando la persona cambia de ánimo y posee el bien ahora como dueño, mañana como representante del nuevo propietario y luego nuevamente como dueño?

De otro lado, las leyes reconocen el carácter de poseedores a quienes no son propietarios (en nuestro derecho lo son el usufructuario, el usuario, el acreedor anticresista, el titular de una servidumbre, etc.). Esta crítica llevó a Ihering a plantear la cuestión sobre una base objetiva, contraria al subjetivismo de la concepción de Savigny.

En efecto, Ihering sostuvo la necesidad de repensar el concepto de corpus, esto es del elemento material de la posesión, pues éste versa sobre la aprehensión física ni de la posibilidad física de aprehender la cosa. Se trata en realidad de comportarse respecto de la cosa como lo haría el propietario o las personas a las cuales la ley reconoce el derecho de posesión; lo decisivo es que esa conducta sea la adecuada al destino económico de la cosa, es decir, que se dé utilidad a los demás.

En cuanto al animus, Ihering prescinde de él como elemento determinante para caracterizar a la posesión (pues no debemos olvidar que salvo excepciones todo corpus presupone un animus). En consecuencia, lo que resulta determinante para la caracterización de la posesión, es que el hecho de la vinculación objetiva (corpus) sea sancionado como posesión por la norma jurídica, a menos que la ley (por diversas razones) niegue en ciertas circunstancias ese amparo o lo reduzca a límites más modestos (como ocurre con el servidor de la posesión al que hace referencia el artículo 897 del Código Civil).

2.3. VISIÓN COMPARATIVA DE AMBAS TEORÍAS

Según Savigny, entre posesión y tenencia lo que varía es el animus domini que tiene el poseedor y del que carece el tenedor. Según Ihering, lo que distingue a uno y otro es simplemente la voluntad del legislador que, por motivos distintos, otorga en un caso la protección posesoria y en otro la deniega.

Para Savigny, la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas (es decir primero se dan las obvias vinculaciones sujeto-cosa y después el ordenamiento jurídico sanciona o regula estas), mientras que para Ihering, la posesión se halla previamente tipificada en la ley, en función de la cual ésta determina o sanciona determinadas vinculaciones sujeto-cosa como posesión, para que luego los comportamientos sociales se adecúen a dichos parámetros.

¿A qué se debe que una redacción tan escueta y aparentemente clara como la "definición" de posesión del 896 genere opiniones tan dispares, como las reseñadas previamente?

A nuestro modo de ver, la causa se debe a que dicha norma no define absolutamente nada, pues simple y llanamente viene a ser una norma remisiva, en tanto nos remite a la "definición" de propiedad que

hace el artículo 923 del Código Civil, el cual señala que "La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

En efecto, al señalarse que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, se refiere a la ejecución de uno o más de cualquiera de los cuatro verbos previamente señalados.

En términos estrictamente técnicos, Shimabuku (2011, pp. 79 - 85) señala que toda definición:

> "…pretende dar a conocer un objeto con la enumeración de sus principales propiedades o características, tanto de aquello que son comunes en cuanto miembro de una especie, como de los que se distinguen de otros dentro de ella".

Más adelante complementa:

> "La definición es un importante apoyo en la formación de conceptos en los sistemas de clasificación jerárquica. Permite la introducción de grados de gradualidad según se aumentan las características cualitativas y cuantitativas del objeto y sea posible poner límites para señalar dónde empieza las diferencias o sus similitudes".

Finalmente, el citado autor señala que las reglas para la formulación de las definiciones se caracterizan por poseer tres condiciones:

> "a) La definición debe mostrar la esencia de los términos. (…) El propósito de la de definición es señalar la esencia, el diferenciador central del término respecto a los demás y, cuanto se aproxime a su contenido medular, tenderá a ser más completa porque acentuará su singularidad" (…) b) La definición impone evitar el círculo vicioso (…) Muchas veces un término es definido con otros términos que son prácticamente sinónimos; entonces se crea una circularidad (…) c) La definición exige concisión y profundidad (…) la definición procura que el definiedum cuente con términos precisos , breves y de calidad, que configuran la esencia del nuevo concepto y no sea simplemente una lista de propiedades conocidas".

En ese orden de ideas, las "definiciones" legales de posesión y de propiedad, será todo menos lo que pretenden ser. Esa falta de rigor es a nuestro entender la clave para comprender el enredo que nos impone el término posesión, sin perjuicio de la controversia entre Ihering y Savigny.

Se puede concluir que la posesión es una figura jurídica que posee diversas aristas y cumple varias funciones. Esa es la razón por la que preferimos el empleo del término "fenómeno posesorio". Es indispensable, por tanto, evitar encasillarla en un esquema rígido, sino que se debe diseñar acepciones que privilegien su utilidad práctica.

Por ello, si la posesión (que como derecho real existe y emana del hecho mismo de poseer), entonces evidentemente el sistema legal regula las consecuencias jurídicas del hecho de la posesión como corresponde a su condición de derecho real principal.

Son estas consideraciones las que han llevado a muchos a concluir que la posesión es un derecho a la vez que un hecho. Por ello, en palabras de Puig Brutau:

> "(…) Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. Al depender de la voluntad del sujeto que posee la producción de estas consecuencias previstas por la ley, la posesión aparece como un derecho subjetivo, aunque de un tipo peculiar. Es un derecho provisional porque no podrá ser opuesto –por lo menos de manera definitiva- a la propiedad y a otros derechos reales" (1978, p. 46).

De la posesión, según la redacción del artículo 896 podemos determinar los elementos siguientes:

1. Se trata de un poder jurídicamente reconocido y protegido por la legislación, lo que genera la titularidad de este derecho a favor de una persona.
2. La posibilidad de que se practiquen en funciones de ella, uno o más comportamientos inherentes al dominio, tales como el uso y el disfrute del bien poseído.
3. La influencia del sujeto sobre los objetos o bienes que son materia de la posesión.

La concepción subjetivista de Savigny es trascendente, sin embargo tiene el inconveniente de ser demasiado estrecha; pues al considerar únicamente como poseedor a aquel que posee con animus domini (es decir que se comporta respecto del bien como propietario sin serlo) niega por ende tal cualidad al propietario que posee o a cualquier otra persona que se vincula con el bien con un título (justificativo), ya sea de naturaleza real como obligacional; pues en el primer caso el propietario "posee" para sí en virtud del título de propiedad mientras que en el segundo caso, el sujeto "posee", pero reconoce que otro es el propietario.

Dicho punto de vista deja fuera de carrera a una serie de situaciones de vinculación sujeto-cosa conforme lo precisa Mejorada Chauca, quien detalla sobre el particular que:

> "La posesión es el derecho que surge de la propia conducta y del impacto de esta sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El comportamiento del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Así, el poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el acreedor prendario, el arrendatario, el comodatario, o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea este real o no" (2004, pp. 710 - 711)

Consecuentemente, el fenómeno posesorio tiene extensas implicancias prácticas pues se encuentra inmerso en el ejercicio de diversos derechos reales, como la propiedad, uso, usufructo, servidumbre, habitación, garantía mobiliaria, anticresis, así como en derechos personales como el arrendamiento, el comodato, entre otros.

En ese contexto, la concepción de objetiva de la posesión de IHERING permite suplir tal vacío (pero no en sentido antagónico sino más bien complementario), al considerar como poseedores a los titulares de derechos reales u obligacionales citados.

Esa complementariedad de la posesión como hecho y como derecho es de suma trascendencia a fin de reconocer si se está ante una situación posesoria (y de ser así de qué tipo o calidad de relación posesoria se trata), pues solo de ese modo se podrá saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para tal situación concreta. Mejorada Chauca señala que:

> "Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, el reembolso por mejoras y la defensa interdictal son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber qué elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria". (1998, p. 237)

3. EFECTOS PRÁCTICOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FENÓMENO POSESORIO

Solo para mencionar algunos de los efectos y consecuencia de la posesión podemos señalar los siguientes:

- La adquisición de la posesión no solo se produce por la tradición y en los casos de adquisición originaria que establece la ley, sino también por medio de mecanismos ficticios, en cuyo caso se denomina tradición ficta, que es la que "se entiende realizada" (Avendaño Valdez, 2002, pp. 9 -10). Esta se regula en los artículos 902 (cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero) y 903 (tradición documental) del Código Civil.

- El poseedor actual tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898°), para ello se requiere la existencia de una transmisión conforme a ley. Esto es particularmente útil en los casos que el poseedor busca ser propietario por prescripción.

- El poseedor tiene derecho a conservar tal calidad, aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera; es decir, aun en caso de no ejercer de hecho ninguna conducta sobre el bien. Dichos hechos de naturaleza pasajera abarcan los supuestos de bienes sustraídos o robados del poseedor, de bienes perdidos o los llamados "hechos de Dios" (GARCÍA, 2003, pp. 109-110), como sería el caso de un inmueble al que no puede físicamente acceder por causa de factores climatológicos o por la caída de un puente, el bloqueo de una carretera, el cambio del cruce de un rio, etc. (artículo 904)

- El poseedor goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el solo hecho de haber conferido un título temporal de posesión en favor de otro para que éste posea de manera inmediata

(artículo 905); es decir, el poseedor inmediato deviene en poseedor temporal en virtud de un título. Observamos que quien confirió el título sigue siendo considerado poseedor pese a que objetivamente no se halla actualmente vinculado al bien. (Avendaño Valdez, 2003, p. 114).

- El poseedor goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe, artículo 908) y recibe sanciones drásticas si posee de mala fe (artículos 909 y 910). (Avendaño Valdez, 1986, p. 59). Se debe señalar que la buena fe no ha de ser solo inicial, sino que debe subsistir durante todo el tiempo de la posesión, "pues si por algún motivo el poseedor llegase a tener conocimiento o conciencia de su ilegitimidad, su buena fe cesaría" (Avendaño Valdez, 1986, pp. 60 - 61).
- El código civil ha previsto presunciones legales que invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915) ante determinadas situaciones de controversia[4], como cuando se pone en duda la propiedad del bien, la propiedad de los accesorios, la buena fe del poseedor y la continuidad de la posesión.
- El poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno. (artículos 916 al 919).
- El poseedor puede hacer uso de medios judiciales y extrajudiciales de defensa cuando su posesión ha sido agredida. (artículos 920 y 921°.
- La posesión prolongada, que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad y servidumbre. (artículos 950, 951 y 1040) y,
- La posesión es el modo preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales. (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136)

4. DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA POSESIÓN

Recapitulando, tenemos entonces que, siendo el fenómeno posesorio altamente complejo, se requieren diversos niveles para su comprensión. En ese contexto, y sobre la base de reconocerle a este fenómeno su doble connotación, tenemos que la posesión constituye un término polisémico respecto del cual encontramos hasta tres significados:

4 El poseedor se presume propietario, en tanto no se pruebe lo contrario (lo que no se aplica en caso de propietario con derecho inscrito y tampoco puede oponerla el poseedor inmediato al mediato); la posesión de un bien hace presumir la de sus accesorios y la del inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él; se presume la buena fe del poseedor (salvo que el bien esté inscrito a nombre de otra persona); se presume la posesión del lapso intermedio si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente (presunción de continuidad).

a) La posesión como hecho con consecuencias jurídicas, de raigambre savigniana.

b) La posesión como un derecho, al cual se adecúan los comportamientos humanos respecto de las cosas, con fuerte influencia iheringnística.

c) La posesión como modo extraordinario de adquirir la propiedad y como prueba de la misma propiedad por prescripción; donde confluyen las dos vertientes previas; demostrándose así con la mayor nitidez, que la posesión es al mismo tiempo un hecho y un derecho.

La complejidad anotada en los apartados precedentes explican el por qué intentos de caracterización unilaterales, basados en visiones estrechas de este fenómeno (y en función de meras normas remisivas ajenas a toda rigurosidad de definición como son el caso de los artículos 896 y 923 del Código Civil) se hallan de antemano condenadas al fracaso.

5. CLASIFICACIÓN DE LA POSESIÓN

Siguiendo a Ramírez Cruz (2017, pp. 445 y ss.), Gonzales Barrón (2010, p. 164 y ss.) y Gonzales Linares (2007, p. 154 y ss.), a continuación, ofrecemos el resumen de la clasificación de la posesión desarrollada por estos autores:

AUTORES		CLASIFICACIÓN DE LA POSESIÓN
RAMÍREZ CRUZ	**CLASIFICACIONES ANTIGUAS**	- Possessio. La posesión (a secas): Es la situación de poder sobre el bien, como tal supone la tenencia - corpus - y la voluntad de disponer del bien con exclusión de los demás. - Possessio civilis. Esta es una propiedad de hecho, esta era una posesión cualificada respecto a la anterior. - Possessio naturalis. No es posesión. Es el simple estar con el bien.
	POSESIÓN EN EL PERIODO DE JUSTINIANEO	- Possessio civilis La protegida por los interdictos y que conduce a la usucapión. - Possessio naturalis Abarca la Possessio naturalis pero no se requiere animus.

LA POSESIÓN EN LA CODIFICACIÓN NACIONAL

- Posesión mediata e inmediata. Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título el cual le confiere la capacidad de explotar y aprovechar el bien para sí. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.
- Posesión ilegítima e legítima. La posesión ilegítima es la que carece de un título valido o carecía de derecho para transmitirla. La posesión ilegitima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. La posesión ilegitima de mala de, se da cuando los poseedores tienen pleno conocimiento de su ilegitimidad. La posesión legitima deriva o emana necesariamente de un título.
- Posesión de buena fe. La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.
- Posesión de mala fe
- Posesión precaria. La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.
- Posesión ad usucapionem: De inmuebles y de muebles
- Posesión civilísima. La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante.
- Posesión en nombre propio. Todos los que ejercen posesión por si (llamada también personal o para sí) cualquiera que sea el concepto en que ostenten.
- Posesión en concepto de dueño. Comprende la posesión de la propiedad, y la titularidad del derecho.
- Posesión en concepto distinto del dueño. Comprendido en la subcategoría del poseedor en nombre propio, porque se refiere a como se tiene la posesión y no a su ejercicio.
- Poseedor en nombre ajeno. Es la posesión en nombre no propio, es el poseedor que ejerce la posesión en nombre del otro.

		- Posesión precaria. Se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. - Posesión Justa. Cuando posee el que tiene derecho a poseer. - Posesión Injusta. Es aquella que se tiene sin derecho, lo cual implica un hecho ilícito. - Posesión civilísima. Es la posesión que se obtienen por ministerio o disposición de la ley. - Posesión viciosa. Adolece de características o cualidades que invalidan la posesión. Ejemplos: violencia, clandestinidad, posesión. - Posesión de bienes muebles. En materia de bienes muebles la posesión vale como título. (Art. 948 C.C.)
GONZALES BARRÓN	**POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA**	- Posesión mediata: Quien entrega un bien en forma temporal para use o disfrute. - Posesión Inmediata: Aquel que tiene el control factico sobre la cosa.
	POSESIÓN LEGITIMA E ILEGITIMA	- Posesión Legitima: Aquella fundada en un derecho. - Posesión ilegitima: Aquella que se tiene sin título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o que no lo tenía para transmitirlo.
	POSESIÓN DE BUENA FE Y MALA FE	- Posesión de buena fe: El sujeto que actúa de forma honesta. - Posesión de mala fe: Existencia de dolo al mantener el bien que no le pertenece.
	POSESIÓN EXCLUSIVA	- Cuando en un mismo grado posesorio se encuentra un solo poseedor, aunque haya otros que posean en grados superiores o inferiores.

	COPOSESIÓN	- Cuando varias personas dominan el mismo bien como poseedores inmediatos o como poseedores mediatos de idéntico grado.
	POSESIÓN PRECARIA	- Invasor o cualquier sujeto sin título, aunque posea en concepto de dueño.
	POSESIÓN LEGITIMA E ILEGITIMA	- Posesión legitima. Cuando resulta de un derecho real. - Posesión Ilegitima: Cuando se posee sin título alguno o mediante un título nulo o por haberse adquirido de modo derivado.
GONZALES LINARES	**POSESIÓN DE BUENA FE Y MALA FE**	- Posesión de buena fe: Es la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo. - Posesión de mala fe. Falta la convicción de actuar con respeto a los derechos ajenos legalmente constituidos.
	POSESIÓN PRECARIA	- Posesión precaria: Se tiene un bien sin titulo
	POSESIÓN CIVILÍSIMA	- Posesión civilísima. La posesión de bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante.
	POSESIÓN VICIOSA Y NO VICIOSA	- Posesión viciosa: Posesión ilícita de connotaciones penales. - Posesión no viciosa: Posesión pacifica o puntualmente opuesta a la posesión violenta.
	POSESIÓN INMEDIATA Y MEDIATA	- Posesión Inmediata: El poseedor temporal en virtud de un derecho es poseedor inmediato.

OTROS TIPOS DE POSESIÓN	- Posesión mediata: Posesión de derecho nunca de hecho. - Posesión ad usucapionem: Fue regulado bajo la denominación de prescripción de dominio. - Posesión ad interdicta: Todo poseedor de hecho o de derecho - Posesión Continua. Se conserva la posesión, aunque su ejercicio este impedido por hechos de naturaleza pasajera. - Posesión Urbana: Aquella desplegada en la ciudad o conjunto de calles y edificaciones con población dedicada a actividades no agrícolas. - Posesión Agraria. Las construcciones instalaciones, es decir otros hechos fuera de aquellas actividades no constituyen por si mismas actos posesorios son solo complementarios de las actividades agrarias principales.

Fuente: Cuadro elaborado por los autores sobre la base de las propuestas desarrolladas por los civilistas citados previamente.

Una visión comparativa de las clasificaciones precedentes nos deja una sensación de confusión, pues observamos listados de los diversos tipos de posesión más o menos extensos, meramente descriptivos, poco prácticos y desvinculados entre sí.

Por nuestra parte, consideramos que todo intento clasificatorio debe comenzar a partir de indagar cuál es el denominador común de toda clasificación. La respuesta se halla en el denominado "Titulo", el cual debe ser entendido como "aquello que justifica el ejercicio de un derecho real", en este caso el de la posesión.

Entonces, ¿cómo se justifica que una persona sea llamada poseedor? La respuesta está en la voluntad de los sujetos (a través de los actos jurídicos) y en las disposiciones de la ley.

Siendo el "acto jurídico" y "la ley" los títulos que justifican la posesión, comenzaremos con la "posesión precaria". Cuando el artículo 911 señala que es poseedor precario quien no tiene título o si lo tenía, éste ya feneció, la interrogante que surge es: ¿Por qué si no hay título (acto jurídico) hablamos de posesión precaria?

La respuesta se halla en el mismo artículo 911. En efecto, es la propia ley la que señala que, quien posee de hecho un bien para sí, sin mediar acto jurídico eficaz, es un poseedor precario.

Veamos otra clasificación que nos indica la existencia de la "posesión mediata e inmediata". Nuevamente el título es el protagonista, cuando en el artículo 905 se dice que es "poseedor mediato" quien concede el título para poseer un bien en favor de otra persona, siendo a su vez este último, considerado como "poseedor inmediato".

Observamos que por ficción legal el "poseedor mediato" (quien actualmente no se halla vinculado con el bien) sigue siendo considerado poseedor. En este caso ¿qué características debe tener el título para dar fundamento a esta ficción legal?

Responder a la pregunta anterior, nos lleva a entender que el acto jurídico celebrado debe orientarse a permitir que el "poseedor inmediato" se vincule con la cosa de manera temporal y no como nuevo propietario. En ese contexto se entiende que, con el fin de evitar la mala fe de este último (quien eventualmente haría valer parcial o totalmente su plazo de posesión en un futuro proceso de prescripción); se proteja a quien confirió temporalmente el título mediante la ficción legal de considerarlo como "poseedor mediato", pese a que la vinculación actual con el bien corresponde al inmediato.

Existe otra clasificación que divide a la posesión como: "a título de propietario" y a "título de no propietario". Nuevamente en este caso cobra trascendental importancia cuál es la orientación del acto jurídico celebrado.

Nos explicamos: si el acto jurídico se orienta a transferir la propiedad (como en el caso de la compraventa o la donación), entonces el comprador y el donatario no solamente adquirirán la posesión, sino que además se convertirán en los nuevos titulares del bien. Ello explica por qué en estos casos son considerados como poseedores a título de propietario.

Por el contrario, si el acto jurídico solo transfiere la posesión temporalmente (lo cual nos lleva al escenario de la posesión "mediata" e "inmediata"), como en los casos del arrendamiento y el usufructo, observamos que el arrendatario y el usufructuario (aparte de ser considerados poseedores inmediatos) son considerados como poseedores a título de no propietario, pues culminado el plazo de duración del respectivo contrato deberán restituir la posesión del bien al arrendador y al nudo propietario respectivamente.

A continuación, nos referiremos a la "posesión exclusiva" y a la "coposesión". En este supuesto los títulos de posesión son tanto la ley como el acto jurídico.

En efecto, dependerá de la singularidad o pluralidad de los sujetos a los que mediante el contrato se les confiere la posesión, lo que determinará si ésta será exclusiva (en favor de un solo poseedor) o una coposesión (dos a más poseedores).

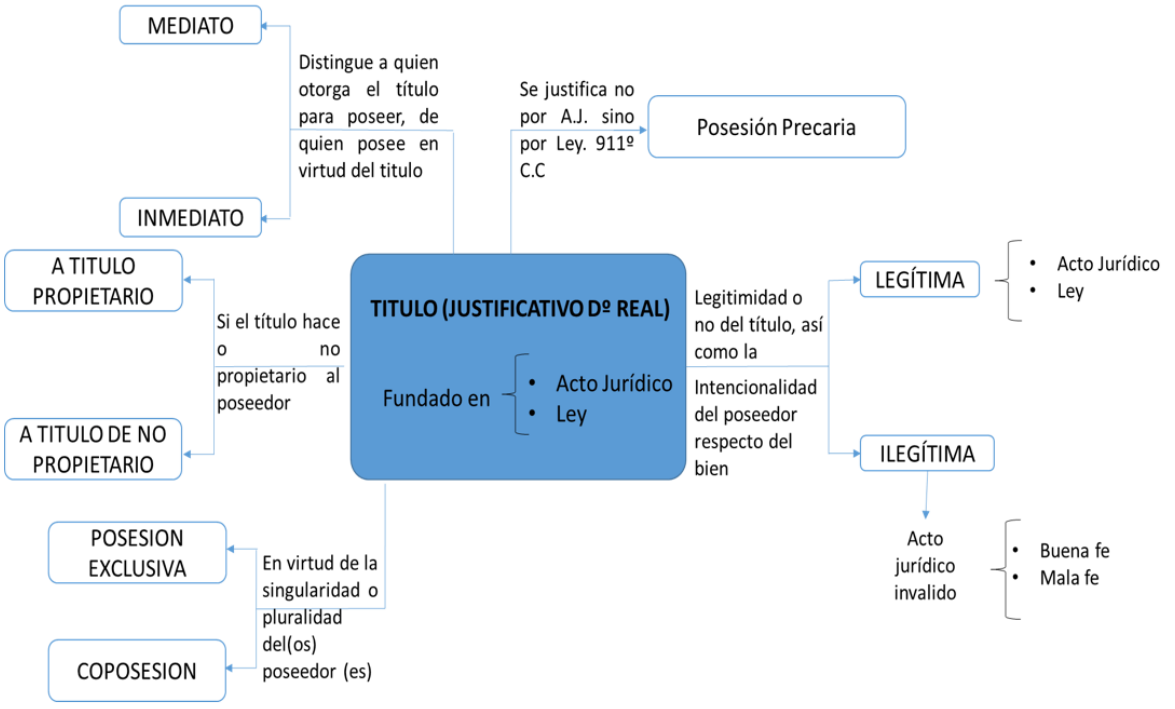
Puede darse también el caso -en circunstancias de invasiones de terreno- donde los diversos poseedores organicen entre ellos còmo coposeer el bien (situación regulada en artículo 899 del Código Civil).

Finalmente, existe la clasificación de la posesión legitima y ilegítima. Se infiere que la "posesión es legítima" cuando se basa en un acto jurídico válido conforme a la ley y a la buena fe. La diferencia se halla en la "posesión ilegítima", pues ésta puede ser de buena fe (por error de hecho o de derecho, quien ejerce la posesión cree en la legitimidad o validez de su título). Esto se observa, por ejemplo, cuando el adquirente de un lote de terreno por error posee y edifica en otro lote, similar y colindante al que verdaderamente es el suyo, conforme se desprende de la interpretación del artículo 906 del Código Civil.

Por el contrario, el poseedor ilegitimo de mala fe es aquel que basa su posesión en un acto jurídico viciado, como sería el caso de aquel invasor de un terreno que deliberadamente falsifica un contrato de compraventa de un inmueble para engañar a sus vecinos que él es el actual titular de dicho bien.

Esta última clasificación se fundamenta en la legitimidad o no del título, así como en la correspondiente intencionalidad del poseedor respecto del bien.

A continuación, ofrecemos un esquema orientado a clarificar lo expresado en torno a este tema:



6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas hemos realizado un breve recorrido por alguno de los aspectos más importantes y relevantes del fenómeno posesorio con la finalidad de aportar al mejor conocimiento de esta institución jurídica tan compleja e importante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albaladejo, M. & Doral García De Razas, J. (1992). Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VII. Volumen 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Avendaño Valdés, J. (1986). La posesión ilegítima o precaria. En: Thémis. Revista de Derecho. Segunda Época, Núm. 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdés, J. (2002). Suma de plazos posesorios. En: Derechos Reales. Selección de Textos. Materiales de enseñanza del curso de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lectura N° 10 del Capítulo V (Posesión). Lima.

Avendaño Valdés, J. (2003). Clases de Posesión y sus efectos. En: AA.VV. Código Civil comentado. Tomo V. Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdés, J. (2002, 18 de agosto). La posesión en el Código Civil de 1984. En: La posesión precaria. La complejidad de una institución aparentemente simple. Suplemento de Revista Peruana de Jurisprudencia. Volumen XIV. Numero 18. Trujillo.

Bendersky, M. (1961). Acciones Posesorias y Despojo. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

García García, L. (2003). Conservación de la posesión. En: AA.VV. Código Civil comentado. Tomo V. Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica.

González Barrón, G. (2010). Derechos Reales. (2da Ed.). Lima: Ediciones Legales.

González Linares, N. (2007). Derecho Civil Patrimonial. Lima: Palestra Editores.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2003, diciembre). Defensa de la posesión. En: Revista de la Corte Superior de justicia de Lima. Lima: Editorial Alternativas. Año N° 1. N° 1.

Lafaille, H. (1929). Curso de derecho civil (Derechos reales). Posesión. Dominio y Condominio. Tomo I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

Mejorada Chauca, M. (1998). La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano. En: lus et Veritas, Año IX. Número 17. Lima, noviembre 1998.

Mejorada Chauca, M. (2004). Fundamentos de la posesión. En: AA.VV. Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Puig Brutau, J. (1978). Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III. Barcelona: Ed. Bosch.

Ramírez Cruz, E. (2017). Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Salvat, R. (1962). Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Shimabuku, A. & Shimabuku, A. (2011). Métodos para clasificar y dividir las cosas. Lima: Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5205

EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN Y SU IMPACTO TRIBUTARIO EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Manuel Bermúdez Tapia[1]
Piero Benavides Roldán[2]

RESUMEN

El análisis de los problemas económicos que afectan a la familia se suele limitar a los casos vinculados a un divorcio o a la crisis familiar que podría manifestarse en varias situaciones y con diferentes niveles de impacto en la familia, sin importar su condición matrimonial, convivencial o monoparental.

Usualmente la familia no toma en cuenta elementos y situaciones de naturaleza económica, tributaria o comercial en su vida cotidiana porque esencialmente estas referencias no forman parte de su esfera de acciones directas, relativizándolas hasta que resulta imposible de manejar, como cuando ocurre una sucesión o surge una expropiación.

Así cuando surge la expropiación de una vivienda familiar, no se toma en cuenta el impacto económico que puede provocar un caos absoluto si es sometido a un procedimiento expropiatorio por parte del Estado, muy a pesar de que se pueda generar el pago de un justiprecio por el mencionado bien.

Palabras clave: Familia, sociedad de gananciales, derechos patrimoniales de la familia, expropiación y elementos tributarios en el ámbito del derecho de familia.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho, doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

2 Egresado de la Facultad de Derecho y maestrante de la maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ABSTRACT

The analysis of the economic problems that affect the family are usually limited to cases related to a divorce or family crisis that could manifest itself in various situations and with different levels of impact on the family, regardless of their marital, cohabitation or single parent status.

Usually the family does not take into account elements and situations of an economic, tax or commercial nature in their daily lives and because essentially these references are not part of their sphere of direct actions, relativizing them until a moment in which it is impossible to handle, such as when a succession occurs or when an expropriation arises.

Thus, when an expropriation of family housing arises, the economic impact that absolute chaos can cause is not considered if it is subjected to an expropriation procedure by the State, even though the payment of a justification for He mentioned well.

INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de desarrollo económico del país se busca satisfacer múltiples necesidades de la población; una de las cuales es lidiar con la brecha en infraestructura. Así el Estado genera contratos de concesión, asociaciones público privadas y, a su vez, ha venido estableciendo procedimientos ágiles para el otorgamiento de los inmuebles necesarios para dichas obras.

De este modo se procura atender un problema social de "falta de viviendas", generando una situación particular en las expropiaciones tras afectar de modo directo y objetivo a otras familias (Bermúdez-Tapia, 2011).

De este modo, uno de los procedimientos establecidos en el Decreto Legislativo Nº 1192 y sus modificatorias contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1330 es el de la expropiación mediante la cual se transfiere la titularidad de un bien inmueble en favor del Estado a cambio de una indemnización justipreciada. Esta indemización, en teoría, reemplaza el valor del bien haciendo de esta transferencia una que revista justicia y se asuma un monto adicional en compensación por la transferencia forzosa.

En forma directa, los decretos mencionados y la legislación tributaria consideran que la indemnización justipreciada debe estar gravada con la imposición del impuesto a la renta de segunda categoría, la cual ya amplía el margen negativo que asume la familia afectada, sin tomarse en cuenta este hecho porque la objetividad de la ley anula una evaluación subjetiva o particular.

Ante esta situación, en el presente texto consideramos que la indemnización justipreciada no debería generar los mismos efectos (ni parte de los mismos supuestos) que una enajenación voluntaria, pues no se presentaría la posibilidad de fijar un precio en base a factores subjetivos que pueden incrementar el valor. De esta manera se afecta una de las posibles ventajas que el titular de un bien expropiado podría obtener.

Complementariamente no se toma en cuenta que estas acciones, que responden a políticas publicas de inversión y promoción de servicios públicos (en general), deberían exonerar con el pago de tributos a las indemnizaciones justipreciadas porque estas responden a una naturaleza diferente al de la transacción comercial, dado que las familias en esencia no han querido "vender" o "transferir" su vivienda en un acto comercial.

Surge entonces un contenido que podría permitir una evaluación tributaria al contexto de tutela de una familia, principalmente en el ámbito económico porque al final el justiprecio no responde a las condiciones usuales del mercado y puede provocar una situación de diferenciación en un Estado de derecho democrático y social (Bermúdez-Tapia, 2001).

1. El análisis del problema de la expropiación respecto de la tutela de la propiedad

A decir de Avendaño Valdez, la propiedad es un poder jurídico que adopta muchas formas (2017). Así, hay el poder de la fuerza, el poder político, el poder bélico. En este caso (de la propiedad) es un poder que nace del Derecho y recae sobre un bien o sobre un conjunto de ellos, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos).

Una de las características principales es la exclusividad de su ejercicio (pese a la existencia de figuras como la copropiedad o a la posibilidad de autorizar a otro a obtener otro derecho sobre el bien como las servidumbres o usufructos.

Asimismo, el Derecho de propiedad comprende en sí una doble dimensión, esto es la posibilidad de adquirir bienes (derecho a la propiedad) y la libre disposición de estos (derecho de propiedad propiamente dicho o de ejercicio de la propiedad).

Estos conceptos son desarrollados tanto por la Constitución como por el Código Civil. En cierto modo, podríamos decir que la propiedad material se encuentra "reglamentada" por el Código Civil.

2.La expropiación

La expropiación es señalada en la doctrina, como la máxima expresión de los límites al derecho de propiedad ya que importa su extinción a fin de cumplir con las finalidades del Estado.

> Avendaño sostiene que "El fundamento jurídico de esta institución es el mismo que sirve al Estado para limitar los derechos individuales, esto es, la realización de sus funciones, ya sean esenciales o las facultativas. El Estado tiene como fin esencial el orden jurídico, es decir, crear el derecho y asegurar su imperio. Pero, además, procura el bienestar y el progreso social. La facultad de expropiar está justificada por la realización de los fines jurídicos y sociales del Estado" (1994, p. 120).

En nuestro país, la definición de expropiación la encontramos en el artículo 4.4 del Decreto Legislativo N° 1192, la cual regula lo siguiente:

> Expropiación: Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente decreto legislativo.

Ahora, si bien entendemos que la expropiación busca impedir que un particular limite las acciones que el Estado busca realizar para el beneficio de la colectividad y su bienestar, también debemos observar que es un límite al derecho de disposición en el sentido de que se está obligando a realizar la transferencia del inmueble con el Estado y no con otro particular que pudo haber sido elegido libremente, provocando nuestra opinión que sostiene que se condiciona negativamente la libertad de contratar y disponer de un bien.

Esto es un perjuicio que el legislador no ha previsto por considerarlo etéreo y se ha conformado con establecer que los daños y perjuicios están cuantificados e incluidos en la indemnización justipreciada, que como señalamos, en el ámbito familiar no logra ser evaluado correctamente porque las condiciones en las cuales las relaciones familiares se desarrollan en una vivienda familiar son esencialmente distintas a las de un acto comercial puro.

3. El impacto de la potestad tributaria del Estado

El Derecho Constitucional Tributario, a decir de muchos autores, contiene temas como los principios, garantías y normas que regulan la potestad tributaria, temas como los derechos humanos y tributación, la vigencia de la norma tributaria en el tiempo, la teoría de la exención tributaria, entre otros.

Para efectos de este ensayo nos vamos a enfocar principalmente en la potestad tributaria, la cual se menciona en el artículo 74 de la Constitución Política del Perú:

> Artículo 74.- Principio de legalidad y principio de no confiscatoriedad. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

En este artículo se señalan los cuatro principios fundamentales para definir la potestad tributaria y los límites que esta debe observar. Estos principios son el principio de reserva de la ley, el principio de igualdad, el principio de no confiscatoriedad y el principio de respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, cuando se generan procedimientos de expropiación surge un factor no previsto en la normatividad tributaria, por cuanto la familia, titular de un bien materia de expropiación y sobre la cual recae el pago de un justiprecio, no tenía en esencia el ánimo de generar una actividad comercial, por tanto no hay un animo de lucro de por medio.

Sin embargo, el resultado económico de la expropiación provoca el factro de incidencia tributario que determina la obligación tributaria a cargo de la familia, sin tomar en cuenta que se la ha afectado de modo objetivo y la incidencia que esta situación puede provocar una condición totalmente imprevista en las relaciones personales al interior de la misma, porque no resulta lo mismo vivir en una "casa" que en un "departamento".

En este sentido, la identificación del impacto tributario por una acción estatal en casos de expropiación nos permite plantear un aspecto poco tratado en la legislación nacional y que puede provocar el debate respecto de la empleabilidad de los artículos 4 y 5 de la Constitución, en particular porque resulta necesario evaluar hasta "donde" resulta viable "proteger" a la familia (Bermúdez-Tapia, 2012), en especial cuando desde el Estado se genera la afectación a su modo de vida habitual.

CONCLUSIONES

El análisis de los impactos negativos que asume una familia por una acción del Estado, en particular cuando se trata de la condición negativa causada por una expropiación ha resultado invisible en la doctrina nacional, en particular porque se asume que operan los mismos elementos y variables aplicables al ámbito comercial, civil y tributario.

Mas allá de lo negativo que se genere en el contexto de una expropiación, se puede plantear una reforma de la legislación para aquellas situaciones donde una expropiación no genera el impacto tributario respectivo por la disposición de la indemnización justipreciada, dado que la familia no ha generado una acción de enriquecimiento porque no tenía la voluntad de disposición patrimonial de un bien, el cual resulta exigido por el Estado ante una necesidad pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alva Matteucci, M. (2012). El impuesto a la renta y las teorías que determinan su afectación. Aréa Tributaria – Revista Actualidad Empresarial N° 249.

Avendaño Valdez, J. (2006). Derechos Reales. Serie Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial de la PUCP. 2017. Lima-Perú

Bermúdez-Tapia, M. (2001) Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *Boletín del Instituto Riva Agüero.* Nº 28

Bermúdez-Tapia, M. (2011) *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante

Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: Editorial San Marcos

Bravo Cucci, J. (2003). Fundamentos de Derecho Tributario. Primera edición. Palestra Editores. Perú.

Bravo Cucci, J. (2008). La renta como materia imponible en el caso de actividades empresariales y su relación con la contabilidad. Tema II: Implicancia de las NIC en la aplicación del impuesto a la renta. VII jornadas nacionales de tributación.

Díez Picazo, L. (1997). Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral. Sexta Edición.

García Vizcaíno, C. (1999). Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas. De Palma. Buenos Aires. Tomo I.

Gonzales Barrón, G. (2005). Derechos reales. Jurista Editores.

SUNAT. (2005). Informe Nº252-2005-SUNAT/2B0000.

Velásquez Calderón, J. & Wilfredo Vargas C. (1997). Derecho Tributario Moderno. Introducción al sistema tributario peruano. Editora Grijley. Primera edición. Perú.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5206

LOS PROCESOS JUDICIALES DE VIOLENCIA FAMILIAR

Klaus Mendoza Cabrera[1]

RESUMEN

En el presente artículo se estudian instituciones procesales que resultan de vital importancia para poder asegurar una correcta administración de justicia en los procesos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Asimismo trataremos sobre la importancia para nuestro sistema de justicia de la uniformización de criterios en los procesos regulados por la Ley Nº 30364 y su reglamento, a efectos de poder dotar de seguridad jurídica a las personas que se ven obligadas a someterse a este tipo de procesos.

El autor resalta la importancia de una correcta aplicación de las teorías de la argumentación jurídica y su implicancia en la expedición de resoluciones debidamente motivadas y que garanticen el debido proceso tanto para la persona agraviada como para el denunciado.

En la parte final del presente trabajo se hace un análisis de la prueba como derecho fundamental de carácter procesal y la necesidad de respetar este derecho, así como los cinco derechos específicos que comprende: a) El derecho a ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de la ley; c) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) El derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas, y e) El derecho a una valoración conjunta y

1 Sub director de la Sociedad Peruana de Derecho-Capítulo Ica. Asociado al estudio jurídico Maraví Oviedo & abogados. Maestrista de la maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Rosario (Argentina). Maestrista de la maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Privada San Juan Bautista (Perú).

razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica.

El autor no pretende plantear las figuras procesales estudiadas como una panacea para aminorar el alto índice de procesos de violencia familiar. Lo que sostiene es que se puede garantizar de manera óptima el derecho al debido proceso que le asiste a todo justiciable; máxime en este tipo de procesos que resultan ser de carácter tan delicado.

Palabras clave: Nomofilaquia, medidas cautelares, motivación de resoluciones, prueba, valoración conjunta.

ABSTRACT

ries of legThis article examines procedural institutions that are of vital importance in order to ensure proper administration of justice in the processes of violence against women and members of the family group. Thus, in the chapters to be developed, we will address in a timely manner, the relevance of the standardization of criteria in the processes regulated by Law No. 30364 to our justice system, in order to provide legal security to the people who They are forced to undergo these types of processes. Likewise, the author highlights the importance of a correct application of the theoal argumentation and their implication in a good resolution of these processes, through the issuance of duly motivated resolutions that guarantee due process for both the aggrieved person, As for the denounced.

In the final part of the present work, an analysis of the evidence is made as a fundamental right of procedural nature, and the need to respect this right, as well as the five specific rights that it comprises, that is: a) The right to offer the evidence in the corresponding stages, except legal exceptions; b) the right to admit the relevant evidence offered at the time of the law; c) The right to act on evidence of the parties admitted in a timely manner; d) The right to challenge (oppose or cross out) the evidence of the opposing party and control the regular performance thereof; and e) The right to a joint and reasoned assessment of the evidence performed, that is, in accordance with the rules of sound criticism.

Thus, with the present work the author does not intend to raise the panacea to reduce the high rate of family violence processes, rather, he proposes that, with the application of the procedural figures studied, the right to due process that assists all justiciable; especially, in this type of processes that turn out to be of such a delicate nature.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores problemas que afronta en la actualidad el Poder Judicial es el alto índice de procesos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Se trata de una problemática que se ha venido incrementando en los últimos años y, no obstante que las autoridades han promulgado nuevas leyes a fin de erradicar estos casos de violencia familiar, esta medida ha resultado insuficiente hasta la fecha, evidenciándose que la panacea no está en crear o modificar leyes, sino mas bien en la seriedad con la que se afronten estos proceso de violencia familiar, tanto por los operadores de justicia como por parte de los demás sujetos que se ven inmersos en estos procesos.

En el presente trabajo se propone la aplicación de instituciones procesales existentes y que son poco aplicadas o respetadas en nuestro actual sistema de justicia. El autor considera que su mejor estudio y aplicación coadyuvarán de manera muy significativa a que los ciudadanos tengan un mayor grado de satisfacción de la solución de sus controversias por parte de la administración de justicia (Bermúdez-Tapia, 2001).

1. La necesidad de uniformizar criterios en los proceso de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar

Ante el desmedido incremento de casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en nuestra realidad peruana, es menester que el aparato judicial realice su función unificadora o nomofiláctica, como la denominó Calamendrei, a fin de poder armonizar los criterios de interpretación de la ley (Bermúdez, Tapia: 2012), sobre todo de la Ley N° 30364 y su reglamento. Taruffo sostiene que "la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho constituye desde hace mucho tiempo un valor fundamental (se podría decir incluso: un objeto de deseo) presente en todos los ordenamientos, que intentan de diversos modos-como se verá- de realizarlo en la más amplia medida de lo posible" (Taruffo, 2015).

La mayoría de los ordenamientos jurídicos tienen como finalidad dotar a la población de certeza del derecho, ya que de contar con pronunciamientos uniformes los ciudadanos no tendrán aquel sentimiento de incertidumbre del que inconscientemente padece toda persona que se somete o es sometida a un proceso judicial en nuestro país, al no saber cuál será el sentido que el juzgador le dará a la legislación vigente.

1.1. Funciones de la Corte Suprema

La función de la Corte Suprema por antonomasia es resolver los recursos de casación interpuestos por alguna de las partes procesales que no se encuentra conforme con el fallo emitido por una Corte de segunda instancia.

El recurso de casación tiene las siguientes finalidades: la protección de la norma jurídica, del "ius constitutionis", concretada en las funciones nomofiláctica y uniformizadora de la jurisprudencia, y la protección del derecho de los litigantes.

a) Nomofilaquia

Una de las principales preocupaciones de la Asamblea Constituyente francesa de 1790 en la configuración originaria del recurso de casación fue la constante rebelión de los Parlamennts a la hora de aplicar las leyes dictadas por el soberano, haciendo de ellas una interpretación libre.

La creencia en la absoluta plenitud de la ley –bajo el imperio de los postulados positivistas de Rousseau y Montesquieu– condujo a sancionar mediante la casación cualquier contravención expresa al texto de la ley, que pudieran cometer los órganos judiciales al aplicar las leyes. Así nace la embrionaria idea de la nomofilaquia, entendida como protección de la norma en sí misma, salvaguarda de su texto literal de cualquier alteración o modificación que los tribunales pudieran realizar, es decir, como una función de protección o salvaguardia de la ley.

En la actualidad, la nomofilaxis o la función nomofiláctica de la casación no puede ser entendida en esos términos, de defensa de la ley en sentido formal, puesto que no se trata de la mera aplicación de la ley desligada de los valores que la inspiran, tal y como se puso de relieve en lo concerniente a los fundamentos de la casación, sino de una labor mucho más compleja, que comprende todo un proceso intelectivo en la mente del juzgador. No se trata de proteger la norma en sí misma, su literalidad, puesto que existen normas jurídicas que admiten más de una interpretación razonable y jurídicamente correcta. En este marco se debe perfilar la función nomofiláctica de la casación.

Coincidimos con el profesor italiano Taruffo (2015) cuando señala que la función nomofiláctica de la casación debe entenderse como elección y defensa de la interpretación justa, lo cual significa la elección de la interpretación en las mejores razones, sean lógicas, sistemáticas o valorativas. Desde esta perspectiva la nomofilaquia es la corrección del procedimiento de elección y la aceptabilidad de los criterios sobre los cuales la interpretación se funda para constituir el elemento esencial.

Sin embargo, la nomofilaxis no puede entenderse como simple elección y defensa de la interpretación justa, puesto que ella es una labor que le corresponde a los órganos jurisdiccionales de todas las instancias y no exclusivamente a la Corte Suprema; por tanto, habrá algo adicional que le otorgue un especifico sentido a la interpretación de la Corte de Casación, diferenciándola de las demás instancias inferiores.

En este punto debe compartirse la idea expuesta por un sector de la doctrina italiana sobre el valor metodológico o tendencial que debe asumir la nomofilaxis como instrumento primordial de la uniformidad. Se puede arribar a más de una interpretación justa dentro de los parámetros de la ley, por lo que se habrá de determinar un componente adicional para que esta finalidad nomofiláctica cumpla su función dentro del recurso de casación.

La nomofilaxis como elección y defensa de la interpretación justa puede llevar a soluciones diversas, tal como lo expone Taruffo cuando afirma: "La interpretación de la ley, cuando está dirigida a la aplicación de la norma a un caso particular, puede ser orientada en dos direcciones diversas: una tendiente a individualizar la solución más justa para el caso concreto; la otra tendiente a establecer a nivel general cuál es el significado más justo atribuible a la norma. Se trata de interpretaciones que pueden converger entre sí, dado que puede ocurrir que la justa solución del caso concreto coincida con la justa interpretación de la norma en sí considerada; pueden también divergir cuando, por ejemplo, los caracteres del caso concreto obligan a adoptar una solución interpretativa que no sería justificable, ni explicable en términos generales".

La mencionada divergencia, sin embargo, será resuelta en base a cómo se defina la naturaleza y funciones del Tribunal de Casación, si es concebido como un órgano supremo para la tutela de los derechos fundamentales individuales y para la justa aplicación de la ley en casos concretos. Es evidente que se preferirá la nomofilaquia orientada a individualizar la solución más justa en el caso concreto, privilegiando el ius litigatoris, con el costo de disminuir la posibilidad de emplear la misma interpretación para otros casos, es decir, se reducirá la posibilidad de asegurar la uniformidad de la interpretación de la ley.

Empero, si se entiende a la Corte de Casación como un órgano de garantía para la justa interpretación de las normas y para la tutela de la legalidad como valor general, la nomofilaquia se orientará en la tutela del ius constitutionis. Esta opción también implica un costo que se traduce en la imposibilidad de tener en cuenta todas las peculiaridades del caso concreto (Bermúdez-Tapia, 2011).

La tendencia a privilegiar la tutela del ius constitutionis, en la función nomofiláctica, no implica detrimento del ius litigatoris, puesto que éste se encuentra perfectamente tutelado en las instancias precedentes a la casación, en aquellos sistemas jurídicos que prevén un recurso que permita un doble juicio, por ejemplo, la apelación. Por otro lado, esta segunda opción garantiza la uniformidad de la interpretación de la ley, en razón a que hay un incremento en la posibilidad de aplicar la misma solución interpretativa en otros casos similares.

b) Dikelogía

Esta finalidad atiende la defensa del ius litigatoris, pues se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal, que busca la justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias. Por la función dikelógica se pretende hacer justicia del caso concreto, por eso la casación aparece como un recurso impulsado por el particular que sufre el agravio de la sentencia.

Esta función no se le atribuye únicamente al modelo alemán, pues como se dejó anotado, no existe oposición entre el interés público –ius constitutionis– y el interés privado –ius litigatoris. Ningún modelo es absoluto en sus finalidades, ni la casación francesa tiene exclusivamente el fin público ni la revisión alemana tiene únicamente como fin el privado: en ambos modelos se verifica o manifiesta ambos fines, en tanto son compatibles y pueden convivir en un único modelo. Si bien la casación responde esencialmente a una consideración de carácter público, trata de proteger los derechos de las partes al darles la posibilidad de impugnar ante el Supremo Tribunal el fallo que consideren les causa perjuicio y obtener una reparación correspondiente.

Al ser considerado un medio impugnatorio, la casación es de conocimiento del Tribunal Supremo a mérito de un recurso promovido por la parte que se considera agraviada con la resolución emitida; por ende, es inaudito negar su finalidad privada de protección del interés de las partes.

Las manifestaciones más concretas de este fin en un sistema casatorio están dadas por el hecho de que se flexibilizan los rígidos requisitos para su procedencia, pero resulta innegable que esta opción trae consigo problemas operativos traducidos en una sobrecarga procesal de las cortes de casación que a la postre redunda no sólo en el daño a las finalidades públicas de la casación, sino también al ius litigatoris.

2. Pronunciamiento de la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario N° 05-2016/CIJ-116, y el control de su cumplimiento

Entre los pocos pronunciamientos realizados por nuestra Corte Suprema en temas de violencia contra la mujer, tenemos el realizado mediante el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorio, que dio origen al Acuerdo Plenario N° 5-2016/CIJ-116, el mismo que se realizó en los siguientes términos:

a) Las salas penales permanente y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la resolución administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto

en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

b) El X pleno jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis que necesitan de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. En la sesión de 31 de agosto de 2016 se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas:

   a. Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad.

   b. Participación del extraneus en delitos especiales.

   c. Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

   En la sesión del 7 de septiembre de 2016 se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la audiencia pública.

   d. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el pleno de los jueces supremos. En el análisis del tema del Scuerdo Plenario hicieron uso de la palabra los abogados Branko Yvancovich Vásquez, Ivonne Macassi León, Jesús Heradio Viza Ccalla y Cristian Roberto Carlos Becerra.

   e. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores Barrios Alvarado (coordinadora), San Martín Castro y Salas Arenas para la formulación de las ponencias referidas a "los delitos de violencia contra la mujer y de miembros del entorno familiar". En atención a la amplitud de la temática examinada solo fueron objeto de examen tres subtemas: el delito de feminicidio, las lesiones psicológicas y los aspectos procesales de los delitos materia de la ley antes citada.

   f. Presentada la ponencia pertinente sobre los aspectos procesales a cargo del señor San Martín Castro; integrados al pleno los señores jueces supremos, titulares y provisionales, como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento por los magistrados que se incorporaron al pleno de los informes orales a través del vídeo de la audiencia pública; y, realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó pronunciar el presente Acuerdo Plenario.

g. Este Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del poder judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

Este pleno jurisdiccional acordó lo siguiente:

h. ESTABLECER como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos diez al diecisiete del presente Acuerdo Plenario.

i. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los acuerdos plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

j. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el poder judicial, en aras de la afirmación del valor "seguridad jurídica" y del principio de igualdad ante la ley solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Los citados criterios establecidos como doctrina legal son los siguientes:

k. En el segundo espacio el cambio esencial es el siguiente:

∞ Modifica el artículo 242 CPP sobre los supuestos de la prueba anticipada. Introdujo el literal d) en el apartado 1 que prescribe que sin necesidad de un motivo específico de indisponibilidad o irrepetibilidad, procede anticipar prueba en los casos de declaraciones de niños, niñas y adolescentes agraviados en los procesos por delitos de trata de personas, violación contra la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad. Una modalidad especial de actuación de la referida prueba personal es la intervención de psicólogos especializados – quienes intervienen en ella, pero no la dirigen, en tanto se trata de una potestad exclusivamente jurisdiccional– "[…] en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público" (modalidad parecida a la prescripta en el artículo 171.3 CPP).

∞ Cabe acotar lo insólito del último extremo del aludido enunciado normativo, pues las actuaciones judiciales se realizan regularmente en las instalaciones del Poder Judicial, no de una institución ajena a la institución judicial, menos del órgano acusador –más allá de la posible explicación presupuestal que entraña. El poder judicial, por consiguiente, está obligado a implementar salas de entrevistas propias y bajo sus específicos parámetros de ordenación procesal, pues de otra forma el juez no cumpliría a cabalidad el rol directivo del proceso y su condición de órgano suprapartes.

∞ El reglamento regula, de modo específico, las medidas de protección y las reglas de conducta (artículo 55), de suerte que permitirá la revocatoria de la suspensión condicional de la pena o de la reserva del fallo condenatorio y, adicionalmente, por expresa remisión legal del procesamiento penal del culpable en caso de incumplimiento.

∞ Las medidas de protección (i) deben entenderse como medidas provisionales que inciden, de uno u otro modo, en el derecho a la libertad del imputado y, según la ley, en el derecho de propiedad, aunque en este caso su calidad cautelar es indiscutible y buscan proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, con lo que cumplen su función de aseguramiento y prevención (Gimeno Sendra, 2015, p. 700); (ii) buscan otorgar a la víctima la debida protección integral frente a actos de violencia; (iii) inciden en el periculum in dannum –peligro fundado en la reiteración delictiva–, pero es apropiado enfatizar que apuntan a otorgar a la víctima la protección necesaria para que pueda hacer efectivo el ejercicio cotidiano de sus derechos (Fuentes Soriano, 2009: 73).

∞ Tres son sus notas características. Primera, son aquellas que se reconocen en el artículo 22 de la ley y 37 del reglamento, entendiéndose como medidas específicas. Segunda, incoado el proceso penal, bajo la dirección del juez penal, también pueden imponerse, sin perjuicio de aquellas, otras previstas taxativamente en los artículos 248 y 249 CPP. Tercera, como medidas provisionales, están sujetas al principio de variabilidad, como lo definen el artículo 41 del reglamento y, especialmente, el artículo 250 CPP.

∞ Siendo provisionales, las medidas de protección están sujetas a los principios de intervención indiciaria (sospecha razonable de comisión delictiva por el imputado) y de proporcionalidad (cumplimiento de los subprincipios de necesidad, adecuación y estricta proporcionalidad en orden a los fines de protección: aseguramiento y prevención). En la revocatoria de la medida y la aplicación de una medida de restricción más intensa de la libertad –expresión de su variabilidad– se tendrá en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar (Gimenso Sendra: 700).

∞ De otro lado, el reglamento instaura reglas de valoración de la prueba respecto de la declaración de la víctima en delitos de violencia sexual y de otros actos de violencia descritos en la ley, en cuanto sean pertinentes (artículo 63), tanto en el plano de la apreciación del consentimiento y su credibilidad (artículo 61), como en relación a la persistencia de la sindicación de la víctima –a su relativización, en todo caso– (artículo 62).

l. Los cambios generados en la legislación procesal penal serán materia de los debates y estudios jurídicos respectivos, y de las oportunas interpretaciones y criterios de aplicación por los jueces en los casos sometidos a su conocimiento. No es posible ni deseable abarcar en este Acuerdo Plenario, con carácter definitivo, la amplia gama de situaciones procesales a los

que tendrá lugar esta normatividad en los procesos penales concretos. Por ello, en función a las exigencias más acuciantes del momento solo será conveniente abordar dos temas: a) la declaración de la víctima y b) su valor probatorio, en el nuevo ordenamiento procesal penal.

m. Declaración de la víctima. El Código Procesal Penal parte de una premisa fundamental en materia de las actuaciones de la investigación preparatoria, sancionada en el artículo IV del Título Preliminar CPP. Establece, al respecto, que "Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición". En esta misma perspectiva, el artículo 325 CPP dispone que "Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles [prueba preconstituida] cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código".

∞ La prueba documental y las diligencias documentadas –prueba "documentada"– susceptibles de oralización en el juicio oral, desde lo previsto en el citado artículo 325 CPP, están indicadas en el artículo 383 CPP. Según esta última norma procesal se oralizan, entre otras, primero, las actas que contienen la prueba anticipada –bajo los términos del artículo 384 del citado Código–; y, segundo, las actas que contienen diligencias objetivas e irreproducibles, de suerte que toda acta o diligencia distinta de ese listado no puede ser incorporada al juicio, pues, de ser así devendría en inutilizable –categoría procesal de origen italiano– por imperio del artículo 393.1 CPP. La oralización de las declaraciones prestadas en sede de investigación preparatoria solo es posible en los marcos descritos en los artículos 376.1 CPP (imputados) y 378.6 CPP (testigos y peritos).

∞ La prueba anticipada, en cuanto modalidad de prueba sumarial, está condicionada al cumplimiento de los requisitos de (i) indisponibilidad o irrepetibilidad del acto y (ii) urgencia. Estos requisitos se exceptúan –o mejor dicho, se entienden cumplidos iure et de iure– en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos de trata, violación de la libertad personal, de la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad personal, que es uno de los cambios trascendentes de la ley en el aspecto procesal.

La aceptación y actuación de la prueba anticipada está sujeta a un trámite previo de admisibilidad y, luego, al necesario concurso en la actuación del fiscal y del defensor del imputado, así como de las demás partes procesales –lo que presupone la individualización del sujeto pasivo del procedimiento penal (imputado y defensor; si no tiene designado uno la diligencia se entenderá con el abogado de oficio) y, por cierto, de la víctima, cuya asistencia jurídica impone la ley–, conforme lo estipula el artículo 245.1 y 2 CPP. Queda claro que

esta prueba, por las lógicas de necesidad y urgencia de su actuación, puede ser solicitada no solo en sede de investigación preparatoria formalizada y del procedimiento intermedio, sino también en el ámbito de las diligencias preliminares. No existe ninguna prohibición legal al respecto ni exigencia previa de procedibilidad.

n. Desde el punto de vista de la legalidad o licitud de la declaración de la víctima –juicio de valorabilidad–, esta, para ser considerada jurídicamente prueba o prueba lícita, debe ejecutarse mediante el supuesto de anticipación probatoria del artículo 242 CPP o, en su defecto, bajo la regla general, con las especialidades correspondientes, de actuación en el juicio oral (cfr.: artículos 171.3, 380 y 381.2 CPP), sin que ello obste a que se reciba una manifestación –o registro de información– en sede de investigación preparatoria con el mero carácter de acto de investigación. Las notas de contradicción efectiva –de carácter pleno– y de inmediación judicial –de carácter relativo cuando se actúa en vía de anticipación probatoria, pues se hace ante un juez distinto del juez de enjuiciamiento– explican esta exigencia legal que se enraíza en el respeto de las garantías del debido proceso y defensa procesal.

o. El artículo 19 de la ley estatuye que la declaración de la niña, niño, adolescente o mujer –incluso de la víctima mayor de edad– se practicará bajo la técnica de entrevista única y que su ampliación, en sede de Fiscalía, solo cabe cuando se trata de aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración. No obstante, cabe acotar que esa norma no puede imponerse a lo que la misma ley consagra al modificar el artículo 242 CPP, y al hecho de que la declaración en sede preliminar no tiene el carácter de acto o medio de prueba.

∞ Esta disposición, en todo caso, solo rige para los procedimientos no penales de la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Para los procesos penales, como no puede ser de otra forma, son de aplicación las reglas del Código Procesal Penal y sus respectivas modificatorias. Además, cabe aclarar que no es que en el primer caso se trate de prueba preconstituida –como indica la ley–, sino de una modalidad sui géneris –y ciertamente opinable– de prueba anticipada, sin intervención del juez. La prueba preconstituida, por su propia naturaleza, más allá de su indisponibilidad o irrepetibilidad y urgencia con casi exclusión del principio de contradicción en su actuación, por obvias razones, está referida, con la salvedad de las pruebas personales, a las pruebas materiales, a los documentos, a las diligencias objetivas e irreproducibles (recogida del cuerpo del delito, aseguramiento de documentos, inspección cuando no se identificó aun al imputado, actos de constancia policial inmediata, diligencias alcoholimétricas, fotografías, planos, etc).

∞ Las citadas disposiciones legales, por lo demás, obligan al Ministerio Público a trazar una adecuada estrategia procesal para el aporte de la declaración de la víctima, esencialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, que por su edad son especialmente vulnerables. Está claro que se debe obtener información de las víctimas para el desarrollo del

procedimiento de investigación preparatoria –muchas técnicas de acceso a su información pueden articularse más allá de la tradicional "manifestación"–, pero su declaración con carácter probatorio, si se pretende que sea única, con evitación de la criminalización secundaria, deberá obtenerse bajo el sistema de anticipación probatoria o, en su defecto, esperar el juicio oral. Esto último, por lo que cabe entender en función a las estructuras de presión familiar y de dificultades reales de un apoyo integral, con un adecuado sistema de protección –que es de esperar sea efectivo–, no es especialmente recomendable.

∞ La información que proporciona un órgano de prueba –prueba personal– debe cumplir con dos exigencias: contradicción –la más importante y no excluible– e inmediación.

15.° Valoración de la declaración de la víctima. La regla general de valoración probatoria es la contemplada en el artículo 158.1 CPP: "En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia […]". A este principio el artículo 393.2 CPP denomina, siguiendo la tradición hispana, reglas de la sana crítica.

∞ El juez es libre para decidir, según la prueba actuada, acerca de los hechos objeto del proceso penal. La sentencia penal debe estar fundada en la verdad, entendida como coincidencia con la realidad –o, mejor dicho, elevada probabilidad de que hayan ocurrido los hechos–. Para ello, el juez debe observar los estándares mínimos de la argumentación racional [Volk, 2016, p. 387-388].

∞ Un postulado, en el que las exigencias de la racionalidad epistemológica se expresan con cierta particularidad, tiene lugar en los denominados delitos de clandestinidad y, por extensión, en los delitos en que su comisión está en función a la vulnerabilidad de la víctima –que es el caso típico tanto de los delitos de trata de personas, como de los delitos contra niños, niñas, adolescentes y mujeres en contextos de violencia familiar o doméstica. Ha sido la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, a fin de consolidar mecanismos de seguridad en la valoración probatoria, traducidos en reglas valorativas, la que a través de los acuerdos plenarios números 2-2005/CJ-116, de 30-9-2005 sobre sindicación de la víctima y 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011 sobre la apreciación de la prueba en el delito de violación sexual, que sirven para aceptar el mérito de las declaraciones en cuestión –se trata de un testimonio con estatus especial, pues no puede obviarse la posibilidad de que su declaración resulte poco objetiva por haber padecido directamente las consecuencias de la perpetración del delito, así como por el hecho de erigirse en parte procesal, por ejemplo: STSE de 28-10-1992. (Fuentes Soriano: 124), la que estableció las siguientes pautas o criterios:

A. Que no existan motivos para pensar que hay relaciones entre denunciante e imputado que puedan incidir en la parcialidad de la deposición –es decir, inexistencia de móviles espurios (imparcialidad subjetiva) que le resten solidez, firmeza y veracidad objetiva

(STSE, 2008, pp. 5-11)– desde que, como es evidente, no se puede poner en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la víctima por el hecho de ser tal (STSE, 2003, pp. 21-7).

B. Que las declaraciones sean contundentes, es decir, coherentes y creíbles, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, y que el relato mantenga la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. Verosimilitud que exige el suplementario apoyo de datos objetivos que permitan una conclusión incriminatoria, esto es, presencia de datos añadidos a la pura manifestación subjetiva de la víctima (STSE de 23-10-2008); esto se denomina "corroboración periférica de carácter objetivo". Dos son las exigencias constitucionalmente impuestas: aportación al proceso contradictoriamente y corroboración del resultado con datos externos (STCE 57/2009). En este último caso, se entiende que los elementos, datos o factores, aunque fuera mínimamente, han de ser externos a la versión de la víctima y referidos a la participación del imputado en el hecho punible atribuido (STSE, 2014, pp.14-3).

C. Que las declaraciones sean persistentes y se mantengan a lo largo del proceso, así como que carezcan de contradicciones entre ellas. No se requiere una coincidencia absoluta, basta con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las declaraciones (STSE de 10-7-2007). Este supuesto es al que el último Acuerdo Plenario relativizó o matizó, en atención a las especiales características y situación de la víctima (Valencia, 2012: 289).

p. El artículo 62 del reglamento estipuló sobre este punto: "En los supuestos de retractación y no persistencia en la declaración incriminatoria de la víctima de violación sexual [que no se explica por qué no se extendió a otros supuestos de vulnerabilidad: sujetos pasivos y delitos, aunque tal limitación, por la naturaleza de la norma en cuestión, no permite una interpretación a contrario sensu, sino analógica], el juzgado evalúa el carácter prevalente de la sindicación primigenia, siempre que esta sea creíble y confiable. En todo caso, la validez de la retractación de la víctima es evaluada con las pautas desarrolladas en los acuerdos plenarios de la materia".

Esto último ya ha sido desarrollado en el Acuerdo Plenario número 1-2011/CJ-116, de 6-12-2011. Cabe precisar que:

A. Los tres elementos arriba descritos no pueden considerarse como requisitos formales, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que se pueda dar crédito a la declaración de la víctima como prueba de cargo. Tienen, pues, un carácter relativo, encaminado a orientar el sentido de la decisión judicial, pero a los que, en modo alguno, cabe otorgar un carácter normativo que determine el contenido de la sentencia [Fuentes Soriano, p. 126].

Puede reconocerse, desde luego, la existencia de enemistad entre autor o víctima, pues este elemento solo constituye una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de aquella, desde que no se puede descartar que, pese a tales características o debilidades, pueden ostentar solidez, firmeza y veracidad objetiva. De igual modo, la víctima puede retractarse, por lo que será del caso analizar las verdaderas razones de la retractación –muy común en razón del lapso temporal entre la fecha del delito y la fecha de la declaración plenarial–, y el nivel de coherencia y precisión de la primera declaración incriminadora. Como se sabe, desde las investigaciones criminológicas, las presiones sociales, culturales y familiares, así como la propia relación compleja entre agresor y víctima, tienen una importancia trascendental en la retractación de esta última.

B. Es imprescindible que el testimonio incriminador sea coherente y sólido (fiable) y que, además, esté corroborado, es decir, que supere la exigencia de confrontación de sus aportes con los de otra procedencia, aunque fuera mínimos, para confirmar la calidad de los datos proporcionados.

C. Es inevitable, no obstante, descartar la sindicación de la víctima cuando carece de los tres elementos antes enumerados, pues ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, que por respeto a la garantía de presunción de inocencia exige la absolución.

q. El artículo 61 del reglamento establece algunas reglas de prueba en delitos de violencia sexual, referidas tanto al consentimiento como a la honorabilidad de la víctima. Sobre lo primero, en primer lugar, no se aceptan conclusiones contrarias sobre el consentimiento a la actividad sexual –este siempre ha de ser libre y voluntario–, si medió fuerza, amenaza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo.

En segundo lugar, cuando la víctima sea incapaz de dar un consentimiento libre, por las circunstancias precedentes, no se aceptan conclusiones a partir de alguna palabra o conducta de esta última –el contexto en que actúa es decisivo–. En tercer lugar, de igual manera, cuando la víctima guarda silencio o no opone resistencia, no se puede presumir que aceptó el acto sexual, pues el ejercicio de violencia, amenazas o el entorno coercitivo en que se ve sometida lo impide. Finalmente, no es una regla de experiencia válida fundar la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo –dado el bien jurídico vulnerado: libertad sexual– sobre la base de su conducta anterior o posterior. Debe analizarse el hecho violento como tal, pues a toda persona, sea cual fuere su conducta previa o posterior al evento delictivo, se le respeta su libertad de decisión y, en todo momento, se le reconoce su dignidad. Es obvio que, en casos de menores de catorce años de edad, por el bien jurídico vulnerado: indemnidad sexual, tales referencias no son de recibo.

Ahora bien, como hemos visto, tenemos este pronunciamiento expedido por nuestra Corte Suprema respecto a los procesos de violencia contra la mujer; sin embargo, al haber sido emitido por las salas penales de nuestra Corte de Vértice en justicia ordinaria, se han abordado tópicos relacionados estrictamente a los procesos penales, dejando de lado aspectos neurálgicos que se presentan en los procesos de violencia familiar que regula la Ley N° 30364, y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, y uno de estos aspectos lo constituye el otorgamiento desmesurado de medidas de protección a las presuntas víctimas.

Las medidas de protección

Si bien es cierto el artículo 16 de la ley establece que en un plazo máximo de 72 horas de interpuesta la denuncia, el juez se debe pronunciar y dictar las medidas de protección que sean necesarias, las mismas que se encuentran positivizadas en el artículo 22 de la citada ley, las mismas que deben ser dictadas incluso de oficio, no es menos cierto que esta facultad discrecional del juez de familia no viene siendo aprovechada por tales operadores de justicia. En la mayoría de procesos sobre violencia familiar, ya sea física y/o psicológica, al juez le basta únicamente recepcionar el expediente para que de forma inmediata y sin mayor análisis dicte las medidas más gravosas que contempla la ley, como el retiro del supuesto agresor del domicilio o el impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima.

Al dictar dichas medidas no se tiene en cuenta que un gran número de denuncias de esta naturaleza son promovidas por cuestiones de resentimiento, odio, rencor u otros factores que distan de verdaderos hechos de violencia, y que, al dictarse estas medidas los principales perjudicados son los hijos (Bermúdez-Tapia, 2018 a, p. 249). Debe tenerse en cuenta que las medidas de protección dictadas en audiencia oral en temas de violencia familiar, de conformidad con el proceso previsto en la ley tienen que ser expedidas de forma inmediata a efectos de garantizar la integridad física y/o psicológica de la víctima, con la finalidad de cumplir con la prevención del daño o riesgo. En este sentido, cabe señalar que la naturaleza de estas resoluciones es preventiva, mas no cautelar.

Esta situación se agrava más con el hecho de que la mayoría de medidas de protección dictadas por los juzgados de familia no son impugnadas, lo cual obviamente no permite que el órgano superior pueda advertir los constantes excesos en los que incurren los jueces de primer grado al dictar estas medidas, o peor aún, cuando son impugnadas, son concedidas sin efecto suspensivo, esto es, que la parte perjudicada con la medida la tiene que acatar hasta resuelto que sea el grado, sin importar que haya sido dictada en su ausencia, no se le haya notificado, o se le haya limitado la actividad probatoria en primera instancia.

Las medidas cautelares

Nuestro sistema adopta una uniforme concepción respecto a lo que se debe entender por medidas cautelares. Sin embargo, la polémica se centra en otros aspectos, como son su amplitud, requisitos, presupuestos, caducidad, trámite, sistematización, etc. Así, Monroy Gálvez lo define como "una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelante algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda no sean modificadas" (2003, p. 71).

De igual manera, Morales Godo las concibe como los "instrumentos procesales que se solicitan para asegurar que el resultado del proceso se haga efectivo. En buena cuenta, son instrumentos que aseguran la eficacia de que lo resuelto por el Juez, no será mera literatura, sino algo efectivo" (2005, p. 121).

Por su parte, Priori Posada enuncia lo siguiente:

La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal) luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución a pedido de parte que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de sentencia (medida cautelar) (2007, p. 244).

Debido a su gran utilidad el legislador le ha concedido al juez de familia o su equivalente, la facultad para que pueda dictar de oficio medidas cautelares que tengan como finalidad resguardar pretensiones de alimentos, régimen de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Sin embargo, ¿cuántos jueces utilizan esta facultad ex officio?

La realidad nos indica que son muy pocos los magistrados que hacen uso de esta facultad discrecional. Probablemente esto se deba a que la Ley no ha precisado en qué supuestos se deben dictar estas medidas cautelares de oficio, lo cual conlleva a su inaplicación por parte de los operadores de justicia, situación que amerita un pronunciamiento por parte del Poder Judicial, a efectos de establecer directrices y/o guías que establezcan de forma clara, qué presupuestos deben concurrir en un caso para que se dicten estas medidas de oficio.

3. La argumentación jurídica y su correcta aplicación en los procesos de violencia familiar

Como hemos señalado con antelación, en los procesos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar es una práctica muy común el otorgamiento de medidas de protección de forma discriminada, sin mayor fundamento que los hechos expuestos por la presunta agraviada al presentar su denuncia. También hemos mencionado líneas arriba que se viene instaurando la costumbre de los jueces de familia de dictar estas medidas inaudita altera pars, limitando así su derecho al debido proceso en sentido lato.

Y es que lamentablemente estas resoluciones dictadas por jueces de familia denotan una grosera carencia de debida motivación y aplicación de técnicas o teorías de argumentación jurídica, lo cual resulta de vital importancia en este tipo de procesos, que no por tener la apremiante necesidad de ser resueltos con inmediatez van a representar una constante afectación a los principios básicos que rigen todo proceso.

En este capítulo corresponde abordar algunos de los principales tópicos de la argumentación y sus bases conceptuales, cuáles son las teorías de argumentación jurídica que han marcado un espacio determinado de influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo para, a partir de estas, esbozar nuestros lineamientos centrales sobre la argumentación en procesos de familia.

Comenzamos por analizar la posición de Viehweg y Perelman, quienes representan una tendencia que comienza a señalar que es necesario aportar otras fuentes de análisis para una mejor argumentación; y luego a Maccormick y Alexy, quienes en rigor representan la teoría estándar de la argumentación jurídica por la presencia significativa del contexto de justificación.

a) La tópica de Viehweg

Según Atienza, Viehweg pretende revitalizar la tópica. Refiere que los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente, nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentadora. Lo importante no es lo que dice el Código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las técnicas de la tópica jurídica, los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

Y aun cuando se le critica a Viehweg la vaguedad, pluriformidad e indefinición metodológica de su propuesta, es innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de Viehweg, al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza por compatibilizar la práctica con la razón y la justicia.

b) La retórica de Perelman

La retórica de Chaim Perelman constituye una de las apuestas más interesantes por rescatar el concepto persuasivo de la argumentación.

La tesis sustenta la prevalencia de la persuasión como elemento prevalente en el discurso argumentativo, a efectos de convencer a los demás de nuestra posición. Diríamos que esta tesis se acerca mucho a la idea de pretensión de corrección de Alexy, mas basados en que nos dirigimos a un auditorio particular y a un auditorio universal, respecto de los cuales es necesario que nuestro discurso persuada, explique y convenza.

A propósito de la diferencia de los niveles de persuasión, es importante rescatar la diferencia que hace Guastini, dentro de los alcances de la interpretación correctora. La tarea del abogado es de valoración, elección y decisión, y la del juez le asigna un contenido hondamente racional, en cuanto su tarea es sustantivamente cognoscitiva.

El juez no puede dejarse convencer solo por el discurso persuasivo del abogado en cuanto le es exigible conocer el proceso y determinar las pruebas que han de orientar la estimación o desestimación definitiva de la pretensión. Y, sin embargo, advirtamos que el juez también pretende convencer con su discurso, a partir de que una decisión contenida en una sentencia que aunque no busca como único y principal propósito convencer del sentido propio resolutivo del fallo, sí reviste un margen persuasivo en cuanto el juez debe estar convencido de la posición que adopta.

En términos de Atienza (1985), Perelman rehabilita la lógica, planteando la retórica como una práctica argumentativa cuyo objetivo consiste en captar la adhesión de alguien. Perelman pretendió construir una lógica específica de los valores y pretendió conducir la rehabilitación de la retórica como una disciplina de la antigüedad. Este autor polaco contrapone dos esferas bien distintas del pensamiento: la lógica formal, regida por la idea de necesidad, y la argumentación, presidida por la idea de lo plausible, aceptable, verosímil.

La retórica, según Perelman, es pues el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio, excluyendo la violencia.

Representan elementos de la actividad argumentativa: el orador, el discurso y el auditorio. Para dicho autor, existen varios tipos de auditorio: universal, formado por todos los seres de la razón, aquel constituido por un único oyente (en el cual hay diálogo), y el constituido por uno mismo. Como crítica, Atienza advierte que la noción de auditorio o universal es ambigua.

c) El discurso racional de Alexy

En 1978 surgen las teorías modernas o estándar de la argumentación jurídica de Robert Alexy y de Neil MacCormick, las cuales perfilan en conjunto una referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho.

La teoría de la argumentación jurídica pretende la descripción, conceptualización y sistematización del razonamiento y en sí, representa un metalenguaje, un metadiscurso con sus propios

instrumentos y presupuestos. Así, conforme señala Matheus (2004), mientras el discurso de los juristas se inclina por el análisis de la pena, el recurso, el dolo y la negligencia, el metadiscurso de las teorías de la argumentación jurídica hará referencia a la premisa normativa, la lógica deóntica, la situación ideal del diálogo y el argumento de la universalización, entre otras ideas.

El discurso racional de Robert Alexy revela, a criterio personal, uno de los aportes más valiosos a la teoría de la argumentación jurídica, pues en base al aporte de razones válidas, congruentes y consistentes, se busca discernir sobre la validez del discurso jurídico que identifica a la decisión jurídica.

Revisar los postulados de Alexy significa asociar sus ideas a las tendencias de la ponderación y la proporcionalidad. Más es importante rescatar, como idea previa, el rol que juega la importancia del discurso racional respecto a la argumentación jurídica y, en efecto, por sobre las críticas formuladas a la ponderación de intereses y el principio de proporcionalidad, estimamos que es válido concluir que ponderación y proporcionalidad no constituyen, en modo alguno, expresiones de subjetividad ni posiciones particulares que escapan al examen de los juicios de validez jurídica. Por el contrario, la tesis de Alexy se ciñe a que en el discurso racional un papel de suyo relevante, lo juega el aporte de razones.

4. La importancia de una debida motivación en las resoluciones que otorgan medidas de protección en los procesos de violencia familiar

Habiendo citado las más resaltantes teorías de la argumentación jurídica, reiteramos la importancia de las resoluciones que otorgan medidas de protección sean debidamente motivadas, y no solo por ser la motivación de resoluciones un principio de la función jurisdiccional, o un deber del Juez, sino, por los bienes jurídicos que se encuentran en conflicto en este tipo de procesos (vida, salud, integridad física, etc.), y las personas que resultan agraviadas en estos, así como también, por lo grave que pueden resultar estas medidas, como el retiro del agresor del domicilio o, el impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima de cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine; y es que ante estos escenarios se presentan dos situaciones: a) que no se le otorgue a la parte agraviada una medida adecuada que salvaguarde su integridad; y b) que se dicte una medida de protección gravosa que afecte los derechos del denunciado.

a) Que no se le otorgue a la parte agraviada una medida adecuada que salvaguarde su integridad:

Y es que esta situación es bastante común en la práctica judicial, ya que muchas veces el operador de justicia no efectúa un adecuado estudio de los hechos y de los medios probatorios recabados en el citado proceso, o también por el hecho de que llegado el día de la audiencia no se haya remitido al juzgado el reconocimiento médico legal para determinar la gravedad de las lesiones producidas a la agraviada; o también, que no se haya emitido el informe psicológico que establezca la afectación psicológica producida a la agraviada a consecuencia de los hechos

materia de denuncia, e incluso, se presentan casos en los que a la fecha de la audiencia la agraviada ni siquiera haya podido ser atendida por el profesional encargado, en razón a la alta carga que tienen este tipo de especialistas en las divisiones de medicina legal y en el equipo multidisciplinario de las cortes a nivel nacional.

b) Que se dicte una medida de protección gravosa que afecte los derechos del denunciado:

Asimismo, una situación bastante usual en nuestra realidad judicial la constituyen los casos en los que el juez de familia, con una limitada "técnica" argumentativa disponen el otorgamiento de las más gravosas medidas de protección, situación que deja en completo estado de desamparo al sujeto denunciado, quien muchas veces ni siquiera ha sido escuchado por el juez en la audiencia, o incluso ni siquiera notificado.

Estas situaciones tan usuales y perjudiciales para las personas que se ven inmersas en este tipo de procesos, podrían ser minoradas en la medida que los jueces de familia pongan mayor énfasis en la motivación de sus resoluciones, y no preocuparse solamente en cumplir con resolver los casos dentro del plazo establecido por la Ley a efectos de evitar responsabilidades, y a la vez generar producción. Y es que incluso muchas cortes se jactan de que sus magistrados realizan maratónicas audiencias de medidas de protección en procesos de violencia familiar, resaltando así la inmediatez con la que dictan sus resoluciones; sin embargo, no se preocupan por la rigurosidad del análisis efectuado y los fundamentos que respaldan esas decisiones (Bermúdez-Tapia, 2018 b, p. 129).

Consideramos que una vez entendida la importancia de la solidez de los argumentos que deben ser utilizados para estructurar las decisiones que otorgan medidas de protección, podremos hablar de una correcta administración de justicia y lucha contra los actos de violencia familiar.

5. La prueba en los procesos de violencia familiar

En el presente capítulo resulta necesario hacer un estudio de la tratativa que se le viene dando a la prueba en los procesos de violencia familiar.

A nivel jurisprudencial se ha establecido que el derecho a la prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) El derecho a ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo excepciones legales; b) el derecho que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de la ley; c) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) El derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y e) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica.

6. El derecho a ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo excepciones legales

Respecto al primer derecho contenido dentro del derecho a la prueba, tenemos el derecho al ofrecimiento de pruebas, el mismo que para los procesos de violencia familiar se entendería que se encuentra limitado al momento de la interposición de la denuncia en caso de la parte agraviada, y en el caso de la parte denunciada al momento de ser notificados con la resolución que señala fecha para la audiencia de medidas de protección; sin embargo, debemos tener en cuenta que la ley, ni el reglamento señalan el procedimiento o plazo para la notificación del denunciado, y es que como ya hemos señalado en los capítulos procedentes, en la práctica estas resoluciones (las que señalan fecha para audiencia de medidas de protección) y más aun las que resuelven las medidas de protección son dictadas inaudita altera pars. No obstante, ello no es óbice para que ambas partes puedan presentar sus medios probatorios en el acto de audiencia pública de medidas de protección y es que esto tiene sustento en la flexibilización de normas de carácter procesal a la que se refiere el primer precedente judicial vinculante establecido en el III Pleno Casatorio Civil.

Consideramos que por más que exista esta excepción a principios como el de formalidad para los procesos de familia, no se cumpliría en rigor con la debida protección al derecho al ofrecimiento de prueba, sobre todo respecto al denunciado, y es que no es posible recaudar medios probatorios de suficiencia a efectos de ejercer una buena defensa en menos de 48 horas, lo cual genera una situación de desventaja, ya que a la denunciante le basta en algunos casos su simple alegación de hecho para generar una suerte de convicción al juzgado, aunado claro está, a las pericias y/o fichas de valoración de riesgo, pero téngase en cuenta que el propio artículos 19 del Reglamento, establece que no es exigible presentar resultados de exámenes físicos para interponer la denuncia.

Como vemos, la Ley y su reglamento dotan a la parte agraviada de una serie de anuencias que vulneran la igualdad de armas y es que, además del hecho que el denunciado tiene escasas horas para recabar medios probatorios de suficiencia para ejercer su defensa, se presente el hecho de que muchas veces no es siquiera notificado para que asista a la audiencia, enervando así su derecho a ofrecer medios probatorios.

7. El derecho que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de la ley

Tenemos que este derecho se encuentra supeditado al hecho de que la parte procesal (denunciante o denunciado) haya tenido la oportunidad para ofrecer medios probatorios. En el caso en que para la admisión de estos elementos de convicción se requiriera que estos se refieran a los hechos que sustentan su pretensión.

Ahora bien, si nos ponemos en la posición de la parte denunciada, ¿qué medios probatorios podría presentar a efectos de desacreditar las alegaciones de hecho efectuada por la denunciante? Resulta muchas veces imposible que un juez pueda dotar del mismo valor probatorio la versión del denunciado con la del denunciante, y mas aún que le permitan ofrecer testigos que puedan corroborar su condición de inocente respecto a los hechos atribuidos.

Lo ideal sería probablemente que el denunciado también pueda presentar medios probatorios tales como pericias de parte, videos, audios, mensajes de texto o WhatsApp, Sin embargo, es una constante que los magistrados consideren que estos medios probatorios deberían en todo caso ser presentados en el proceso penal propiamente, ya sea ante la fiscalía o juzgado de paz letrado, limitando así el derecho a la prueba del agraviado. En ese sentido, Ferrer, al hablar de elementos definitorios en que puede descomponerse el derecho a la prueba, incluye como primer elemento el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión.

Por supuesto, se trata de un derecho subjetivo que sólo puede ejercer el sujeto que es parte en un proceso judicial. La única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. De este modo, podría reformularse el propio derecho para acoger únicamente la utilización de las pruebas relevantes a los efectos de demostrar la verdad de los hechos alegados.

La debida protección de este derecho supone que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes. Es decir, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para adoptar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. Por otro lado, también supondría una violación del derecho a la prueba la limitación a la posibilidad de aportar pruebas relevantes impuesta, no ya por el órgano juzgador, sino legislativamente.

Nuestro sistema de justicia en materia de procesos de violencia contra la mujer resulta vejatorio a los derechos de la parte denunciada, quien no se encuentra mutilada ni capaz de aportar los medios probatorios que a su entender resultan beneficios para su defensa y poder determinar su inocencia en los hechos atribuidos, pudiendo recién ejercer una defensa diferida, esto es, al momento de formular su recurso de apelación contra la resolución que dispone las medidas de protección, o el momento en que es aperturado en su contra el proceso penal ante la fiscalía o juzgado de paz letrado.

8. El derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos oportunamente

Respecto al derecho a la actuación de los medios probatorios admitidos de forma oportuna, tenemos que este elemente resulta de vital importancia, ya que como bien ha señalado el Tribunal Constitucional español, “el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa”.

En los procesos de violencia contra la mujer, no existe la etapa de saneamiento procesal ni probatorio; ergo, el juez únicamente se pronuncia, (admite, actúa y valora) por aquellos medios probatorios que le causen convicción, sin expresar los motivos por los cuales no admite los medios probatorios aportados por las partes, en su mayoría por el denunciado.

Y es que no basta la simple admisión de los medios probatorios ofrecidos oportunamente por las partes, ya sea en su etapa postulatoria o en la audiencia de medidas de protección, sino que resulta de vital importancia una efectiva práctica o actuación de estos medios probatorios, y así darles a las partes la oportunidad de establecer el aporte que tendrá su medio probatorio respecto a la decisión del juzgador.

9. El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica

Nuestra norma procesal impone al juzgador el deber de efectuar una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos de forma oportuna. Y es que, como señala Ferrer, es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio.

Por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia consideren, a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en la utilización y actuación de los medios probatorios. Sin embargo, como sostiene el profesor Ferrer, esa limitación es manifiestamente insatisfactoria. Pues como ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es "una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión".

Esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga a las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida a través del recurso a la denominada "valoración conjunta de las pruebas". Así, se advierte que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, sólo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas.

No obstante lo antes expuesto, se debe advertir que es una constante que en los procesos de violencia familiar, al menos en lo que respecta a la audiencia de medidas de protección, el juez infringe este derecho a la valoración conjunta de los medios probatorios y se limita a dar veracidad a las alegaciones de hecho formulada por la parte agraviada, sin requerir una contrastación con elementos periféricos que sustenten su pretensión, lo cual resulta totalmente vejatorio el derecho a la prueba de la parte denunciada, y en estricto, al derecho a la debido proceso, aunado al hecho que una valoración tan limitada de los medios probatorios, lleva como consecuencia una indebida motivación de resoluciones.

Resulta importante tener en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los casos de violencia contra las mujeres, al señalar que: "las autoridades estatales deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual".

Esta debe ser llevada "con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicar y brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección". El deber de investigar "tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre de muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres". En casos de violencia contra la mujer, "ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia", particularmente la Corte ha referido a éstos en casos de violencia sexual.

Asimismo, ha precisado que "la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género". Se ha valorado como fallas de la investigación "la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en las denuncias" (Ramirez, 2017, pp. 120-121).

Los estándares desarrollados en el sistema interamericano reconocen que la violencia de género presenta ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta para recolectar y valorar el material probatorio disponible. A falta de testigos externos, se suma que, en supuestos intrafamiliares, la violencia de género se da bajo fuertes esquemas de sumisión, y la denuncia puede tener serias implicancias personales para la víctima y su entorno. Por esta razón la indagación sobre el contexto del hecho se torna fundamental.

La Corte IDH ha reconocido que, en la práctica, puede ser difícil probar que un homicidio o acto de agresión contra una mujer ha sido perpetrado debido a su género. Sin embargo, ha sostenido que dicha facultad deriva no tanto de los hechos en sí, sino más bien de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte del Estado. En consecuencia, para ser seria y efectiva, la investigación debe de abarcar las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual o evidencias de ensañamiento (por ejemplo, mutilaciones) o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto más amplio de violencia contra las mujeres.

A la luz de los estándares internacionales, la amplitud probatoria que rige en el proceso penal obliga a recolectar la prueba vinculada con el contexto de los hechos. En función de las "circunstancias especiales" en las que se desarrolla esta forma de violencia, la investigación debe tener un rendimiento

específico. En especial la violencia intrafamiliar no se constituye por una sucesión de actos puntuales, sino que tiende a ser un continuum que se prolonga en el tiempo y que se expresa en distintas formas (violencia sexual, física, psicológica, económica y simbólica), no todas ellas tipificadas penalmente (Di Corleto, 2009, pp. 417-418).

En consecuencia, esta indagación sobre el contexto habilita una amplia gama de medios de prueba que van mucho más allá del testimonio de la víctima, pues no sería prudente que se investigue un solo acto o un hecho concreto, sino que la prueba debería reemitirse a una sucesión de actos en el tiempo. Para dar ejemplo, los agentes que acuden al llamado de la víctima son testigos calificados y, por tanto, podrán, declarar sobre el estado físico y emocional en el que encontraron a la mujer, y también sobre el contenido de su primera denuncia.

Con independencia de carácter que le asignen las respectivas legislaciones a este tipo de declaración, no se podría negar su carácter de testigo directo respecto del estado de ánimo de la víctima al momento de tomar contacto con ella.

En estos supuestos también puede ser necesario escuchar a algunas personas cuyos testimonios, en otras situaciones, no serían tomadas en cuenta por ser considerados “parciales” o testigos “de oídas”. En temas de violencia de género, los testigos suelen ser personas con vínculos afectivos o familiares o profesionales de la salud o de organismos de asistencia de víctimas, o personas a quienes la víctima acudió inmediatamente después del hecho, o quienes presenciaron situaciones de violencia, aunque no necesariamente el hecho puntual objeto de la acusación. Dadas las particularidades de la violencia de género, estos testimonios pueden ser relevantes para acreditar en contexto y para reforzar con prueba indiciaria al testimonio de la víctima.

La identificación de las consecuencias físicas y psíquicas de la violencia también puede ser una vía para rescatar que no se trata de hechos comunes azarosos o naturales, sino que constituyen conductas devastadoras. Por ejemplo, ante un homicidio violento, la investigación no debe limitarse a la muerte de la víctima, pues también debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual; de allí que deben ordenarse de oficio los exámenes y peritajes dirigidos a ese fin. En la constatación de la evidencia física, los informes sobre este tipo de lesiones pueden ser un indicador preferencial de la agresión sufrida, pues parecería que es más sencillo remitirse a datos objetivos (lesiones comprobadas, fotos de la víctima o de los destrozos realizados en el hogar) que, a las declaraciones, siempre sujetas a valoraciones variables.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (1990). La teoría de la argumentación jurídica. Citado por Atienza Rodríguez, M. Las razones del Derecho.

Bermúdez-Tapia, Manuel (2001) Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *Boletín del Instituto Riva Agüero.* Nº 28

Bermúdez-Tapia, Manuel (2011) *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante

Bermúdez-Tapia, Manuel (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: Editorial San Marcos

Bermúdez-Tapia, Manuel (2018 a) El perfil del litigante afectado por el sistema jurisdiccional y el síndrome de Burnout. *Gaceta Civil & Procesal Civil.* Tomo Nº 56, pp. 249-257

Bermúdez-Tapia, Manuel (2018 b) Legislando y desfigurando la naturaleza jurídica de la "capacidad jurídica" en el Perú. *Gaceta Civil y Procesal Civil.* Tomo Nº 65, noviembre 2018, pp. 129-135

Di Corleto, P. (2009). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género, pp. 417-418.

Guastini, R. (1999). Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho. Gedisa, Barcelona, p. 126.

Matheus, C. (2004). Normas y silogismo jurídico. Materiales de enseñanza de razonamiento jurídico. PROFA. II nivel. Lima.

Monroy Gálvez, J. (2003). Formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos, Lima: Comunidad, p. 71.

Morales Godo, J. (2005). El proceso civil: enfoques divergentes, Lima: Iuris Consulti, p. 121.

Perelman, C. La nueva retórica. Citado por: Atienza Rodríguez, Manuel. Las razones del Derecho.

Priori Posada, G. (2007). La tutela cautelar como instrumento para resolver el problema del tiempo y del proceso en doctrina y práctica, Lima, n° 4, p. 244.

Ramirez Hurtado, B. (2007). Articulando respuestas: Estándares sobre violencia contra las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos y sus concordancias en el Perú. En: Género y Derecho penal, Pacífico, Lima, pp. 120-121.

Taruffo, M. (2015). Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia. Palestra, Lima.

Viehweg, T. (1955). Citado por Atienza Rodríguez, M. (1985). Topik und Jusrisprudenz.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5207

ANÁLISIS DE GRUPOS VULNERABLES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Roberto Cabrera Suárez[1]

RESUMEN

La violencia familiar es un problema social grave y persistente. Este trabajo tiene como objetivo discutir los vínculos empíricos y teóricos entre la violencia conyugal, familiar y estructural con principal énfasis en los grupos considerados vulnerables de acuerdo con la Constitución Política peruana.

El artículo comenzará con una breve presentación que describe cómo se construyó la violencia doméstica como un problema socio-penal. Luego se identificarán las principales brechas en el conocimiento actual en este campo, lo que demuestra la necesidad de comprender mejor los complejos vínculos entre la violencia doméstica, familiar y estructural, tres conceptos cuyas definiciones podrían enriquecerse y complementarse entre sí.

Este artículo resaltará la importancia de tener en cuenta las diversas realidades que enfrentan los actores afectados por esta violencia (mujeres, hombres y niños), al favorecer un análisis global que integre no solo factores individuales e interpersonales, sino también factores sociales y estructurales, incluida la opresión relacionada con el género u otros marcadores de identidad social. La discusión se enriquecerá con modelos teóricos que describen las diferentes dinámicas de la violencia doméstica y familiar. La conclusión discutirá los beneficios potenciales de un análisis de grupos vulnerables en contextos de violencia familiar.

Palabras clave: Violencia conyugal, violencia contra la mujer, violencia doméstica, violencia estructural, interseccionalidad.

1 Maestro en Gestión Pública, Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo – Filial Tarapoto

ABSTRACT

Family violence is a serious and persistent social problem. This work aims to discuss the empirical and theoretical links between conjugal, family and structural violence with a main emphasis on the groups considered vulnerable according to the Peruvian political constitution. The article will begin with a brief presentation that describes how domestic violence was constructed as a socio-criminal problem.

The main gaps in current knowledge in the field will then be identified, demonstrating the need to better understand the complex links between domestic, family and structural violence, three concepts whose definitions could enrich and complement each other.

This article will highlight the importance of taking into account the different realities faced by the actors affected by this violence (women, men and children), favoring a global analysis that integrates not only individual and interpersonal factors, but also social and structural factors, including oppression related to gender or other social identity markers. The discussion will be enriched with theoretical models that describe the different dynamics of domestic and family violence. The conclusion will discuss the potential benefits of an analysis of vulnerable groups in contexts of family violence.

Palabras clave: Violencia conyugal, Violencia contra la mujer, Violencia doméstica, Violencia estructural, Interseccionalidad.

INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica es un grave problema social en términos de su escala global y los altos costos humanos y sociales involucrados. Entre las muchas formas de violencia contra las mujeres identificadas hasta ahora por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) o las Naciones Unidas (ONU), la más infligida en el contexto conyugal es la más común. Cifras recientes de la OMS (2018) muestran que un tercio de las mujeres del mundo ya han sido abusadas física o sexualmente por una pareja íntima.

Varios países han reconocido la necesidad de una respuesta pública de la sociedad al problema de la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica. Así, se han desarrollado programas nacionales para prevenir tal violencia e intervenir con las víctimas, a veces en colaboración con organizaciones no gubernamentales de mujeres (Bermúdez-Tapia, 2001).

Estos programas a menudo se basan en un enfoque feminista en el que la violencia contra las mujeres se basa en relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres. Este es el enfoque presentado por las principales organizaciones internacionales. Del lado marital, se reconoce que la violencia no es el resultado de actos espontáneos o pérdida de control.

Sin embargo, el conocimiento empírico y teórico desarrollado en el campo de la violencia doméstica respalda una variedad de modelos explicativos. La complejidad de este tema también plantea muchos debates relacionados con su definición y cómo medirlo. Hay varias tendencias de investigación en el campo. Los investigadores se han centrado en las dimensiones cognitivas, psicológicas e interpersonales de la violencia conyugal para distinguir, entre otras cosas, la dinámica de la violencia dentro de la pareja, algunas de las cuales no implican relaciones de poder y dominación. Otros investigadores se centran en el carácter social del problema mediante el análisis de las dimensiones estructurales, particularmente el de relaciones sociales de género. Otra tendencia es analizar la violencia conyugal como una forma de violencia familiar, abarcándola en una multiplicidad de patrones de violencia entre los miembros de la familia. Por lo tanto, desde una visión psicológica del fenómeno hasta un análisis macrosocial, el cuerpo de investigación aporta una variedad de ideas sobre el problema de la violencia doméstica. Estas diferentes formas de entender la violencia doméstica también crean desafíos para la acción política.

Favoreciendo una postura constructivista en el curso de las teorías críticas, este artículo se centra en los vínculos empíricos y teóricos entre la violencia conyugal, familiar y estructural. Comenzará con una breve descripción contextual que describe la construcción de la violencia doméstica como un problema socio-penal, para ayudar al lector a comprender mejor el contexto en el que se encuentra nuestro pensamiento. Luego, se abordarán los problemas relacionados con la definición del problema.

Por ejemplo, ¿Hay una o más violencias conyugales? También discutiremos la relevancia de ciertos marcos analíticos, es decir, dos tipologías de violencia conyugal y familiar, y el feminismo interseccional.

Finalmente, los beneficios potenciales de los elementos discutidos en las primeras secciones, sobre políticas y programas de intervención en violencia doméstica, se discutirá en la última sección. Este artículo está destinado a ser un análisis crítico de escritos de diversos tipos, incluidos: documentos políticos, para comprender las dimensiones históricas de la acción pública; textos teóricos para resaltar los problemas involucrados en la definición del problema y los resultados de investigaciones que ilustran la complejidad del fenómeno.

1. Construcción de la violencia familiar como problema socio-penal

La violencia contra las mujeres es definida por las Naciones Unidas como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (ONU, 1993, p. 3).

En nuestro país, según lo plasmado en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-ENDES de 2016 (INEI, 2016), el 32,2% de las mujeres ha sufrido, al menos una vez, de una forma de violencia física y/o sexual por parte de su cónyuge o pareja, el 64,2% de una forma de violencia psicológica

y/o verbal y el 60,5% de mujeres manifiesta haber sido o ser el objeto de alguna forma de dominación o control.

La violencia de género contra las mujeres se ha instalado como un fenómeno estructural de la sociedad peruana, y su magnitud vuelve extremadamente complicado, por el momento, generar una mayor igualdad y democratización en la relación entre los sexos, por ejemplo, en la toma de decisiones referidas a la sexualidad, las elecciones ocupacionales/ profesionales o la vida familiar cotidiana.

En el Perú, el proceso de construcción de la violencia familiar como un problema social y penal se inició en la década de 1990. De hecho, es en este momento que se identificó la violencia familiar y el nombre, en mérito a la Ley N.º 26260 emitida por el Congreso Constituyente Democrático (diciembre, 1993), que estableció por primera vez en el Perú como política del Estado y la sociedad la lucha contra la violencia familiar (Bermúdez-Tapia, 2018 a, p. 249).

Sin embargo, en noviembre del año 1995 se remitió al Congreso de la República la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará", siendo finalmente aprobada en marzo de 1996, ello en concordancia con el mandado constitucional de proteger a las mujeres (especialmente las madres) como grupos vulnerables.

Desde esas fechas hasta hoy han transcurrido veinticinco años aproximadamente. En un primer momento solo se consideraba violencia familiar a los actos de maltrato físico y psicológico que se pudieran realizar entre cónyuges, convivientes o personas, que hayan procreado hijos en común y de estos padres o tutores a menores de edad, sin tenerse en cuenta demás ascendientes o descendientes u otro tipo de parentesco consanguíneo o por afinidad, descartándose así la posibilidad de protección a los demás grupos vulnerables señalados por nuestra Constitución Política.

En efecto, el artículo 4 de nuestra actual carta política prescribe de manera literal que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

La inclusión en el plexo normativo nacional relacionado a la protección contra la violencia familiar hacia los grupos vulnerables establecidos por la Constitución es hasta la actualidad un proceso lento en el que no se ha equiparado elementos importantes relacionados a nuestra realidad social actual y a la manera en como se encuentran constituidas las familias y las relaciones entre los miembros de estas dentro de un contexto doméstico o externo.

Tal es así que nuestra actual Ley N.º 30364 -“Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” -solo contempla cuatro tipos de violencia familiar: física, psicológica, sexual y patrimonial. A diferencia de otros países de la región en el que se contemplan normativamente además de estos tipos de violencia, la que podría realizarse de manera

simbólica a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos que transmitan y reproduzcan dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad y demás grupos vulnerables.

Por otro lado, legislaciones como la argentina han señalado modalidades de violencia, graduando así la forma en cómo se debe abordar estos actos atentatorios contra la dignidad de acuerdo con factores como el doméstico, institucional, laboral; considerándose incluso las modalidades de violencia contra la libertad reproductiva, violencia obstétrica y violencia mediática.

Nuestra actual legislación no contempla una diferenciación respecto al tipo de agente que inflige la agresión. En ese sentido, podríamos limitarnos a indicar que existe una violencia autoinfligida en que se debería analizar cuáles son los agentes externos que se desconocen y que son la causa de este tipo de violencia. Ha sido la violencia interpersonal la que ha predominado en nuestra legislación de la materia, sin tener en cuenta que en muchos casos la violencia puede ser incluso infligida de manera colectiva por distintos miembros del grupo familiar de manera programática. (Bermúdez-Tapia, 2012).

Distintos grupos sociales con mayor énfasis en los últimos quince años han ayudado a liberar las voces de las mujeres víctimas, a romper el tabú de la violencia doméstica y a aumentar gradualmente la conciencia entre la población, entendiéndose que la violencia familiar no solo se realiza en ámbitos domiciliarios, sino también en el exterior.

El Perú es uno de los países precursores en la región con la creación de instituciones especializadas en abordar esta problemática. Tal es así que en el año 1992 se inauguró la primera Comisaría de la Mujer como respuesta a las demandas de la sociedad civil frente al trato frecuentemente humillante y discriminatorio en las instancias policiales manejadas por hombres (Estremadoyro, 1992), provocando un fenómeno de "revictimización" hacia las mujeres.

Ante la observación de que la mayoría de las acciones destinadas a combatir la violencia familiar siguen siendo sectoriales y compartimentadas, el gobierno debe proponer una política que consista en una acción pública integral, coherente, complementaria y concertada por parte de todos los actores.

Siendo así, esta política también debe consolidar la naturaleza socio-penal de la violencia familiar. En ese sentido, debe contar con cuatro ejes: 1) prevención, 2) detección, 3) adaptación a realidades particulares y 4) intervención de violencia familiar en los campos psicosocial, judicial y correccional. Como se puede apreciar, la criminalización no es la respuesta al problema.

1.1. Violencia doméstica o violencia familiar: problemas para definir el problema.

Las orientaciones del gobierno peruano identifican claramente la violencia doméstica como parte de un análisis feminista del problema, lo que sugiere que debe entenderse esencialmente

como violencia contra la mujer. Sin embargo, el conocimiento empírico y teórico desarrollado en los últimos años plantea problemas relacionados con la definición del problema de la violencia doméstica. En esta sección, proponemos alimentar la reflexión presentando primero las múltiples dimensiones de la violencia doméstica. Mientras que algunos estudios muestran que las mujeres y los niños son las principales víctimas, otros estudios aportan matices en el análisis de este fenómeno y sugieren que no hay uno sino varios tipos de violencia.

2. Violencia conyugal/convivencial o violencia contra la mujer: ¿De qué violencia estamos hablando?

Varios datos sobre el alcance de la violencia conyugal indican que las principales víctimas son las mujeres. La Organización de las Naciones Unidad, que define explícitamente la violencia doméstica como una forma de violencia contra las mujeres, considera que es la forma más común y persistente de violencia y afecta a todas las clases sociales. De hecho, el 38% de las mujeres asesinadas en todo el mundo fueron por una pareja íntima, seis veces más que el número de hombres asesinados por su pareja (OMS, 2013).

Las mujeres no solo tienen más incidentes de violencia que los hombres, sino que la violencia que experimentan es mucho más grave y las consecuencias también son físicas y emocionales. La salud física y mental de las mujeres víctimas de violencia doméstica y su funcionamiento social se ven afectadas de muchas maneras: angustia psicológica, depresión, ansiedad, ideación suicida, trastorno de estrés postraumático, baja autoestima, problemas con consumo de estupefacientes, confusión, dificultad para tomar decisiones, aislamiento social, absentismo y rendimiento laboral reducido.

Además, los niños y adolescentes son víctimas directas e indirectas que no deben ser descuidadas, al ser considerados también como un grupo vulnerable según lo prescrito en nuestra constitución. Los problemas de salud física y mental, problemas de funcionamiento social y académico, trastornos severos de adaptación (internalizados y externalizados), estado post estrés -traumático y otros problemas atentan directamente contra el presente y futuro de nuestra sociedad.

Además, los cónyuges o convivientes con el comportamiento violento también viven las consecuencias de la violencia doméstica. Además de la culpa social asociada con el abuso de una mujer y el riesgo de comprometer la calidad de la relación con su cónyuge, (o ex cónyuge) o conviviente y sus hijos, esta violencia resulta para muchos de ellos con consecuencias judiciales.

Si bien es cierto, las estadísticas muestran generalmente que las víctimas de violencia familiar son principalmente mujeres y niños, otros datos respaldan la hipótesis de la simetría de la violencia.

De hecho, sin minimizar la violencia de la cual las mujeres son las víctimas mayoritarias, conlleva reconocer la variedad de la dinámica de la violencia familiar y la posibilidad de que los hombres también puedan ser víctimas de ella. El hecho de que muchos conceptualicen la violencia familiar

como una forma de violencia contra la mujer reconoce que existe una gran diversidad de violencia en la que las mujeres y los niños son las principales víctimas. Sin embargo, una de las tareas pendientes que se debe implementar como política de Estado es el hecho de que la sociedad peruana estigmatiza al hombre que busca accionar contra una mujer violenta (Bermúdez-Tapia, 2011). Es por ello que también es necesario centrarse en las víctimas masculinas para comprender mejor las particularidades y consecuencias de este tipo de violencia doméstica.

3. El efecto de la violencia en el desarrollo personal del niño

Una de las tendencias del siglo actual es el aumento constante en la frecuencia de enfermedades mentales relacionadas con condiciones límite y trastornos psicógenos. Las principales razones de su aparición son "experiencias mentales", "conmoción moral", "golpes del destino", "sobrecarga emocional".

Entre los grupos de edad más vulnerables a este respecto, tenemos a los niños y adolescentes. Son ellos quienes sufren principalmente de disfunción familiar (la frecuencia de padres sistemáticamente conflictivos y divorciados, la angustia mental o social de los padres) y, por regla general, la violencia en forma de opresión física o psicológica.

Como regla general, un niño víctima sufre varias formas de violencia al mismo tiempo, es decir, experimenta muchas formas de violencia a la vez.

3.1. Factores de riesgo socioeconómico para la violencia doméstica.

..a) Bajos ingresos

..b) Desempleo o trabajo temporal, baja condición laboral (especialmente entre padres)

..c) Una familia numerosa.

..d) Padres jóvenes.

..e) Familia monoparental.

..f) Pertenecer a minorías.

..g) Condiciones de vivienda insatisfactorias.

..h) Falta de asistencia social del Estado.

3.2. Factores de riesgo debido a la estructura familiar y al modelo de comunicación.

..a) Familia monoparental, así como familias numerosas.

..b) Padrastro en la familia o padres adoptivos.

..c) Conflictos o relaciones violentas entre miembros de la familia.

..d) Problemas de relaciones matrimoniales (falta de apoyo emocional, insatisfacción sexual, celos, etc.).

..e) Comportamientos: los padres que han experimentado o visto violencia en la infancia son propensos a tratar con violencia a sus hijos. Desde una edad temprana, las padres víctimas aprendieron un patrón de comportamiento agresivo hacia otras personas y miembros de la familia en particular.

..f) La relación entre el padre y el niño.

..g) Aislamiento emocional y físico de la familia.

3.3. Factores de riesgo debido a la identidad del padre

..a) Características de personalidad del padre: baja autoestima, rigidez, dominación, ansiedad, irritabilidad habitual (especialmente en el comportamiento provocativo del niño). También se puede observar: depresión, impulsividad, dependencia, bajo nivel de empatía y apertura, baja tolerancia al estrés, labilidad emocional, agresividad, aislamiento, sospecha y problemas de autoidentificación.

..b) La actitud negativa del padre hacia los demás y las expectativas sociales inadecuadas con respecto al niño. En este caso, los padres evalúan el comportamiento del niño como un estresante fuerte. Se sienten infelices, insatisfechos con su vida familiar.

..c) Bajo nivel de habilidades sociales. No hay capacidad para resolver conflictos y problemas, controlar emociones, pedir ayuda a otros. Al mismo tiempo, los mecanismos de defensa psicológica funcionan: se niega la presencia de un problema, respectivamente, no se acepta la ayuda. La violencia contra los niños es un secreto familiar, que se oculta cuidadosamente y no se discute abiertamente, porque causa miedo a la acusación, la vergüenza, la culpa (Bermúdez-Tapia, 2018 b, p. 129).

..d) Salud mental de los padres: desviaciones psicopatológicas severas, nerviosismo, depresión, tendencias suicidas aumentan el riesgo de violencia contra los niños.

..e) Alcoholismo y drogadicción de los padres y los problemas psicofarmacológicos y trastornos afectivos resultantes: agresividad, hipersexualidad, irritabilidad, coordinación deteriorada, control debilitado sobre su comportamiento, críticas reducidas, cambios de personalidad.

..f) Problemas de salud: embarazo anormal, embarazo interrumpido, parto difícil. Todo esto afecta el sistema nervioso y hace que una mujer sea menos resistente a un factor estresante.

..g) Enfermedades mentales. Los padres no siempre comprenden la condición del niño, especialmente el paciente, y por lo tanto pueden dejar al niño sin la asistencia necesaria.

..h) Subdesarrollo de las habilidades y sentimientos de los padres. El déficit de los sentimientos y habilidades de los padres suele ser característico de los padres jóvenes, con retraso y enfermos mentales. El joven padre está nervioso porque constantemente teme no cumplir con los requisitos. Al mismo tiempo, la depresión y la ansiedad reducen la tolerancia al estrés y la capacidad de hacer frente a las dificultades emergentes en la educación.

Además del impacto directo, la violencia experimentada en la infancia también puede tener consecuencias a largo plazo, que a menudo afectan la vida posterior. Puede contribuir a la formación de relaciones familiares específicas, escenarios de vida especiales. Al investigar las historias de vida de las personas que cometen violencia contra los niños, a veces encuentran su propia experiencia no resuelta de violencia en su infancia.

3.4. Violencia familiar provocada por la separación o divorcio

Nuestra legislación tiene vacíos al proteger a las partes más vulnerables: los hijos, puesto que ellos sufren emocionalmente tras un divorcio o separación. De la misma manera, los abuelos del progenitor que no ostenta la custodia del menor, pues no podrán mantener una relación con los nietos.

Ante ello es preciso desarrollar normativamente el principio de corresponsabilidad parental, de lo que trata esencialmente este principio, es sobre la concreción de la permanencia de la corresponsabilidad parental y de su deber de prestarles asistencia de todo orden (Acuña, M. 2013).

En tal sentido, ambos progenitores deben tener un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad; salvaguardando así el derecho de relación del menor especialmente con el progenitor que no conviva con él.

Luego de que los progenitores se separan, quien tiene la custodia y/o tenencia en mayor proporción de tiempo frente al régimen de visitas, por lo general suele autocalificarse como la parte víctima /pasiva en la fragmentación de la relación de pareja y traslada una carga emocional negativa a su hijo (progenitor “débil”). Este síndrome de alienación parental es provocado por el otro progenitor que actúa como agente provocador o “alienante” (Bermúdez, 2007).

En forma paralela al síndrome de alienación parental es posible que se presenten una serie de acciones de parte del progenitor con tenencia/custodia del hijo, que buscan dolosamente separar físicamente y por espacios temporales prolongados a este del otro progenitor. A esta disfunción en la función parental respecto de sus hijos se le conoce como padrectomía.

Por lo antes expuesto, en nuestra legislación de la materia es necesario que se analicen qué conductas por parte de los progenitores atentan o podrían atentar contra la salud mental de los hijos, en base a lo señalado de manera panorámica en los párrafos precedentes.

4. ¿Cómo puede el conocimiento sobre la violencia doméstica y estructural enriquecer el análisis de la violencia familiar?

Si admitimos que la dinámica de la violencia conyugal/convivencial es múltiple, que concierne a varios actores sociales (hombres, mujeres, niños) y varias redes de servicios (salud, servicios sociales, seguridad pública, justicia, educación), es esencial adoptar un análisis global del fenómeno que permita dar cuenta de su complejidad. Para hacer esto, esta sección discute la relevancia de seguir estudiando los complejos vínculos entre la violencia en las relaciones íntimas (violencia doméstica y familiar) y la violencia estructural.

La violencia doméstica incluye varias subcategorías: violencia entre cónyuges o convivientes, violencia parental contra sus hijos (también conocida como abuso de protección infantil), abuso infantil de sus padres o parientes de edad avanzada, así como la violencia entre hermanos. Si bien cada una de estas subcategorías se refiere a un problema específico, comparten puntos en común. Por ejemplo, generalmente se caracterizan por la relación de intimidad que vincula a la víctima con el autor de la violencia, la diferencia de poder entre el autor y la víctima, y las consecuencias perjudiciales para la víctima. Sin embargo, las relaciones de poder no caracterizan todos los tipos de violencia dentro de la familia o el cuidador en el caso de los ancianos.

La violencia doméstica influye en el ejercicio de la maternidad o la paternidad, por lo que es esencial centrarse en un análisis global de las experiencias de los padres y niños. El interés en los niños expuestos a la violencia entre cónyuges o convivientes es aún más importante ya que este problema afecta el desarrollo de los niños y adolescentes, razón por la que debe considerarse como una forma de abuso psicológico que puede afectar el desarrollo infantil.

Para luchar eficazmente contra la violencia entre cónyuges o convivientes, también es esencial comprender la experiencia de estos para ofrecerles asistencia adecuada. Sin embargo, la intervención con padres que han practicado la violencia todavía está muy poco desarrollada, ya que es objeto de controversia entre los grupos interesados.

La principal controversia entre estos grupos de partes interesadas se refiere a la intervención con los padres. De hecho, las opiniones de los grupos de partes interesadas difieren en cuanto a la relevancia de trabajar en las habilidades de crianza del padre para ayudar a mantener la relación con sus hijos. Sin embargo, si queremos evitar que las madres sean designadas como las únicas responsables de garantizar la protección de los niños en situaciones de violencia doméstica, también debemos desarrollar investigaciones e intervenciones con los padres.

En cuanto a la violencia estructural, que se refiere a los procesos por los que pueda operar la discriminación o la injusticia social hacia ciertos grupos de la población, puede tomar muchas formas, incluidas las discutidas en este artículo: racismo, xenofobia, clasismo, opción sexual, posición económica, etc.

El estudio de la violencia estructural que experimentan las personas que sufren violencia doméstica es una vía relevante porque permite tener en cuenta no solo las relaciones de género, sino también otras relaciones sociales que pueden modular su experiencia de violencia contra las mujeres, igual que su solicitud de ayuda. Algunos grupos experimentan violencia estructural que puede crear condiciones de vida más precarias o un contexto de vulnerabilidad que aumenta el riesgo de victimización y les hace más difícil protegerse de él y superarlo.

La discriminación resulta ser un factor que genera la violencia doméstica contra las mujeres provenientes de provincia o regiones como la sierra, la selva o comunidades campesinas y nativas. Este problema a menudo se representa como el producto de las relaciones históricas de dominación que han marcado las condiciones de vida pasadas y actuales de las poblaciones de donde provienen. Estos factores históricos y estructurales crean contextos en los que las mujeres corren un mayor riesgo de sufrir violencia.

No debemos de perder la vista en el hecho de que la violencia estructural también puede generarse en virtud del estado migratorio. No existe en la actualidad estadísticas reales respecto a mujeres, hombres, niños, ancianos y adolescentes inmigrantes víctimas de violencia familiar en el Perú, más aún con el fenómeno regional de la crisis venezolana que ha incrementado sustancialmente la población extranjera que reside en nuestro país. La actual realidad social que viven los grupos vulnerables de extranjeros en nuestro país los coloca en situaciones de dependencia económica, lo que representa un factor significativo para mantener una relación violenta.

El tema de los recursos financieros sería particularmente relevante en la medida en que la violencia doméstica pueda articularse en torno a este tema. De hecho, una situación financiera precaria causa estrés a la familia y puede ser un factor para mantener la relación violenta, además de plantear un desafío para satisfacer las necesidades de los niños.

Teniendo en cuenta estas disparidades y la complejidad de las situaciones de violencia presentadas por estas mujeres, es importante vincular la violencia familiar con la violencia estructural.

Algunas relaciones sociales relacionadas con la edad o las etapas de la vida pueden crear contextos de vulnerabilidad que complican el problema de la violencia doméstica y modulan la adecuación de las respuestas sociales asociadas a ella. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la violencia, particularmente porque tienden a involucrarse en actividades, situaciones o relaciones más riesgosas. Como se mencionó anteriormente, el embarazo y la maternidad también son hitos que deben ser examinados.

La violencia que sufren las madres durante el embarazo tiene consecuencias significativas para su salud y bienestar e implica la exposición a la violencia por parte de niños muy pequeños. Las madres que son víctimas de violencia doméstica también enfrentan violencia estructural porque tienen que lidiar con las limitaciones de las instituciones sociales que idealizan la maternidad y

relegan fácilmente a las madres solo la responsabilidad de proteger a los niños. Luego se promueve el papel de la "buena madre" que protege a sus hijos al dejar al cónyuge, ocultando así la violencia que a menudo persiste más allá de la separación.

La violencia estructural, por ejemplo, se puede ver en el hecho de que estas mujeres tienen que lidiar con las limitaciones de un sistema de justicia que alienta los acuerdos entre las partes con respecto a tenencia, favoreciendo el reparto equitativo de las responsabilidades parentales en detrimento de los niños en algunos casos.

Por lo anteriormente señalado, resulta de vital importancia seguir desarrollando el conocimiento de las dimensiones estructurales de la violencia, debido a que estas dimensiones pueden influir en la relación entre la victimización que se produce en el ámbito privado y en el ámbito social. Además, puede haber razones para revisar algunas definiciones de la violencia doméstica y familiar en un intento de integrar aún más estas dimensiones estructurales.

5. Marcos de análisis adicionales para dar cuenta de la complejidad

Los comportamientos que se consideran violentos incluyen amenazas, humillación verbal y física, vigilancia, acoso, extravío, aislamiento social, negación de control de recursos económicos, violación o daño sexual y más, hasta el intento de asesinato. Según los estudios que han examinado el fenómeno, la pareja violenta quiere obtener el control sobre el otro. La necesidad de control se debe en la mayoría de los casos a debilidad, excitante inferioridad y falta de autoestima.

La mayoría de las personas que recurren a la violencia llevan un estilo de vida cuyo comportamiento fuera del círculo familiar inmediato no es una excepción. Usan la violencia para obtener sus deseos de sus parejas. Por lo general, son inseguros sobre su capacidad de confiar en otras personas y tienen dificultades para establecer relaciones cercanas e íntimas con su entorno laboral. Tienden a ser críticos o celosos de sus parejas y a menudo no aceptan ninguna responsabilidad por su comportamiento y creen que se deriva del comportamiento de su pareja.

Para investigar la violencia contra los grupos vulnerables en el contexto familiar con un ojo crítico y ampliado teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno, consideramos que es esencial para enfocar los marcos analíticos que se integren varias dimensiones. En línea con nuestro posicionamiento teórico y epistemológico anunciado en la introducción, y en respuesta a los problemas planteados en la sección anterior, hemos optado por discutir más particularmente tres marcos analíticos, que nos parecen proporcionar ideas interesantes para dibujar una imagen global y más completa de la violencia familiar y estructural.

6. Una tipología de violencia doméstica

El modelo teórico de Johnson (2008, 2013) identifica tipos de violencia doméstica:

En este sentido, estos son: 1) terrorismo íntimo, que se refiere a la violencia en una dinámica de poder y control de un cónyuge o conviviente hacia el otro; 2) violencia resistente, que se refiere a la violencia ejercida por la víctima con la intención de resistir o defenderse de un contexto de control coercitivo; 3) violencia situacional, que puede ser ejercida por uno o ambos cónyuges o convivientes en una dinámica de conflicto de parejas más o menos severo.

La violencia situacional es la más común y dominante en las grandes encuestas de población, mientras que el terrorismo íntimo afecta a la mayoría de las mujeres que utilizan los servicios del Estado para víctimas de violencia doméstica. Estos tres tipos de violencia doméstica son diferentes en distintas formas, pero especialmente por la presencia de un control coercitivo que caracteriza claramente a los dos primeros tipos y menos al tercero. En las relaciones heterosexuales, el control coercitivo lo ejercen principalmente los hombres, el control coercitivo puede involucrar agresiones físicas, pero es principalmente psicológico e incluye dos categorías principales de estrategias: 1) coerción: agresión, intimidación, acoso, amenazas, humillación; y 2) control: aislamiento, privación, indiferencia, explotación, imposición de reglas, chantaje con niños.

Esta concepción es interesante en la medida en que conduce a no centrarse solo en actos de violencia. Enfocarse únicamente en el comportamiento violento, más allá del control, contribuye a aumentar la tolerancia de las víctimas y otros actores sociales (actores, jueces) a la violencia considerada "aceptable". Por otra parte, las mujeres que son víctimas de violencia psicológica posterior a la separación rara vez denuncian violencia porque temen no ser creídas. En segundo lugar, la tendencia a evaluar la gravedad de la violencia familiar centrándose principalmente en los comportamientos de violencia física grave conduce a una lectura intemporal del problema que no tiene en cuenta o minimiza la gravedad de la violencia cuando la víctima no tiene una lesión aparente, pero está sujeto a un control coercitivo que persiste en el tiempo. Sin embargo, el control coercitivo sería el tipo de violencia más perjudicial porque explica aún más la escalada de violencia después de la separación, amenazas de muerte y sexo forzado.

El control coercitivo, incluido el acoso, también es un factor asociado con el riesgo de homicidio durante los períodos de separación.

Dado que la violencia doméstica no es una realidad homogénea, en particular debido a factores individuales, relacionales y estructurales que modulan sus manifestaciones y los contextos de vida de los actores involucrados, es esencial examinar las experiencias múltiples y diferenciadas de los actores involucrados mientras se mantiene la centralidad de un análisis de control coercitivo diferenciado por género.

Una mejor distinción entre los tipos de violencia doméstica demuestra la complementariedad y no la oposición entre el análisis feminista de la violencia doméstica y el análisis de la dinámica relacional dentro de la pareja y la familia: situaciones de terrorismo íntimo y violencia resistente, que se explican mejor por el abuso de poder de un cónyuge o conviviente sobre el otro y la violencia situacional, por una dinámica de conflicto entre cónyuges o convivientes.

7. Una tipología de violencia familiar

La tipología de Johnson se basa en la violencia entre parejas íntimas, mientras que la de Appel y Holden (1998) ilustra la multiplicidad de dinámicas de violencia dentro de las familias.

Basado en un metaanálisis de estudios que han documentado la concomitancia de la violencia doméstica y el abuso infantil, esta tipología identifica cinco dinámicas familiares; las tres primeras presentan violencia conyugal unidireccional (de hombre a mujer), las otras dos una dinámica bidireccional. En la primera dinámica, el único agresor es el hombre/padre, es responsable tanto del abuso conyugal como del abuso infantil.

La segunda dinámica es bastante secuencial: el hombre ejerce violencia contra la mujer y la mujer reacciona a su victimización maltratando al niño. En tercer lugar, también puede haber situaciones en las que la violencia entre parejas se dirige del hombre a la mujer, pero ambos padres son responsables del abuso infantil. En la cuarta y quinta dinámica, la violencia entre parejas es bidireccional y ambos padres son responsables del abuso. El quinto se caracteriza por la violencia del niño o adolescente hacia ambos padres.

Sin embargo, no debemos dejar de lado el hecho de que existen otras dinámicas que también incluyen el abuso psicológico y el abandono de los niños. Como el conocimiento sigue siendo relativamente limitado para comprender la complejidad de las interacciones entre los miembros de la familia en el contexto de la violencia entre cónyuges o convivientes y violencia familiar, se necesita más investigación para llegar a un análisis más completo de las manifestaciones de violencia dentro de las familias.

7. Los beneficios de una mejor integración del conocimiento

Producir e integrar el conocimiento es esencial para apoyar la acción pública. Por acción pública, nos referimos a políticas gubernamentales y planes de acción sobre violencia familiar y programas de intervención para víctimas, perpetradores y niños o ancianos expuestos a la violencia. Desde la adopción de su primera política de intervención de violencia familiar, el gobierno peruano y la mayoría de las organizaciones que trabajan en el campo de la violencia familiar han apoyado sus acciones con una definición de violencia que se fundamenta en la toma de posesión de una persona sobre otra.

Sin embargo, las investigaciones y las experiencias de los profesionales invitan al estudio de otros tipos de violencia para reflejar el rango de situaciones de violencia familiar que se encuentran en diferentes contextos. La pluralidad de situaciones experimentadas por los actores en el contexto de la violencia familiar exige rigor y matices para comprender y definir el fenómeno. Esto es para evitar que una comprensión parcial de las situaciones de violencia tenga consecuencias para las personas involucradas, pero también sobre las políticas públicas y las acciones que deben implementarse.

El enriquecimiento de las definiciones según los diferentes tipos o modalidades de violencia permite responder a las preocupaciones de los actores gubernamentales que trabajan este fenómeno y que desean, por sus políticas y sus programas, adaptar las prácticas de intervención de acuerdo con la violencia diferenciada y los factores asociados con esta última. Por ello resulta importante adaptar la intervención a los diferentes tipos de violencia en todos los contextos; de lo contrario, las normas seguirán siendo ineficaces.

Adaptar las intervenciones a los tipos de violencia familiar también es importante para las decisiones judiciales relacionadas con los procesos de tenencia de menores en casos de separación. Según Johnson (2013), cuando falta información para comprender completamente el tipo de abuso conyugal, la situación debe tratarse como si fuera un terrorismo íntimo. Esta estrategia evita el riesgo de dañar la seguridad de las víctimas en los casos en que es incorrecto creer que es una violencia simétrica.

La adaptación de los servicios ofrecidos a las familias que viven en un contexto de vulnerabilidad no puede prescindir de un análisis de los factores individuales y relacionales como sociales y estructurales, de ahí la relevancia de una visión más amplia del problema y las soluciones.

CONCLUSIONES

El conocimiento empírico y teórico desarrollado en los últimos años plantea preguntas y cuestiones relacionadas con la definición de violencia familiar. Si bien la violencia familiar ha sido analizada principalmente por un enfoque feminista por parte de los estados y las grandes organizaciones internacionales, algunos escritos proporcionan matices en la comprensión del fenómeno y demuestran su complejidad.

Siendo así, también surgen problemas de definición. Para algunos, la violencia familiar es un delito; para otros un problema social o un problema de salud pública. Aunque todas estas visiones aportan un ángulo relevante para la comprensión del problema, nuestra posición crítica nos hace pensar que no todas son iguales y que es esencial no perder de vista las dimensiones estructurales de la problemática.

De hecho, algunos análisis del problema tienen límites a este respecto. También sucede que las diferentes visiones del problema se dividen de acuerdo con las culturas organizacionales. El propósito de este

artículo era "explotar" la definición de violencia familiar analizando el problema de varias maneras y estableciendo vínculos empíricos y teóricos entre la violencia conyugal o convivencial, familiar y estructural. Este enfoque ha colocado el problema de la violencia en un análisis exhaustivo que incorpora factores sociales y estructurales, así como factores individuales e interpersonales. Tal concepción del problema hace posible observar que la violencia familiar no es una realidad homogénea.

De hecho, a la luz de la literatura publicada, parece que no solo hay un tipo de violencia conyugal o convivencial, sino más bien una multiplicidad de dinámicas que tienen vínculos complejos con otras formas de violencia en la esfera íntima o estructural. Para circunscribir mejor el problema de la violencia familiar, hemos propuesto estudiarla a la luz de tres marcos analíticos que permiten dibujar un retrato global de la violencia conyugal/convivencial, familiar y estructural. Estos tres marcos nos parecen interesantes en su complementariedad; es decir, en la medida en que cada uno trae una iluminación que el otro no tiene. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, además de estos tres modelos, también debemos trabajar en un espíritu de colaboración para aunar la experiencia de los investigadores y profesionales para contribuir al desarrollo del conocimiento y la transferencia del conocimiento a comunidades de estudio y políticas públicas.

Tal espíritu de colaboración parece necesario para la implementación de intervenciones que satisfagan mejor las necesidades de las personas involucradas, particularmente sus necesidades de seguridad.

Cabe señalar que, además de estos tres modelos, también debemos trabajar en un espíritu de colaboración para unir la experiencia de los investigadores y profesionales para contribuir al desarrollo del conocimiento y la transferencia de este conocimiento a los distintos medios para mejorar las políticas pre-prevención y acción pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuña, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 20, Nº 2, Coquimbo.

AE y GW H. (1998). La ocurrencia conjunta del abuso del cónyuge y del niño físico: una revisión y evaluación, *Journal of Family Psychology*, vol. 12, núm. 4, pp. 578-599.

Bermúdez-Tapia, M. (2001) Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *Boletín del Instituto Riva Agüero.* Nº 28

Bermúdez, M. (2007). La violencia familiar invisible provocada por al separación o divorcio. En: Revista CAMPUS. Trujillo: Escuela de Postgrado de la Universidad Antenor Orrego. Nº 3.

Bermúdez-Tapia, M.l¡ (2011) *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante

Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: Editorial San Marcos

Bermúdez-Tapia, M. (2018 a) El perfil del litigante afectado por el sistema jurisdiccional y el síndrome de Burnout. *Gaceta Civil & Procesal Civil.* Tomo Nº 56, pp. 249-257

Bermúdez-Tapia, M. (2018 b) Legislando y desfigurando la naturaleza jurídica de la "capacidad jurídica" en el Perú. *Gaceta Civil y Procesal Civil.* Tomo Nº 65, noviembre 2018, pp. 129-135

Estremadoyro, F. (1992). Violencia en la pareja. Comisarías de Mujeres en el Perú, Ediciones Flora Tristán, p. 78

INEI. (2016). PERÚ. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-ENDES, Lima, pp. 539.

Johnson, MP. (2008). Una tipología de violencia doméstica: Terrorismo íntimo, resistencia violenta y violencia situacional Pareja, Boston, MA, Northeastern University Press.

Johnson, MP. (2013). Tipos de violencia familiar. *Violencia contra la mujer: realidades complejas y problemas emergentes en un mundo cambiante,* eds. del Sr. Rinfret-Raynor, É. Lesieux, M.-M. Cousineau, S. Gauthier y E. Harper, Quebec, University of Quebec Press, pp. 15-32.

Organización Mundial de la Salud (2013). Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y consecuencias para la salud de la violencia por parte de la pareja y la violencia sexual sin pareja, Ginebra, Suiza, Organización Mundial de la Salud Health. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85242/1/WHO_RHR_HRP_13.06_eng.pdf.

ONU. (1993). Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes. Résolution 48/104 de l'Assemblée Générale de l'ONU. New York, p. 6

BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA



Mural “Los peruanos en la independencia” de Teodoro Núñez Ureta.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5208

El momento decisivo de la independencia peruana fue en Trujillo, el 29 de diciembre de 1820

QUE EL NORTE DIGA SU PALABRA

Hugo Vallenas Málaga

Empieza a ser motivo de preocupaciones oficiales el bicentenario de la independencia. Se pretende conmemorar el 28 de julio de 1821 como fecha fundacional de la libertad y la nacionalidad. ¿Es eso cierto? ¿El Perú independiente realmente nació en esa fecha? No es exacto. El 28 de julio formó parte del proceso que debía haber logrado esa meta, que siguió pendiente incluso después del retiro de Bolívar del Perú en noviembre de 1826.

Más importante que el sábado 28 de julio de 1821 fue el viernes 20 setiembre de 1822. Ese día dimitió el general San Martín y se instaló el primer Congreso Constituyente del Perú, cuya principal labor fue elaborar nuestra primera Constitución republicana, promulgada el 12 de noviembre de 1823. La guerra emancipadora no había concluido, no teníamos instituciones sólidas ni fronteras claras y nuestro ejército estaba formado, en su gran mayoría, por una costosa y nutrida planilla de oficiales, mandos y soldados colombianos, argentinos y chilenos. Pero estábamos empezando a ser soberanos.



Escudo nacional de 1822, diseñado por San Martín, que estuvo vigente hasta 1825. La bandera chilena está encima de la bandera peruana. El mismo diseño se usó como sello del Estado en documentos oficiales. Ver: Símbolos de la patria. Colección documental de la Independencia del Perú, tomo X, Lima, 1974, pp. 5 y ss.; 47 y ss.

En el escudo nacional decretado por San Martín el 21 de octubre de 1820, que estuvo vigente hasta la ley del 25 de febrero de 1825 (ley que oficializó el escudo que tenemos hoy), se advierte un claro signo de nuestra debilidad como nación en formación. El escudo de 1820 tuvo una ligera modificación por decreto sanmartiniano del 15 de marzo de 1822, que reemplazó los triángulos de la bandera peruana por franjas horizontales (similares a la bandera española); y por decreto del 31 de mayo de 1822, que dispuso las franjas verticales que desde entonces caracterizan a la bandera peruana.

Si nos fijamos en la imagen del escudo de 1822, veremos que se muestra a nuestro país como deudor de su soberanía a un conjunto de banderas y enseñas militares pertenecientes a otros países del continente. Incluso la bandera peruana aparece arrinconada en un extremo, con la bandera chilena encima de ella y en un lugar más destacado. Este es el escudo que lucieron las tropas patriotas en Junín y Ayacucho. Recién en 1825 fue considerado inconveniente que el escudo nacional de 1822 incluya las banderas de otros países.



Mulatos celebrando en Lima la Independencia del Perú. Se exhibía obligatoriamente la bandera argentina. Acuarela de Pancho Fierro de 1822.

En realidad, la libertad y la nacionalidad se gestaron en un largo proceso, dentro del cual el 28 de julio de 1821 es una fecha importante entre muchas otras. El proceso emancipador empezó en 1780, con la revolución andina de José Gabriel Túpac Amaru, y no se completó hasta la llegada de Ramón Castilla, quien abolió la esclavitud y el tributo colonial indígena en 1854 y pacificó al país, además de darle la Constitución de 1860, la de más larga vigencia en nuestra historia. La independencia recién se selló el 2 de mayo de 1866, cuando el Perú puso fin a las ambiciones de España sin necesitar de ceder a las ambiciones de ningún caudillo extranjero.

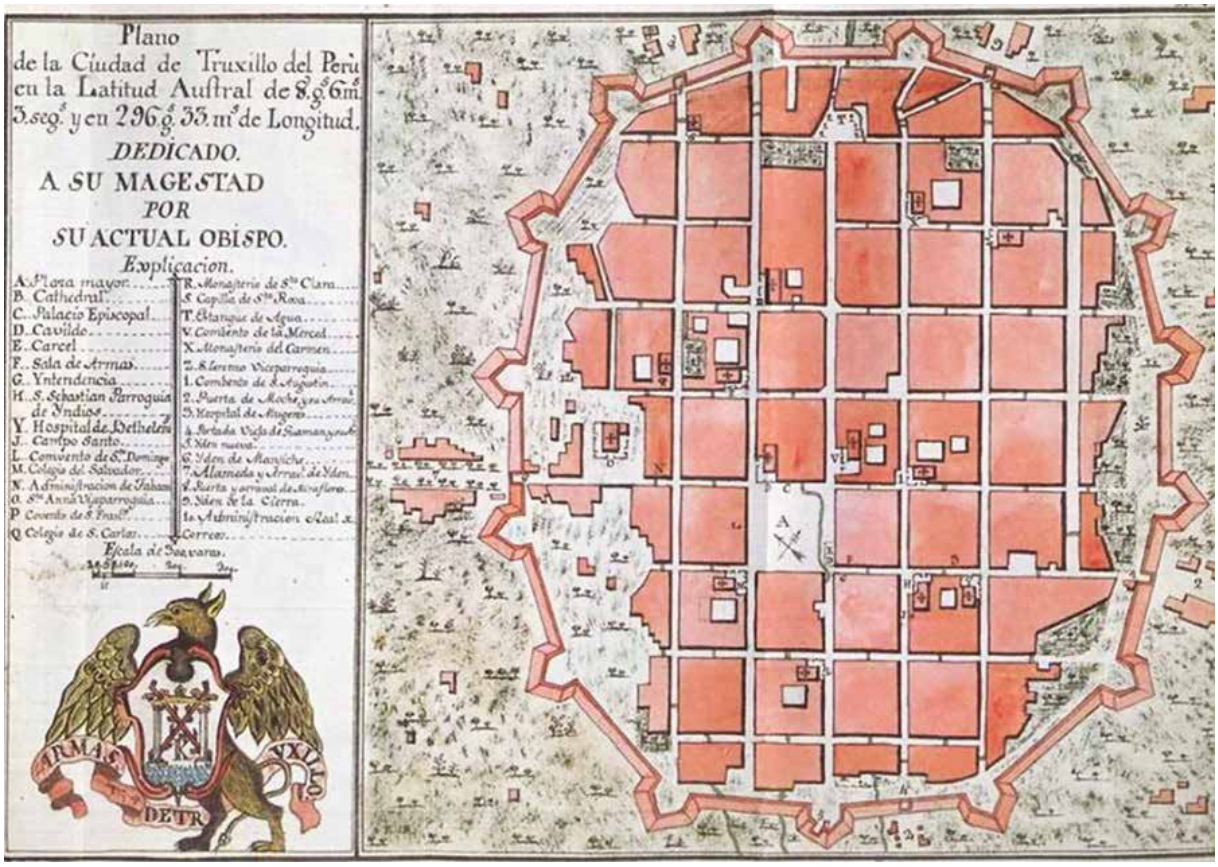
Pero si queremos fijar una fecha decisiva que marca un antes y un después en el proceso emancipador, esa es el 29 de diciembre de 1820, día de la proclamación de la independencia de Trujillo, lograda en un territorio equivalente a la mitad del país, sin apoyo de tropas extranjeras y en forma irreversible.

TRUJILLO EN 1820 Y LIMA EN 1821

En comparación con Trujillo, la proclamación de la independencia del 28 de julio de 1821 fue un acto simbólico, que pretendía mostrar ante el mundo a los españoles como carentes de un gobierno legítimo en Lima, como invasores. Pero la realidad era muy distinta. El Callao, la sierra central y el sur del Bajo Perú y todo el Alto Perú (casi 1 millón de km2), estaban en manos del virrey. Un ejército realista de casi 15 mil efectivos, de los cuales más de 10 mil eran peruanos, bloqueaba los intentos de la Expedición Libertadora —formada en su mayoría por argentinos y chilenos— de tener mayor control territorial. San Martín fracasó militarmente y, lejos de ser un general desinteresado del poder (tenía la finalidad de imponer al Perú un príncipe europeo), lo que hizo fue dejar a los peruanos inmersos en todos los problemas que no solucionó. Como consecuencia de ese fracaso, entre junio y agosto de 1823, Lima fue ocupada nuevamente por los españoles. Y ocurrió de nuevo entre marzo y diciembre de 1824. Esa inestabilidad hizo crecer en la capital una corriente de opinión favorable al regreso del virrey. Además, no obstante la victoria en Ayacucho del 9 de diciembre de 1824, los castillos del Real Felipe, en el Callao, estuvieron en manos de los españoles hasta el 22 de enero de 1826. Lima estaba indefensa por el mar.

El caso de Trujillo es muy distinto. Tras el desembarco de la Expedición Libertadora en Paracas el 8 de setiembre de 1820, el general José de San Martín organizó dos avances de tropas patriotas en la sierra central y en el norte del país en la zona cercana a Lima. Nicolás Rebaza en sus *Anales del departamento de La Libertad en la guerra de la independencia* (1897), documenta que en diciembre de 1820 el ejército de San Martín se encontraba en Chancay, inmovilizado, falto de recursos y con muchos soldados afectados por enfermedades tropicales. El norte fue en su auxilio y sin necesitar de las tropas foráneas, la antigua y vasta intendencia de Trujillo —que comprendía las provincias de Trujillo, Lambayeque, Piura, Tumbes, Cajamarca, Huambos, Huamachuco, Pataz, Chachapoyas, Luya, Lamas y Moyobamba— proclamó su independencia con la nueva bandera diseñada por San Martín el 29 de diciembre de 1820 y tomó pleno control de su territorio. Su ejemplo impactó fuertemente en la

población de todo el país, incluyendo lo que hoy es Ecuador, ya que Trujillo limitaba por el norte con la provincia independiente de Guayaquil, perteneciente al Perú desde 1803.



La ciudad de Trujillo en 1786. No era muy distinta en 1820. En la Plaza Mayor, la letra "G" indica el Palacio de la Intendencia, donde se decidió proclamar la emancipación.

El intendente de Trujillo, marqués de Torre Tagle (cuyos méritos tienden a olvidarse) había dispuesto la captura de las autoridades españolas el 26 de diciembre —de paso logró desbaratar un atentado contra su persona urdido por el coronel español José Torlá— y cuando proclama la independencia ya tiene de su lado a un eficiente equipo de oficiales criollos, entre ellos el comandante Antonio Gutiérrez de la Fuente, los capitanes José María Lizarzaburu y el jefe de plaza de Trujillo, teniente coronel Pedro Antonio Borgoño. Con ellos organiza de inmediato el control militar de la gran intendencia.

Gracias al apoyo del prócer José Faustino Sánchez Carrión se ratificó la independencia en todas las ciudades importantes y se nombró nuevas autoridades. Los territorios de Jaén y Maynas deciden libremente ser parte del Perú el 4 de junio de 1821. La batalla decisiva contra lo que quedaba en esa región del ejército realista se libró el 6 de junio de 1821 en Higos-Urco, a la entrada de la ciudad de Chachapoyas, con una contundente victoria patriota lograda por el teniente de caballería trujillano José Félix Castro.



José Bernardo de Tagle y Portocarrero, marqués de Torre Tagle, siendo intendente de Trujillo organizó la proclamación de la independencia en su vasta jurisdicción. No obstante su origen aristocrático, desde su juventud defendió ideas emancipadoras. Asistió en 1812 como delegado peruano a las Cortes de Cádiz. El primer Congreso Constituyente lo eligió presidente de la República entre el 16 de agosto de 1823 y el 10 de febrero de 1824.

Con toda razón, Nicolás Rebaza se pregunta en el primer capítulo de su libro: "¿Cuál habría sido la situación del ejército del general San Martín si Torlá logra deponer al marqués de Torre Tagle? No habría tenido lugar el pronunciamiento por la independencia". Y añade: "Se salvó felizmente Trujillo y todo el norte proclamó la independencia y el general San Martín, con los auxilios de hombres, dinero y cuanto necesitó, que le fue de Trujillo, reorganizó su ejército, aumentó poniéndole en pie de sostener el sitio de Lima y obligar al virrey a evacuar la capital".

El territorio trujillano de entonces, desde Tumbes al río Santa y hasta el Amazonas, nunca dejó de ser patriota. No hubo marcha atrás en la independencia, a diferencia de Lima. Por eso la emancipación trujillana es una fecha decisiva. Recordar el 29 de diciembre de 1820 nos obliga a reconocer que nada habría podido hacer San Martín sin el apoyo de los peruanos de Trujillo. A ello se debe que siendo Protector del Perú, el general José de San Martín otorgue a la ciudad de Trujillo el 31 de enero de 1822 el título de "Benemérita y Fidelísima a la Patria".

BATALLAS GANADAS Y DECEPCIONES

La contribución del departamento de Trujillo a la organización de las primeras fuerzas armadas peruanas es larga de contar, pero es gracias a la división peruana organizada en Piura y conducida por Andrés de Santa Cruz, que pudo asegurarse la derrota de los españoles en Ecuador, con las victorias de Riobamba (21 de abril de 1822) y Pichincha (24 de mayo de 1822). Lamentablemente, Bolívar impuso dictatorialmente a Quito la pertenencia a la Gran Colombia, no obstante haber luchado esta región por su plena independencia desde la revolución de 1809. Hizo lo mismo el 11 de julio de 1822 con la provincia de Guayaquil (vinculada al Perú desde 1803), pocos días antes del inútil encuentro de San Martín y Bolívar.

Trujillo hizo mucho por Bolívar pero también sufrió dolorosas decepciones. El heroico Libertador, siempre lleno de proyectos de alta proyección histórica, no dejaba de ser un político pragmático y ambicioso. Tras haber desmembrado el Alto Perú para crear un país con su nombre y haber fracasado en el proyecto de ser presidente vitalicio del Perú, Bolívar quería que la Gran Colombia sea el país más fuerte y vasto de la región, con acceso a las dos costas de América Central desde Panamá, al océano Pacífico desde Ecuador e incluso a la cuenca del Marañón y el Amazonas.

Para este último fin, Bolívar defendió el pretendido derecho colombiano a los territorios de Jaén y Maynas (basándose en la antigua demarcación virreinal), y desconociendo su voluntad de pertenecer al Perú nos declaró la guerra el 3 de julio de 1828. Una absurda guerra que tuvo que ser afrontada por el departamento de La Libertad, que un año después concluyó con un armisticio y un precario tratado, sin concesiones territoriales, firmado el 22 de setiembre de 1829. Jaen y Maynas… ¡ni de a vainas!, señor Libertador.



Batalla de Portete de Tarqui (27 de febrero de 1829), librada en territorio actualmente ecuatoriano entre las fuerzas de la Gran Colombia dirigidas por Sucre –siendo Bolívar presidente de ese país– y las peruanas dirigidas personalmente por el presidente La Mar. Durante esta batalla hubo un duelo a caballo y lanza entre el comandante colombiano Camacaro y el teniente coronel peruano Domingo Nieto, en el que venció este último. Bolívar reclamaba Jaén y Maynas como territorio colombiano. Adiós hermandad libertadora.

DECEPCIONES SANMARTINIANAS

Mientras Trujillo luchaba esforzadamente por asegurar su territorio durante la primera mitad de 1821, San Martín se ufanaba de controlar la mitad del país para poder negociar con el virrey acuerdos contrarios a los ideales republicanos. El autoproclamado Protector, en ninguna de sus proclamas nos proponía una forma de gobierno específica. Se limitaba a prometer que los peruanos decidirían libremente su futuro. Sin embargo, hacía todo lo posible por imponer a los peruanos un entendimiento con el virrey sin consulta alguna.

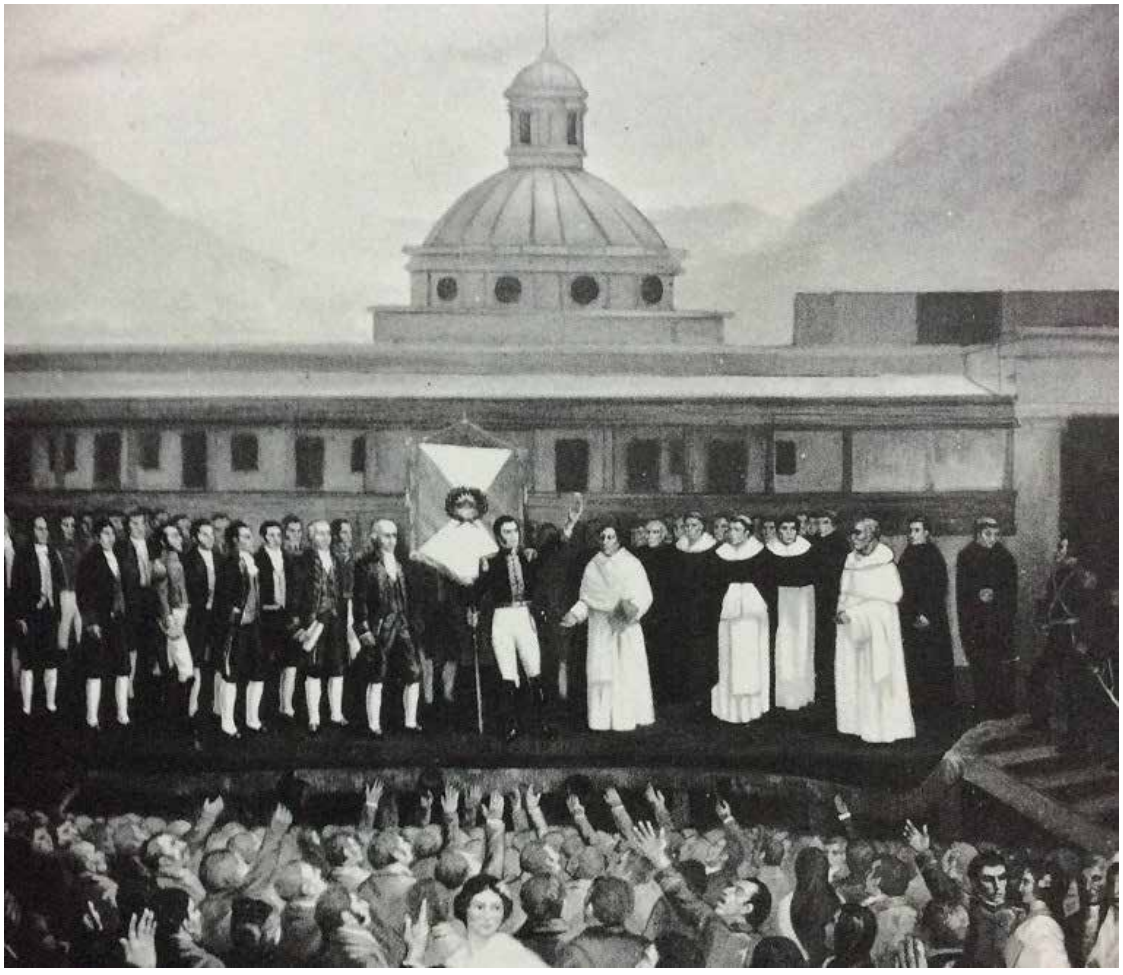
Durante la célebre entrevista en la casa de la hacienda de Santiago de Punchauca (al norte de Lima, en lo que hoy es Carabayllo) el 2 de junio de 1821, San Martín propuso por escrito al virrey La Serna firmar un acuerdo de paz y constituir de manera conjunta un gobierno provisional tripartito (un español, un peruano un argentino) cuyo propósito sea la proclamación de la independencia y "el establecimiento de una monarquía constitucional en el Perú", con un monarca "elegido por las cortes constitucionales de España" y ceñido a la Constitución "que formen los pueblos del Perú". San Martín agrega: "Si se reconoce la independencia, y se declara de un modo público y solemne", en ese gobierno provisorio tripartito "el general La Serna, o el que él elija, mandará los ejércitos de Lima y patriótico, como una sola fuerza".



San Martín y La Serna en Punchauca el 2 de junio de 1821. El primero propone un cogobierno monárquico sin consultar a los peruanos. Pintura de Francisco González Gamarra.

El virrey estuvo dispuesto a discutir una propuesta de paz —de hecho hubo un armisticio desde el 23 de mayo, que tuvo sucesivas prórrogas, hasta el 30 de junio, incluyendo un canje de prisioneros—, pero muy a su pesar no podía aceptar una propuesta política que desconociera la autoridad del rey español Fernando VII.

Concluidas las conversaciones, San Martín procedió a cercar Lima y preparó la toma de la ciudad. Esperó a que el 6 de julio, La Serna y los demás jefes españoles optaran buenamente por dejar la capital y trasladar la sede virreinal al Cusco. El control de la ciudad quedó en manos de un noble limeño, el marqués de Montemira, con un mínimo de tropas españolas para custodiar el orden público. Los castillos del Callao siguieron ocupados por los realistas.



Lima, 28 de julio de 1821. Un acto simbólico que encubría intenciones monárquicas. Pintura por Edna Velarde.

¿"A ENEMIGO QUE SE VA, PUENTE DE PLATA"?

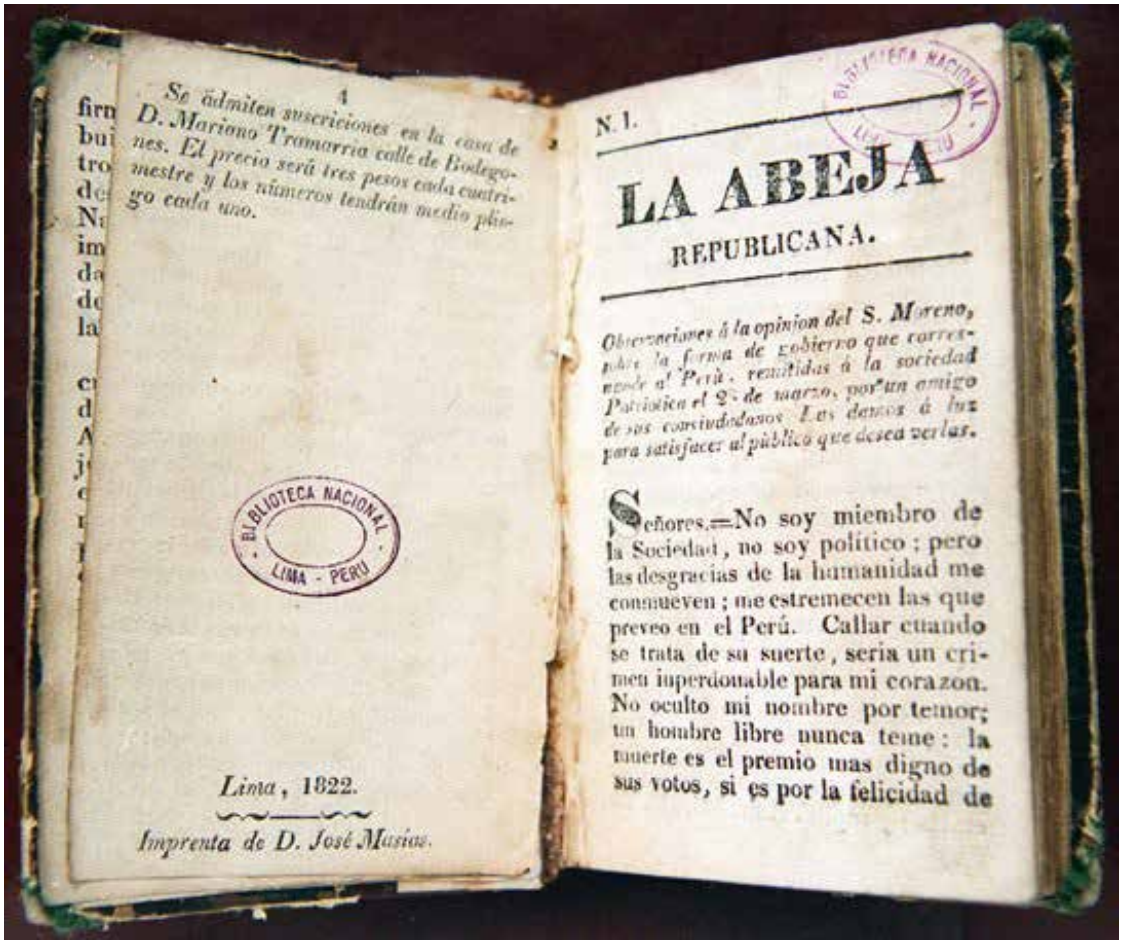
En el Estado Mayor de San Martín y en el comando de la armada patriota cuyo jefe era Lord Cochrane, causó disgusto que el general decidiera no tomar medidas de guerra durante la retirada española. Una división del ejército realista al mando de Canterac se adelantó una semana antes para proteger la salida del virrey La Serna y sus tropas. El traslado de ambos era lento y difícil por los frecuentes ataques de montoneros. El general patriota Álvarez de Arenales consideraba que con sus fuerzas y las de San Martín en Lima, era posible cercarlos por separado y vencerlos. A su vez, Cochrane sostenía que sin el apoyo de Lima, la guarnición española en los castillos del Real Felipe estaba indefensa y podía ser batida por tierra mientras se le atacaba desde el mar.

Era el momento propicio para que la entrada en Lima sea al mismo tiempo la derrota del ejército virreinal. Sin embargo, el generalísimo no permitió ninguna acción de guerra y mantuvo la mayor parte del ejército patriota durante varias semanas en la inmovilidad en las afueras de Lima, en Mirones y La Legua. Ante las exigencias de acción, San Martín respondía: "A enemigo que se va, puente de plata". Diversos historiadores —incluidos los más elogiosos hacia San Martín, como Bartolomé Mitre— han dado la razón a Cochrane y Arenales. El generalísimo dejó pasar una oportunidad de oro para vencer al virrey. O no quiso enfrentarlo. Más adelante prosiguió con sus tratativas de imponer un rey al Perú, propuesta que la mayoría de peruanos, entre ellos José Faustino Sánchez Carrión desde La Abeja Republicana, rechazaban.

El proyecto monárquico hubiera sido un enorme paso atrás en el proceso emancipador. Esto escribía en contra de San Martín el prócer huamachuquino José Faustino Sánchez Carrión: "Un trono en el Perú sería acaso más despótico que en Asia y, asentada la paz, se disputarían los mandatarios la palma de la tiranía. […] Por una fatal experiencia sabemos que ser rey, e imaginarse dueño de vidas y haciendas, todo es uno. […] Pero, lo que es más doloroso, los mismos vasallos llegan a persuadirse de esto, por la práctica de hincar la rodilla, por la expectación continua del soberano tren, y por los funestos halagos de una corte imponente y corrompida".

TRUJILLO FINANCIÓ JUNÍN Y AYACUCHO

Si el 28 de julio de 1821 fue apenas un acto simbólico y casi teatral, ¿debe celebrarse entonces el 9 de diciembre de 1824, día de la victoria de Ayacucho en lugar del 28 de julio de 1821? Es sin duda una fecha importante, porque señala la derrota del virrey y el fin de su poder. Pero no olvidemos que la victoria de Ayacucho —que es indesligable de la victoria de Junín del 6 de agosto de ese año— no habría sido posible sin la acción política de José Faustino Sánchez Carrión, ministro general cogobernante con Bolívar, junto con su equipo de colaboradores, reuniendo fondos, organizando a la población, y auxiliando al Ejército Unido Libertador con una red prodigiosa de "montoneros" que hostigaban, aislaban y mellaban la moral del ejército realista, formado en su gran mayoría, como ya se ha dicho, por peruanos. Bolívar no podía por sí solo obrar milagros.



Se admiten suscriciones en la casa de D. Mariano Tramarria calle de Bodegones. El precio será tres pesos cada cuatrimestre y los números tendrán medio pliego cada uno.

Lima, 1822.

Imprenta de D. José Masias.

N. 1.

LA ABEJA REPUBLICANA.

Observaciones á la opinion del S. Moreno, sobre la forma de gobierno que corresponde al Perù, remitidas á la sociedad Patriotica el 2 de marzo, por un amigo de sus conciudadanos. Las damos á luz para satisfacer al publico que desea verlas.

Señores.=No soy miembro de la Sociedad, no soy político; pero las desgracias de la humanidad me conmueven; me estremecen las que preveo en el Perú. Callar cuando se trata de su suerte, seria un crimen inperdonable para mi corazon. No oculto mi nombre por temor; un hombre libre nunca teme: la muerte es el premio mas digno de sus votos, si es por la felicidad de

José Faustino Sánchez Carrión, tenaz opositor al proyecto monárquico de San Martín desde La Abeja Republicana.

El historiador Gustavo Bacacorzo ha dado amplia información sobre las condiciones en las que llegaban las tropas colombianas de Bolívar. Leamos: "La *brillante caballada* —al decir de Bolívar— que disfrutan las tropas del llamado Ejército del Norte, era totalmente peruana. […] El vestuario del ejército

colombiano aliado, como también de argentinos, chilenos y bolivianos, son proporcionados por el Perú. Consta instrumentalmente que hubo batallones que llegaron totalmente desnudos a Casma y Supe en 1823 y 1824 […] sin fornituras, sin armamento y sin nada que merezca la pena. […] El armamento es igualmente adquirido por el Perú". El gran mérito del ministro general Sánchez Carrión y de sus colaboradores peruanos, es mantener, vestir, equipar y armar a cerca de 10 mil hombres. La fuente de todos estos gastos solo podía venir del departamento de Trujillo, el único que había dejado de ser zona de guerra y era fiel al proyecto emancipador. A esto se une una labor política, que debía traducirse en la adhesión de los nuevos pueblos liberados a los ideales republicanos, ofrecer voluntarios para engrosar el ejército y colaborar con el aislamiento del enemigo.

El mayor aporte lo dio la provincia de Trujillo, que aceptó poner a las órdenes del general La Mar el "dos y medio por ciento de la población" en edad de tomar las armas (unos cinco mil voluntarios) y embargó todos los caballos, coches y bestias de tiro, como lo atestigua una carta del mariscal Sucre del 4 de febrero de 1824.

Las ediciones de la *Gaceta de Gobierno* publicadas publican una detallada contabilidad del aporte de las provincias norteñas al fondo de la campaña emancipadora. Por ejemplo, entre febrero y marzo de 1824 el aporte de los hacendados de Trujillo sumó el equivalente a 47 mil pesos de plata, el aporte de la iglesia trujillana sumó 22 mil pesos. Hubo también grandes aportes en hombres y recursos económicos de Piura, Chota, Cajamarca, Huaylas, Huánuco y muchas otras localidades.

Las contribuciones no se interrumpieron hasta el fin de la guerra. Por ejemplo, entre marzo y octubre de 1824, Chota contribuyó con el equivalente de 23 mil pesos de plata; el pueblo de Pataz aportó 10 mil pesos y Huamachuco 38 mil pesos, cifras de una magnitud extraordinaria para esa época y que implicaban un gran sacrificio.

Cuando llegaron los refuerzos colombianos a fines de marzo de 1824 ya existía un núcleo de combatientes peruanos de más de 6 mil efectivos en pleno adiestramiento y bien pertrechados. Hubo además una fuerza auxiliar de un millar de guerrilleros equipados y protegidos por los hacendados de la provincia. Muchos tratados de historia no mencionan estos datos, que están al alcance de cualquier lector en las gacetas oficiales de la época.

El norte, el departamento de Trujillo, invencible y soberano, financió las campañas de Junín y Ayacucho. Por eso, el 14 de junio de 1824, un decreto de Bolívar y Sánchez Carrión decidió premiar el esfuerzo de guerra del departamento de Trujillo (que comprendía, nunca lo olvidemos, los actuales departamentos de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Cajamarca y Amazonas), exceptuándolo "por el término de diez o más años del pago de contribuciones al Estado". Decreto que, por supuesto, no se cumplió.



José de La Mar organizó y entrenó, con ayuda de Ramón Castilla, a los combatientes peruanos, en su mayoría trujillanos, que se batieron en Junín y Ayacucho. Siendo presidente del Perú (1827-1829) rechazó las ambiciones territoriales de Bolívar.

LA BATALLA DE JUNÍN LA GANARON LOS TRUJILLANOS

Tampoco olvidemos que la batalla de Junín estuvo a punto de perderse si no fuera por la intervención de los Húsares del Perú, quienes ingresaron al combate cuando Bolívar se batía en retirada. Y los Húsares del Perú eran de Trujillo. El mariscal peruano José de La Mar, organizó y entrenó en Trujillo, con ayuda del teniente coronel Ramón Castilla, la división peruana del Ejército Libertador, que incluyó el escuadrón de húsares de la "Legión Peruana de la Guardia", llamados por Bolívar "Húsares del Perú" y luego de la victoria, "Húsares de Junín".

El mariscal Miller, auxiliar militar de Bolívar de origen inglés, cuenta en sus cartas y sus memorias un detalle que el parte oficial de Junín redactado por Sucre no dice. Fue la división peruana al mando de La Mar la que contuvo con firmeza el ataque de la caballería realista para proteger la retirada de Bolívar.

Cuando los Húsares del Perú sorprenden por la retaguardia a la caballería del general español Canterac, La Mar encabezó espada en mano el contraataque. Al final dieron media vuelta y se sumaron a la batalla los libertadores extranjeros. La batalla fue ganada por los peruanos, sobre todo trujillanos, combatiendo cuerpo a cuerpo sin armas de fuego. En este caso, la caballería realista, cuerpo militar de lujo, sí tenía mayoría española.



Capitulación de Ayacucho. Óleo de Daniel Hernández.

El aporte de Trujillo a la guerra de independencia y el haberse mantenido firme desde diciembre de 1820, motivó el decreto del 9 de marzo de 1825 que cambió el nombre del departamento de Trujillo por departamento de La Libertad (también se decretó que la ciudad de Trujillo se llame ciudad de Bolívar, pero eso ya es otra historia).

LA BATALLA DE AYACUCHO

Algunos se preguntan por qué el virrey La Serna, herido y prisionero al concluir la batalla de Ayacucho, el 9 de diciembre de 1824, se apresuró a aceptar la rendición del virreinato y no dejó a sus generales continuar la guerra. La razón es sobre todo política. Su autoridad y la moral de las tropas, en su mayoría peruanas, se habían derrumbado así contara, en términos numéricos, con importantes contingentes y recursos de guerra.

A ello contribuyó la actividad política de Sánchez Carrión y el prestigio de Trujillo como baluarte de la independencia, en momentos en que Lima y el Callao seguían bajo control español. El efecto político del prestigio trujillano es el aislamiento de la élite española del ejército realista, con deserciones masivas de reclutas peruanos y el acoso incesante de fuerzas guerrilleras que no permiten a los españoles comunicarse ni abastecerse.



El gran "zarco" José Faustino Sánchez Carrión, ideólogo de la república y prodigioso organizador de los poderes públicos en medio de la guerra. Nació el 13 de febrero de 1787 en Huamachuco. Falleció el 2 de junio de 1825 en Lurín, Lima, a los 38 años.

Los grandes vencedores de Ayacucho, después de los héroes del campo de batalla, son aquellos soldados irregulares que rodeaban al ejército del virrey y le hacían imposible subsistir. Por eso dice el historiador Gustavo Bacacorzo: "No es pues aventurado decir entonces que dos tercios de las tropas triunfadoras en Ayacucho eran netamente peruanas, sin contar en éstas a más de tres mil guerrilleros que conforman la retaguardia patriota, controlan las quebradas, se autosostienen y mueren sin dejar sus nombres registrados, constituyendo el verdadero soldado desconocido"[1].

1 Bacacorzo, Gustavo. *Loc. Cit.*

EN TRUJILLO EMPEZÓ A NACER LA REPÚBLICA

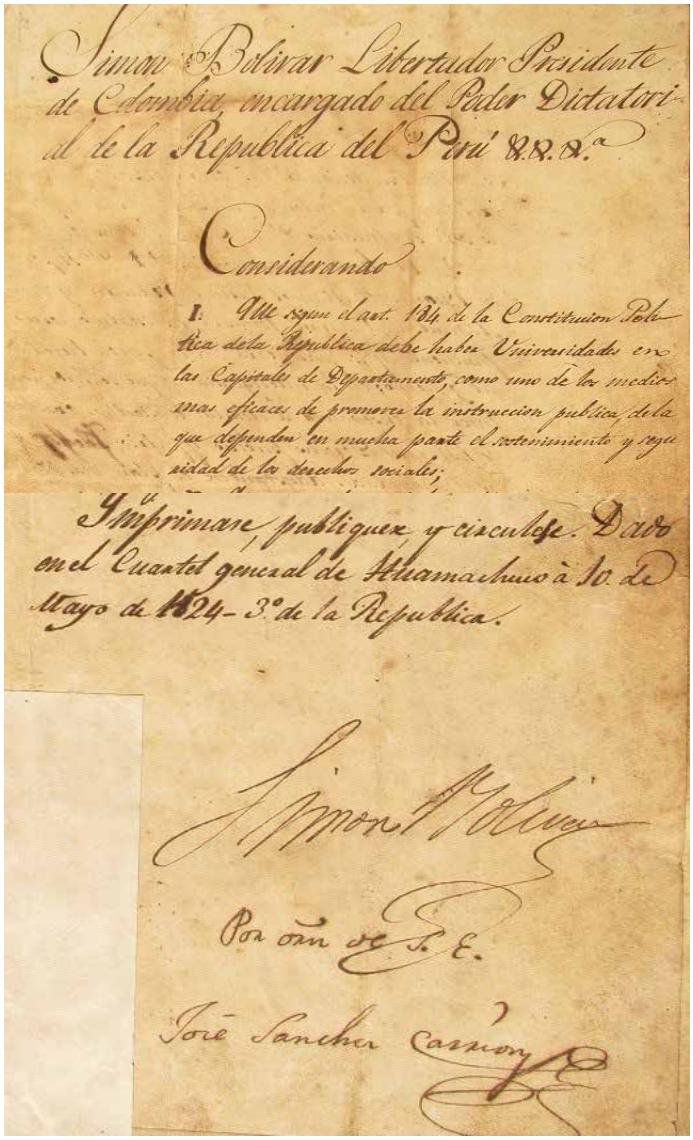
¿Por qué Trujillo se convirtió en un símbolo de la emancipación para los demás peruanos? Porque allí podían ver todos los peruanos cómo sería el nuevo país. El departamento de Trujillo fue el punto de partida de muchas instituciones de nuestra naciente república, sobre todo en 1824, mientras Lima estuvo tomada por los españoles y desde Trujillo, como capital interina, se gestaba el triunfo de la guerra emancipadora.



Retratos originales de época de Sánchez Carrión y de Bolívar que se conservan en la casa natal del prócer huamachuquino.

Trujillo fue la primera capital regional en tener una Corte Superior independiente. El decreto de Bolívar del 26 de marzo de 1824 dispuso la creación de una Corte Superior de Justicia en Trujillo con atribuciones temporales de Corte Suprema. Esto quería decir que "su autoridad es extensiva a todos los departamentos actualmente libres, mientras se liberta la capital de Lima" (Art. 2 del decreto). El 30 de abril, Sánchez Carrión declaró instalada esta Corte de Justicia, presidida por el gran jurista Manuel Lorenzo de Vidaurre. Allí nació el Poder Judicial republicano. Los peruanos de todos los rincones del país podían presentar sus querellas.

El 3 de abril de 1824, Bolívar y su ministro general Sánchez Carrión decretaron la creación de un tribunal de seguridad pública, que se ocupe "privativamente de los delitos de sedición, traición e infidencia, cualquiera que sea el fuero del delincuente", con el propósito de juzgar este tipo de casos mediante jueces profesionales y no desde el fuero militar. Este tribunal también se ocupaba de sancionar los abusos de los jefes militares allí donde había tropas numerosas acantonadas.


Simon Bolivar Libertador Presidente de Colombia, encargado del Poder Dictatorial de la Republica del Perú &c. &c. &c.

Considerando

I. Que segun el art. 184 de la Constitucion Politica de la Republica debe haber Universidades en las Capitales de Departamento, como uno de los medios mas eficaces de promover la instruccion publica de la que dependen en mucha parte el sostenimiento y seguridad de los derechos sociales;

Imprimase, publiquese y circulese. Dado en el Cuartel general de Huamachuco à 10. de Mayo de 1824- 3°. de la Republica.

Simon Bolivar

Por orn de S. E.

José Sanchez Carrion

Primera y última página del decreto de creación de la Universidad de Trujillo, con las firmas de Bolívar y Sánchez Carrión, Huamachuco, 10 de mayo de 1824.

El 8 abril de 1824, Bolívar y Sánchez Carrión decretaron la protección de las tierras de propiedad de las comunidades indígenas. Ley de gran importancia para lograr el apoyo de la población andina. También se abolió el tráfico de esclavos (que fue restituido pocos años después). Y el 10 mayo 1824, desde Huamachuco, tierra natal de Sánchez Carrión, se decretó la Universidad Nacional de Trujillo, la primera universidad creada en tiempos republicanos.

La república empezó a nacer y a tomar cuerpo en el departamento de Trujillo. Ninguna otra zona del país tenía la seguridad, la firmeza en torno a la causa patriota ni la colaboración de la población en esa misma escala. Y todo empezó el 29 de diciembre de 1820, fecha que ha tenido más trascendencia en el proceso emancipador que el 28 de julio de 1821.

BIBLIOGRAFÍA

Bacacorzo, Gustavo
1984
"El Ejército Peruano en la campaña de Ayacucho" en *Historia general de Ejército Peruano*. Lima, Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú, 1984. Tomo IV, Vol. 2.

Basadre, Jorge
2002
La iniciación de la República [tomo 1, 1928; tomo 2, 1929]. Lima. Fondo editorial de la UNMSM

De Rávago Bustamante, Enrique
1999
El gran mariscal Riva Agüero, primer presidente y prócer de peruanidad. 1959. 2da. edición. Lima: edición privada.

Leguía y Martínez, Germán
1972
Historia del Protectorado [1923]. Lima: Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Siete tomos.

Ortiz de Zevallos (compilador)
1963
Correspondencia de San Martín y Torre Tagle. Lima: Ed. Mejía Baca.

Paz Soldán, Mariano Felipe
1874
Historia del Perú independiente 1819-1827. 2 tomos en 3 volúmenes. Le Havre: A. Lemale.

Peraltilla Díaz, Artemio
1974
La conferencia secreta de Bolívar y San Martín. Arequipa: Editorial "El Sol".

Rebaza, Nicolás
1989
Anales del departamento de La Libertad en la guerra de la independencia. [1ª edición 1897] Lima: Banco Industrial/Fondo del Libro

Sánchez Carrión, José Faustino
2001
En defensa de la patria. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Townsend Ezcurra, Andrés
1973
Bolívar, alfarero de repúblicas. Premio de la OEA de 1972. Buenos Aires: Ed. Libera

Valega, José M.
1940
La gesta emancipadora del Perú. 2 tomos. Lima: Empresa Editora Peruana.

Vergara Arias, Gustavo
1984
"El Ejército peruano y las fuerzas aliadas del norte" en *Historia general de Ejército Peruano.* Tomo IV, Vol. 2. Lima: Comisión Permanente de Historia del Ejército del Perú.

Vicuña Mackenna, Benjamín
1860
La revolución de la independencia del Perú desde 1809 hasta 1819. Lima: Imprenta del Comercio por J. M. Monterola.

política (Bermúdez-Tapia, 2012).

De darse este replanteamiento, podría reconsiderarse el valor público de esta, a fin de encontrar mecanismos que pudieran ayudar al Estado a tomar medidas concretas, buscando siempre lograr el super objetivo, el cual es en buena cuenta la protección del derecho a la mujer a elegir y ser elegida, además de asegurar el bienestar personal y familiar de la misma.

CONCLUSIONES

La participación política de la mujer se está viendo truncada por dos problemas que afectan a las candidatas: el acoso y la violencia políticos, lo que dificulta en muchos casos el desarrollo del derecho a elegir y ser elegida.

Esta situación, además de vulnerar el entorno social y familiar de la mujer, atenta contra su dignidad, es decir, atenta contra el pilar fundamental en el que se basan todos los derechos fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de estos en el contexto político.

La dignidad humana, como pilar de todo derecho humano y fundamental, se ve vulnerada al permitir los Estados que se configuren los hechos que dan lugar al acoso y violencia políticos, debiendo prever ello a través de la dación no solo de normas sino de políticas públicas de educación en derechos humanos, con el fin de evitar y/o erradicar este tipo de situaciones.

El acoso y la violencia políticos sí podrían ser considerados como un problema público, lo que ameritaría replantear la actuación del Estado, no limitándolo solo a acciones normativas sino a un ejercicio coordinado en la elaboración, implementación y evaluación, así como la reelaboración de políticas públicas ya existentes, con el fin de velar por la efectividad y eficacia del derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alza Barco, C. (2006) El enfoque basado en derechos ¿qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? Pontifica Universidad Católica del Perú, pp. 51-78. Recuperado de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.51-78.pdf.

Bermúdez-Tapia, M. (2001) Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *Boletín del Instituto Riva Agüero.* Nº 28

Bermúdez-Tapia, M. (2011) *La constitucionalización del derecho de familia.* Lima: Ediciones Caballero Bustamante

Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia.* Lima: Editorial San Marcos

Caldera, A. (2005). Material de enseñanza. México D.F.: Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2015). Observatorio para los Asuntos de Género. Recuperado de: https://www.cepal.org/es/notas/acoso-politico-violencia-que-atenta-la-calidad-la-democracia

Decreto Supremo Nº 008-2016-MIMP: Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016 - 2021

GiustI, M. & Tubino, F. (2007). Debates de la Ética Contemporánea. Estudios Generales Letras. PUCP. Lima.

Krook. M. (2017). ¿Qué es la violencia política? El concepto desde la perspectiva de la teoría y la práctica. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4735/5.pdf

Miloslavic; D. (2017). Acoso político en contra de la mujer. Diario El Peruano. Recuperado de: http://www.elperuano.pe/noticia-acoso-politico-contra-mujer-58789.aspx

Peces barba, G. (1998). *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General.* Madrid, 3°. Edición, pp. 44-51.

Pollman, A. (2008). Colección de Documentos de Trabajo. Serie de Justicia Global N° 1. Lima IDEHPUCP, p. 15.

PUCP. (2013). Curso Diseño de Políticas Públicas, en Diplomatura de Políticas Públicas y Gestión Pública. PUCP.

Subirats, J.; Knoepfel, P.; Corirre, L. & Fréderic, V. (2008). *Análisis y Gestión de Políticas Públicas.* Barcelona: Ariel.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5209

BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DE TRUJILLO

Por Víctor Hugo Chanduví Cornejo

I. ANTECEDENTES

Con ocasión de celebrar el bicentenario de la independencia de la intendencia de Trujillo, el presente artículo pretende dar un panorama histórico de los acontecimientos que ayudaron a la independencia de Trujillo y del Perú y rendir homenaje al ciudadano trujillano don Luis José de Orbegoso, quien fue presidente constitucional y general en jefe durante la extraordinaria crisis que sufrió la república peruana en los años 1834 al 1836 y al Intendente don José Bernardo de Tagle y Portocarrero, cuarto marqués de Torre Tagle, que posteriormente sería el primer intendente en declarar la independencia de la intendencia de Trujillo del Perú.

Para la mayoría de los historiadores peruanos, la primera etapa de la historia republicana del Perú se inicia oficialmente el 28 de julio de 1821, día en el que el general José de San Martín proclamó la Independencia del Perú en Lima, la capital del hasta entonces Virreinato del Perú. Sin embargo, considero que el punto de partida del nacimiento de la república del Perú sería, el 29 de diciembre de 1820, día de la proclama de la Independencia de Trujillo del Perú.

El historiador Hugo Vallenas considera que "la libertad y la nacionalidad se gestaron en un largo proceso, dentro del cual el 28 de julio de 1821 es una fecha importante entre muchas otras. El proceso emancipador empezó en 1780, con la revolución andina de José Gabriel Túpac Amaru, y no se completó hasta la llegada de Ramón Castilla, quien abolió la esclavitud y el tributo colonial indígena en 1854 y pacificó al país, además de darle la Constitución de 1860, la de más larga vigencia en nuestra historia. La independencia recién se selló el 2 de mayo de 1866, cuando el Perú puso fin a las ambiciones de España sin necesitar de ceder a las ambiciones de ningún caudillo extranjero." (Bicentenario de la independencia. Que el norte diga su palabra . 2020. Pág.3)

Al comenzar la guerra de emancipación, Hispanoamérica estaba dividida administrativamente en cuatro virreinatos (México, Perú, Nueva Granada y Río de la Plata) y cuatro capitanías generales (Venezuela, Chile, Guatemala y Cuba). Sobre esta base comenzará la organización de los nuevos estados, atravesando un proceso sucesivo de concentración y secesión.

El virreinato del Perú se convirtió en centro de la contrarrevolución. El virrey José Fernando de Abascal, al decir del profesor Alfredo Valdiviezo García " detuvo la revolución, la templó, la hizo lenta, sigilosa, escondida, en fin, porque su política fue un prodigio de prudencia y si con ello no evitó el infalible desenlace, era porque ésta venía encadenada a causas que tenían su origen en lo alto" (Valdiviezo Garcia.1998: 99-100).

Abascal pacificó la junta de Quito mediante las tropas del brigadier Toribio Montes, ampliando las fronteras de su gobernación hasta la actual Colombia. Aplastó la revolución de Chile mediante la expedición del brigadier Mariano Osorio, extendiendo hasta allí otra vez el virreinato del Perú. Y derrotó a los argentinos en el Alto Perú con los ejércitos de Goyoneche y Pezuela, invadiendo las provincias argentinas de Salta y Tucumán.

El virreinato de Nueva Granada permaneció en su casi totalidad bajo control español. Antes de su independencia, el Perú era uno de los más importantes virreinatos, se rigió por el Derecho Indiano y el Derecho castellano. Más tarde, en las etapas finales de la colonia, la Constitución liberal de las Cortes de Cádiz del 19 de marzo de 1812 rigió en el Perú hasta abril de 1814 con el retorno de Fernando VII a España, tras la derrota de Napoleón por el pueblo español.

2. TRUJILLO, PIEZA CLAVE PARA LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

El profesor Alberto Pinillos Rodríguez sostiene que "según se ha calculado la fundación de Trujillo como villa se produjo en diciembre de 1534 y la tradición, porque no existe el libro primero del Cabildo, señala que fue el 6 cerca de mes y medio antes que Lima" (18 enero de 1535) (Trujillo: 450 años:1987)

Gustavo R. Ferrer V. señala: "Lo más fehaciente es que Trujillo fue fundado por Diego de Almagro el 6 de diciembre de 1534" (La Fundación de Trujillo del Perú.2017: 84).

La otra fecha oficialmente instituida es la de 5 de marzo de 1535 después de Lima, el 18 de enero de 1535.

La Intendencia de Trujillo localizada al norte de Lima había sido creada en 1784 por Real Cédula de S.M. Carlos III, como consecuencia de las reformas administrativas borbónicas introducidas en la América colonial española. Es así como los sistemas de hacienda, judicial militar y policial de los corregimientos se trastocó por el de las intendencias que abarcaron el territorio formado por varios de los antiguos corregimientos y regidas por un gobernador intendente. El gobernador intendente de

Trujillo, subordinado al virrey del Perú, tenía competencia en materias de hacienda (asuntos fiscales y de gastos públicos), justicia (subordinado a la Real Audiencia de Lima), guerra y policía (subordinado al virrey del Perú). (Ortiz de Zevallos. 2020: 51)

El virrey Pezuela nombró a Torre Tagle intendente de Trujillo en junio de 1820. El historiador Carlos Ortiz de Zevallos sostiene que "Torre Tagle aceptó el cargo lo que comunicó al Cabildo de Trujillo, por oficio de 23 de julio del mismo año y luego le informó de su salida de Lima el 8 de agosto. El 25 de dicho mes arribó a Trujillo siendo recibido por los comisionados del Cabildo Manuel José de Castro y Fermín de Matos en la casa de campo de Tiburcio de Urquiaga ubicada en la chacra de Santo Tomás de Villanueva. El mismo día reunido en sesión solemne, el Cabildo recibió a Torre Tagle y le tomó el juramento de estilo como Gobernador Intendente de Trujillo y el Alcalde de Segundo Voto Manuel Merino le hizo entrega del Bastón de Mando en nombre del Rey. Torre Tagle fue el tercer y último Gobernador Intendente de Trujillo, y el Único de ellos nacido en América. Su esposa Mariana, en estado, permaneció en Lima " (op.cit. pág. 53- 54)

La llegada de la Expedición Libertadora a Paracas el 8 de setiembre de 1820 dio inicio a la campaña final por la independencia del Perú. La lucha, sin embargo, no se limitó al enfrentamiento militar; la disputa por el poder simbólico y práctico también fue importante.

Según la historiadora Natalia Sobrevilla Perea, "el primer acto político de José de San Martín al desembarcar en la bahía de Paracas fue presentar la declaración del cese del gobierno español en el Perú. Lo hizo el mismo 8 de setiembre para afianzar su legitimidad y liderar la campaña, dejando en claro que su misión era restablecer a los habitantes de esta interesante región en el goce de sus derechos, y proponer su felicidad, arrancándolos para siempre del yugo español " (La República,27.9.2020. Parte de Guerra.Pág.8)

Es curioso que a las negociaciones asistiera en representación del virrey Joaquín de la Pezuela nada menos que Hipólito Unanue, "precursor de la Independencia", y José González de la Fuente; por San Martín acudía, en cambio, Juan García del Rio. Cabe señalar que esto solo fue una maniobra dilatoria ya que el cauce independentista estaba trazado.

El generalísimo San Martín después de pasar a Huaura se dirigió a Trujillo con el objeto de ganar a esta ciudad a la causa patriota. Tomó contacto secreto con el alcalde marqués de Bellavista don Clemente Merino de Arrieta, esposo de la dama que bordaría el primer pabellón patrio; con D. Luis José de Orbegoso y Moncada que era síndico procurador general del ayuntamiento de Trujillo, entonces conde de Olmos, casado con la dama trujillana doña María Josefa Martínez de Pinillos (1816) y con el intendente José Bernardo de Tagle y Portocarrero, marqués de Torre Tagle

"Mandaba entonces en Trujillo como intendente y comandante general de armas, el brigadier marqués de Torre-Tagle, quien no tardó en entenderse con el general San Martín, y sin muchas dificultades que vencer, se juró la independencia en mi país el 29 de diciembre de 1820" (De Orbegoso, 1939: 17)

Para comprender la importancia territorial, administrativa y política de Trujillo, hay que tener en cuenta que estuvo básicamente conformado por el obispado de Trujillo, ubicado entre el de Lima y el de Quito, que contuvo varias provincias o jurisdicciones gubernativas conocidas como corregimientos. A la extinción de éstos últimos en las postrimerías del siglo XVIII, se creó la intendencia de Trujillo, que abarcó el área de su obispado y que siendo una de las nuevas regiones administrativas más extensas y pobladas fue sin duda una de las más importantes del nuevo sistema de gobierno implantado por los Borbones. La sede de las principales autoridades políticas, administrativas y eclesiásticas de la región fue la ciudad capital de Trujillo, en la provincia de igual nombre, desde donde se irradiaba su influencia hasta Guayaquil por el norte, y la provincia del Santa por el sur, así como Cajamarca y Chachapoyas por el este. (Paul Aljovín de Losada)

San Martín comprendió que era importante contar con el apoyo de Trujillo y no tardó en convocar una junta de las autoridades y vecinos notables, en casa del general La Fuente, que aún servía la prefectura (de la que se había encargado por sí y ante sí desde la prisión de Riva Agüero) y en dicha junta manifestó sobre la gran escasez de dinero para atender a los más precisos y urgentes gastos de la guerra y a la subsistencia del ejército. En esta junta cabe destacar la presencia de don Luis José de Orbegoso y Moncada, quien manifestó que todos tenían que sacrificar la parte de sus fortunas que fuere necesaria y en un acto de desprendimiento y de patriotismo puso a disposición del general San Martín " todos los capitales de mis haciendas, que consistían principalmente en ganados, para que se empleasen en el servicio y sostenimiento del ejército, exigiendo únicamente se me devolviesen los cascos de mis fundos, una vez terminada la guerra, para labrarlos y fomentarlos si me fuera posible "(De Orbegoso, 1939: 28)

Este gesto es muy poco conocido por los trujillanos, por tal motivo nuestro propósito es difundirlo como reconocimiento histórico a su nombre.

El 29 de diciembre de 1820, en la sede del cabildo, el movimiento patriota proclamaba solemnemente, antes que otros pueblos del virreinato, la Independencia nacional. Aquí aparece nuestro personaje trujillano D. Luis José de Orbegoso y Moncada, quien cede a la causa libertadora la mayor parte de su mayorazgo: esclavos, caballos, graneros y víveres para la causa libertadora inspirado en esos nobilísimos sentimientos que lo hicieron renunciar a su alta posición y desprenderse de sus cuantiosos bienes de fortuna para abrazar con fervor la causa de la libertad.

Es bueno recordar que el mayorazgo fue regulado mediante las Leyes de Toro en 1505 bajo el reinado de los Reyes Católicos. Su función era controlar el fraccionamiento de los bienes de un noble que producían las herencias y las ventas, como un medio de mantener su poder económico.)

El Gral. José de San Martín proclamó la Independencia del Perú y asumió el mando supremo, político y militar del Perú con el título de Protector. Acto seguido por decreto del 22 de diciembre de 1821 convocó por primera vez a la ciudadanía. Lo hizo -dice Jorge Basadre -con el fin de que eligiera libremente un Congreso Constituyente para el exclusivo objetivo de establecer la forma de gobierno que regiría en el Perú.

El Congreso se instaló el 20 de setiembre de 1822 y se formó la junta de gobierno integrada por don José de la Mar, don Manuel Salazar y Baquijano y don Felipe Antonio de Alvarado (triunvirato). Más tarde se produjo la petición de los jefes del ejército al Congreso, para que nombraran a don José de la Riva Agüero Sánchez Boquete, simple coronel de milicias, pero aristócrata, como presidente del Estado y el día 28 de febrero de 1823, bajo la presión del motín, el Congreso se vio obligado a declarar el cese de la junta de gobierno (triunvirato) y en su lugar nombrar a Riva Agüero como primer presidente del Estado peruano, ascendiendo en seguida a Gran Mariscal.

El primer presidente del Perú comienza a formar un regimiento de caballería y " el 24 de febrero de 1823 destina a don Luis José de Orbegoso a formar desde sus bases, un escuadrón de línea con el nombre de "Invencibles de Trujillo", que después dio su primera base al glorioso regimiento "Húsares de Junín y Ayacucho. (De Orbegoso, 1939: 19)

Después del desprestigio del gobierno de Riva Agüero, Orbegoso juzga ante los hechos consumados que sus compromisos con Riva Agüero han concluido y debe consagrar sus servicios al Perú.

El Congreso, en agosto de 1823, designó a don José Bernardo de Tagle y Portocarrero, marqués de Torre Tagle, como segundo presidente del gobierno, acordando a la vez el cese de la gestión de Riva Agüero. Durante su período se promulgó el 12 de noviembre de 1823 la primera Constitución del Perú, que era de marcada tolerancia liberal y entre los aportes básicos figuraban el reconocimiento del sistema republicano (unitario y representativo), la designación de la religión católica como religión del Estado y el sistema tripartito de poderes (poder ejecutivo, legislativo y judicial). La debilidad de la constitución de 1823, (de corta vigencia) fue el papel secundario asignado al poder ejecutivo en un momento de creciente monarquía política.

Este acontecimiento precipitó las luchas internas y los enfrentamientos entre el legislativo y el ejecutivo, que se agudizó por el pánico de la gente de Lima, cuando reingresaron las tropas de Canterac a la ciudad, lo que hizo que el Congreso y el gobierno en general se trasladaran a los castillos del Callao, desde donde acordaron desarrollar las funciones del gobierno en pleno en la ciudad de Trujillo; la creación de un poder militar supremo que recayó en el general Antonio José de Sucre, con el objeto de defender a la nación en peligro y pedir al libertador Simón Bolívar su venida al Perú para hacer frente al peligro realista.

El 10 de febrero de 1824 el Congreso del Perú nombra a Bolívar dictador, lque ideró la Batalla de Junín (6-8-1824) y la de Ayacucho contra el ejército realista español para asegurar la independencia del Perú y también la de toda la América española recién libertada.

Bolívar convoca a Luis José de Orbegoso, quien fiel a sus convicciones patrióticas acepta el llamado y se reincorpora al Gran Ejército Unido Perú Colombiano que se organiza en Huaraz, Trujillo y Cajamarca y se le da el cargo de prefecto y comandante general del departamento de la Libertad, desde allí se está preparando el ejército para el golpe final y decisivo en Ayacucho.

La Batalla de Ayacucho ocurrió el 9 de diciembre de 1824 en la Pampa de Quinua, departamento de Ayacucho. En esa batalla el ejército libertador estuvo al mando del lugarteniente de Simón Bolívar, José Antonio de Sucre, y las fuerzas realistas por el virrey del Perú, encabezadas por José de la Serna. Terminó con la victoria patriota y la firma de la capitulación de Ayacucho en la cual se reconocía la independencia del Perú

Después de la victoria de Ayacucho Bolívar hace que el Congreso Constituyente, el 29 de abril de 1826, le extienda a don Luis José de Orbegoso, despacho de General de Brigada y en una carta vincula el nombre de Orbegoso a la independencia del Perú.

El 26 de mayo de 1826, el gobierno retira a los municipios el derecho de elegir a sus autoridades y poco después decreta que los prefectos convoquen a los colegios electorales de las provincias para que, cada una, apruebe directamente la Constitución Vitalicia elaborada por Simón Bolívar que lo nombraba como presidente vitalicio.

La Constitución de 1826 fue, pues, la segunda constitución peruana y se la identificó como constitución boliviana o simplemente vitalicia. Esta Constitución le entregaba la presidencia vitalicia a Bolívar y la facultad de elegir sucesor. Esta constitución fue promulgada por Santa Cruz el 9 de diciembre. Pero duró muy poco: en la práctica no más de siete semanas y formalmente seis meses.

El 4 de septiembre de 1826, Bolívar se embarca con dirección a Colombia para no regresar más al Perú, terminando la influencia bolivariana en el país.

El general Andrés de Santa Cruz se hizo cargo del gobierno convocando a elecciones para un segundo Congreso Constituyente y para el nombramiento de un presidente y vicepresidente del Perú. El presidente del Congreso, Luna Pizarro, en una sesión permanente, logró la elección del mariscal D. José de La Mar como presidente del Perú, el 10 de julio de 1827. D. Luis José de Orbegoso se coloca en primera línea; es el líder de los liberales y es elegido para ir a Guayaquil en busca de La Mar y comunicarle su elección.

La Constitución de 1828 fue promulgada por el Congreso General Constituyente el 18 de mayo durante el gobierno del general José de La Mar. El historiador Villarán califica a esta carta magna como "La madre de todas nuestras constituciones", pues estableció sustancialmente la estructura orgánica del Estado peruano y acordó que luego de cinco años debía reunirse una Convención nacional con la misión de hacer una reforma constitucional de manera total o parcial, quedando consignada tal disposición en el Art. 177º.- " En julio del 1833 se reunirá una Convención nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución "

El año de 1829 es la guerra con la gran Colombia provocada por Bolívar. El comportamiento de Orbegoso, segundo comandante general de las tropas montadas es notable, al igual que el general Necochea y el comandante Nieto. Sucre, que preside el gobierno de Bolivia, se presenta como mediador entre la Mar y Bolívar y el 28 de febrero de 1829 se puso término a la guerra entre el Perú y la Gran Colombia. Orbegoso diría: "Yo conseguí para el Perú condiciones menos humillantes que las que nos propusieron

nuestros contendores…" (César García Rosell). Más tarde La Mar sería apresado por unos desleales y desterrado a Centroamérica.

1830 a 1834. Los cuatro años de dictadura del presidente Gamarra, el hombre apresador y victimario del general La Mar, fueron trágicos. Ningún gobierno fue jamás tan combatido en el Perú por su población y la opinión ilustrada.

Convención nacional (1833-34). La Convención nacional se instaló en Lima el 12 de septiembre de 1833 siendo elegido como su primer presidente el ciudadano Francisco de Paula González Vigil. Procediendo después a la elección de un presidente provisorio, siendo elegido el general Luis José de Orbegoso, Por fin el país queda libre de la camarilla gamarrista que en cuatro años derramó más sangre que las últimas campañas de la independencia. Con Orbegoso se cierra un período sangriento de la historia del Perú

A poco de la elección de Orbegoso estalló la guerra civil de 1834. En esa ocasión, los partidarios del general Gamarra, dirigidos por el general Pedro Pablo Bermúdez y por La Mariscala (esposa de Gamarra), se alzaron contra el gobierno. Finalizó la guerra cerca de Jauja con el abrazo de Maquinhuayo, en que ambos bandos se reconciliaron, quedando reconocida la autoridad de Orbegoso

Eliminado Salaverry insurge en el Perú un nuevo caudillo Santa Cruz, el vencedor de Gamarra, el victimario de Salaverry y el coadjutor de Orbegoso en la pacificación de la república.

Al igual que Orbegoso, Santa Cruz también tenía bastantes opositores y enemigos nacidos en los frecuentes enfrentamientos caudillescos de los primeros años de la historia del Perú. Entre esos enemigos se encontraban poderosos personajes como Agustín Gamarra y Ramón Castilla, quienes a la sazón fueron desterrados y coincidieron en Chile.

Los peruanos contrarios a Santa Cruz, con la intervención del ministro Portales de Chile, arrastraron a esa nación a una guerra contra la confederación por defender sus intereses económicos en el puerto de Valparaíso.

Chile consideraba que la creación de la Confederación significaba una clara amenaza y una muestra de las intenciones expansionistas de Santa Cruz. Al poco tiempo, Chile declaró la guerra a la Confederación y formó, junto con tropas peruanas contrarias a Santa Cruz, un ejército restaurador cuyo objetivo era destruir la confederación. Este ejército invadió territorio del estado sur peruano y se libraron varias batallas, las que causaron la derrota de Santa Cruz, su retirada a territorio boliviano y el fin de la Confederación. Orbegoso se embarcó en una goleta mercante rumbo a Guayaquil (4 de diciembre de 1838) permaneciendo allí hasta 1844. Luego retornó a Trujillo donde pasó sus últimos años retirado de toda actividad pública. Murió el 5 de febrero de 1847 en su solariega casa trujillana.

El 25 de agosto de 1839, Agustín Gamarra usurpó el gobierno del Perú y declaró el fin de la Confederación Perú-boliviana y la extinción de los estados nor y sur peruanos. De esta manera el estado peruano recobró su unidad.

3. DON LUIS JOSÉ DE ORBEGOSO Y MONCADA

Don Luis José de Orbegoso nació en la hacienda de Chuquisongo, propiedad de sus padres, situada en la provincia de Huamachuco, del departamento de la Libertad, antes intendencia de Trujillo, el 25 de agosto de 1795. Fueron sus padres el doctor don Justo de Orbegoso, Burutarán y Cortés y Doña Francisca de Moncada, Galindo y Morales, quienes pertenecían a la antigua nobleza española y poseían suficientes bienes de fortuna para sostener su decorosa posición, consistente en fincas que heredaron de sus antepasados. Su padre había seguido la carrera de las letras y obtenido el empleo de oidor de Quito, al que renunció para vivir retirado. Su madre era heredera del título de los antiguos condes de Olmos y de los mayorazgos de la casa de Moncada Galindo. Poco después de su casamiento se retiraron con una hija, primer fruto de su enlace, a la hacienda donde nació, permanecieron allí diez y ocho años, durante los cuales vio la luz primera. El cuidado de su educación arrancó a sus padres de su amado retiro y después de haberle enseñado las primeras letras y a escribir, lo condujeron a Trujillo, donde estudió la gramática latina hasta setiembre de 1807 en que su padre, muy enfermo y anciano, lo condujo a la ciudad de Lima y lo colocó en el colegio de San Carlos, donde estudió la lógica, filosofía, la moral, las matemáticas y la física hasta junio de 1812 en que habiéndose agravado las dolencias de su padre, recibió la orden de regresar a Trujillo. (Memorias del Gran Mariscal Don Luis José de Orbegoso y Moncada.Gil.SA. Editores.. 2da edición. 1939. Lima- Perú)

En enero de 1814 muere su padre y a los 18 años de edad tuvo que hacerse cargo de la familia, renunció a todas las capellanías colativas de que gozaba y se entregó a cultivar los campos.

Era la época en que el espíritu de la independencia de América animaba a la juventud y a instancias del coronel del regimiento de milicias disciplinadas de caballería de Trujillo ingresó como cadete en dicho Regimiento.

Su adiestramiento y eficacia en caballería hizo que rápidamente lo ascendieran a alférez, teniente, ayudante mayor y capitán.

El 25 de febrero de 1816 contrajo matrimonio con doña María Josefa Martínez de Pinillos, hija de don Juan José Martínez de Pinillos y Larios, regidor perpetuo, alférez real de la ciudad de Trujillo y coronel de su regimiento, y de doña Josefa Cacho y Lavalle, trasladándose a vivir a su hacienda de Chuquisongo y en el año de 1818 regresa con toda su familia a Trujillo.

Jurada la independencia de la intendencia de Trujillo el 29 de diciembre de 1820, don Luis José de Orbegoso y Moncada dedicó sus activos trabajos a la milicia con el grado de sargento mayor teniendo a su cargo un regimiento. Habiendo logrado los grados de teniente coronel del ejército y luego de coronel de su regimiento, el 24 de febrero de 1823 fue destinado a formar desde sus bases un escuadrón de línea con el nombre de “Invencibles de Trujillo”, que después dio su primera base al glorioso regimiento “Húsares de Junín y Ayacucho “

En el mismo año de 1823 se produce la primera revolución en Lima. El ejército que se estaba formando para atacar de nuevo a los españoles en el sur, se hallaba acantonado en Miraflores, y de allí marchó sobre la capital para persuadir al Congreso a que depusiese al gobierno que había elegido, y colocase en su lugar a don José de la Riva-Agüero, quien siendo simple particular había obtenido el despacho de coronel de ejército y ascendió de encargado del gobierno a Gran mariscal. Con estos acontecimientos el presidente Riva-Agüero se embarcó para Trujillo con una parte de los diputados del Congreso, la otra quedó en el Callao donde formó un Congreso diminuto y depuso del mando a Riva Agüero, encargando el general Sucre el mando militar y el político al marqués de Torre-Tagle. "Y este fue el principio de la anarquía que causó tantos males el año de 1823. El señor Riva-Agüero no reconoció la determinación del Congreso del Callao y quedó gobernando en Trujillo como presidente del Perú. "(De Orbegoso, 1939: 19)

En el segundo manuscrito de las memorias del gran mariscal de Orbegoso se lee: "Siendo los acontecimientos que han tenido lugar en el Perú desde el año de 1833 de una inmensa magnitud, y habiéndome tocado figurar en ellos, ya como Presidente de la República elegido constitucionalmente por los pueblos, ya como nombrado provisionalmente por la Convención Nacional, como Dictador más tarde; otra vez como encargado del Poder Ejecutivo constitucionalmente, como General en Jefe del Ejército, y como Dictador una segunda vez .Como negociador de un auxilio extraño para salvar los derechos y el nombre del Perú en una crisis espantosa. Como Delegado de otro Dictador, como Jefe Supremos aclamado por la nación para salvarla de la más vergonzosa humillación, y últimamente, como soldado encargado de su defensa, debo hacer conocer a mis compatriotas sin reserva alguna, las principales circunstancias de los grandes sucesos que han presenciado los contemporáneos, y cuya noticia debe pasar a la posteridad" (De Orbegoso, 1939: 47)

CONSTITUCIÓN DE 1834

Constitución Política de la república peruana dada por la Convención nacional el día 10 de junio de 1834 por el ciudadano Luis José Orbegoso, general de división de los ejércitos nacionales, presidente provisional de la república, benemérito de la patria en grado heroico y eminente, condecorado con la medalla de la ocupación del Callao, etc, etc.

La Constitución de 1828 fue reemplazada por la de 1834, que continuó en la línea de control político a través del Consejo de Estado (Art. 96), compuesto por dos consejeros de cada uno de los departamentos, elegidos por el Congreso de dentro o de fuera de su seno. Entre las atribuciones de este consejo estaban velar por la observancia de la Constitución y de las leyes. Sus atribuciones eran, al igual que en la Carta de 1828, de carácter consultivo y así eran sus dictámenes (Art. 103). El artículo 165, repitiendo textos anteriores, señalaba que todo peruano puede reclamar ante el Congreso o el poder ejecutivo las infracciones de la Constitución, entendidas, en ambos casos, como actos o hechos y no por normas.

Fue promulgada el 19 de junio durante el gobierno del mariscal José Luis de Orbegoso. Fue una reproducción total de la anterior, por lo que también tuvo carácter liberal. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución de 1828, la misma que se conservó sin alteración ni reforma por un lapso de cinco años desde la fecha de su publicación.

Ese lustro ha sido quizá el más cargado de acontecimientos de nuestra historia inicial y en él podemos comprobar cómo se van dibujando las grandes perspectivas históricas de la vida republicana, no sólo del Perú sino de Bolivia, Ecuador y Chile.

En esos años se producen la guerra con Colombia, la toma de Guayaquil y su desocupación, la invasión peruana a Bolivia, el surgimiento del gran mariscal Andrés de Santa Cruz, los primeros esbozos de la Confederación Perú-boliviana y la primera intervención chilena como resultado del tratado del comercio con Bolivia, en el que se acordaba igualdad de derechos y a la libre navegación sobre el Lago Titicaca, liberándose de impuestos a algunos artículos indispensables para la industria y la agricultura de ambos países.

El general Agustín Gamarra, a la sazón presidente del Perú en 1833, convocó a los colegios electorales para la elección del presidente de la república. Sin proponérselo, la convocatoria coincidió con el mandato de la Constitución de 1828, que disponía la reunión de una Convención nacional para el mes de julio de 1833, autorizada para modificar en todo o en parte la Constitución. Sin embargo, la Convención se instaló oficialmente el 12 de setiembre de 1833, siendo su primer presidente Francisco de Paula Gonzáles Vigil.

Pero el alma de esta Convención fue indudablemente Javier de Luna Pizarro, quien redactó un anteproyecto de Constitución cuya discusión se inició en diciembre de ese año.

Es interesante anotar que el tema de la Confederación Perú-boliviana ya se encuentra planteado desde esa época y contrariamente a lo que se cree, que es una invención boliviana o una imposición de Santa Cruz, esa propuesta proviene de Luna Pizarro, quien sugiere que se formen tres estados del centro, luego denominado estado sur peruano.

El primer obstáculo que hubo que remover fue la prohibición constitucional contenida en el artículo 2, que a la letra dice: “La Nación Peruana es para siempre libre e independiente de toda potencia extranjera. No será jamás patrimonio de persona o familia alguna; ni admitirá con otro estado unión o federación que se oponga a su Independencia”. En la nueva Carta de 1834 se suprimió la referencia a la unión o federación con otras potencias amigas.

Esta Constitución no pudo escapar a las contingencias de la política contemporánea; sin embargo, hay que destacar que se dio facilidades formales para la revisión futura de la Carta, sin precisar fechas exactas y rígidas. De otra parte, la mano del presidente de la Suprema Corte de Justicia, D. Manuel Lorenzo de Vidaurre, se dejó sentir en cuanto a su reclamo de dotar al Perú de los

códigos que necesitaba para organizar su vida nacional: el Civil, el Penal, el de Comercio y los Procedimientos. En el artículo 11 de las disposiciones transitorias se dispuso que en la apertura de cada sesión anual la Corte Suprema presentará al Congreso el proyecto de uno de los códigos de la legislación, principiando por el Civil.

La Constitución de 1834 no duró mucho, pues luego se creó la Confederación Perú-Bolivia (1836-1839), una verdadera federación de dos estados que duró muy poco y que hizo necesaria, tras el colapso de la federación, una nueva Constitución, lo que se hizo en 1839. Esta Constitución, de corte autoritario, mantuvo la figura del Consejo de Estado (Art. 96) en materia de vigilancia de la Constitución, tuvo una mayor vigencia y se volvió activa, autorizándosele a pedir cuentas y exigir responsabilidades. La Constitución de 1834 reproduce, casi literalmente, a su antecesora.

Las diferencias que hay son de detalle y los artículos modificados no llegaron a veinte. La más importante reforma fue la supresión de la prohibición que contenía la Carta anterior de federarse con otro Estado. La nación no admitirá unión o federación que se oponga a su independencia, decía la Constitución de 1828. De haberse mantenido entonces dicha disposición, no se habría podido realizar la Confederación Perú-Bolivia.

Bolívar había sido partidario de la federación. Consideraba que las dos naciones no deberían vivir separadas. La Constitución de 1834 reaccionó contra la prodigalidad en que se había incurrido al otorgar la nacionalidad peruana a los extranjeros. Había, además, una mayor conciencia nacional. La limitó a los nacidos en territorio nacional o en el extranjero de padre o madre peruana, y a los extranjeros que hubieran servido en el territorio de la república o que, casándose con peruana, ejercieran algún arte o industria y tuvieran una residencia de dos años.

Se mantuvo el sistema de elección indirecta. Se negó el derecho a voto a soldados, cabos y sargentos; se excluyó a los sirvientes, domésticos y mendigos; pero sí se comprendió a los analfabetos. Aumentó en cinco el número de los senadores por cada departamento. Su elección no se haría por las juntas departamentales ya suprimidas.

Se dispuso que las listas formadas por los colegios pasarían al Senado, el que haría el escrutinio o elegiría en la forma prescrita por la ley. Se redujo de seis a cuatro años el mandato de los senadores, y tanto estos como los diputados se renovarían por mitades cada dos años. En cuanto a las legislaturas extraordinarias, las Constituciones de 1834 y de 1839 dispusieron que en ellas el Congreso sólo podía ocuparse del objeto de su convocatoria. Esta disposición desapareció en la Carta del 56.

En vista de la inmediata experiencia del gobierno de Gamarra, la Constitución de 1834 tiene una marcada inclinación para establecer nuevas restricciones a los poderes del presidente de la República. Se privó al gobierno de la intervención que le daba la Carta anterior en la formación de las leyes en los casos de discordia entre la Cámara de diputados y el Senado. Para observar las leyes, el Ejecutivo debía oír previamente al Consejo de Estado. Tratándose de leyes vetadas, bastaba con la insistencia

por una mayoría usual en ambas cámaras, suprimiéndose el requisito de una mayoría de dos tercios en la cámara de origen que exigía la anterior Constitución.

El derecho del presidente a convocar a Congreso Extraordinario quedó modificado, subordinada su ejecución al acuerdo del Consejo de Estado. Se le privó de la participación en los nombramientos de vocales de la Corte Suprema y de las superiores, y en los de los jueces de primera instancia. Sólo se le concedió facultad para nombrar fiscales. Se mantuvo la misma forma de elección del jefe del Ejecutivo, establecida en el pacto del 28. La duración del cargo era idéntica; pero, apartándose de ese documento, prohibió la reelección inmediata, ya que sólo podría ser reelegido después de un período semejante.

El cargo de vicepresidente fue suprimido. En los casos de vacancia o suspensión de la presidencia de la república, asumía el cargo el presidente del Consejo de Estado. También lo asumía para evitar, en lo sucesivo, los problemas que había suscitado la sucesión de Gamarra, al no producirse ni realizarse elecciones oportunamente.

En esos casos, el presidente del Consejo de Estado debía convocar a elecciones dentro de los primeros diez días de asumir el poder.

El Consejo de Estado se componía de dos consejeros por cada departamento, elegidos por el Congreso, dentro o fuera de su seno, debiendo reunir los candidatos los mismos requisitos que los senadores. Sus atribuciones, con pequeñas diferencias, eran las mismas que las señaladas en la Carta de 1828. Pero el propósito de moderar el poder presidencial se descubre también en la reforma de la presidencia del Consejo. Esta no la ejercía el vicepresidente de la

República como antes se había señalado sino uno de los consejeros elegidos anualmente por el Congreso, o sea, que había de antemano una persona designada previamente por el Parlamento para asumir la presidencia de la república en caso de vacancia o muerte.

El poder judicial estaba organizado del mismo modo que en 1828, pero variaba la forma de expedirse los nombramientos. Correspondía a la Cámara de diputados la elección de los jueces de primera instancia, entre una lista de seis candidatos formada por los colegios electorales de provincia. Estas debían seleccionarla de otra de 12 hecha por la respectiva corte superior. La Carta de 1828 hablaba de la inamovilidad del poder judicial. La del 34 se limitaba a declarar que la duración en el cargo dependía del buen comportamiento de sus miembros, los que no podían ser separados sino por sentencia legal. La Constitución de 1834 revela claramente las huellas de las luchas inmediatas contra el despotismo militar, encarnado por Gamarra y Bermúdez, y el cansancio de la oligarquía castrense que había gobernado.

COLOFÓN

En palabras de Bonilla, “La Independencia de Hispanoamérica y del Perú aparecen pues no como el resultado de una rebelión deliberada contra España, sino como un intento de reponer o reemplazar a la monarquía derrotada”.

En lo que respecta a Trujillo, es emocionante la vida del mariscal D. Luis José de Orbegoso y Moncada, protagonista de nuestra historia, quien fue un hombre culto, sincero, humano y honrado a carta cabal. Su condición de conde de Olmos y de sucesor de los valiosos mayorazgos de las casas Orbegoso, Galindo y Moncada, le colocaban en expectable posición social y en holgada situación económica dentro del régimen del virreinato y de la república.

Es importante señalar que Torre Tagle proclamó y juró la independencia de la inmensa intendencia de Trujillo, lo que en palabras del doctor Alberto Pinillos Rodríguez “sirvió para que San Martín tenga el apoyo para ingresar a Lima proclame y jure la independencia del Perú. Después en momentos más difíciles del inicio republicano (1822-1824) en las etapas San martiniana y Bolivariana, asumió el mando supremo de Estado en difíciles momentos” (La Independencia de Trujillo, 2016: 173)

La historia se ha encargado de juzgarlo y hacer resaltar la importante figuración en la vida pública del Gran Mariscal y presidente del Perú don Luis José de Orbegoso, quien en medio del desgobierno y de las ambiciones descolló su egregia figura rodeada de esa aureola de bondad, de energía, de desinterés y de patriotismo, que fueron las características de su vida y que determinaron su acción.

En palabras de Hugo Vallenas, “La república empezó a nacer y a tomar cuerpo en el departamento de Trujillo. Ninguna otra zona del país tenía la seguridad, la firmeza en torno a la causa patriota ni la colaboración de la población en esa misma escala. Y todo empezó el 29 de diciembre de 1820, fecha que ha tenido más trascendencia en el proceso emancipador que el 28 de julio de 1821. “

Para terminar, reproduzco las palabras del señor Luis José de Orbegoso, nieto del prócer de su mismo nombre. “Señores, imitemos el noble ejemplo de acción constructiva y de amor al terruño que nos legaron nuestros mayores desde hace cuatrocientos años y volvamos a hacer de Trujillo lo que fue y debe serlo siempre: un sector de la nacionalidad feliz y próspero, por su magnífica situación geográfica, por la benignidad de su clima, por la fertilidad de sus valles y por las enormes y fabulosas reservas de metales preciosos que guardan las entrañas de nuestros cerros. Señores, tengamos fe en el porvenir…”

Viva la ciudad de Trujillo, punto de partida del nacimiento de la República el 29 de diciembre de 1821, día de la proclama de la Independencia de Trujillo del Perú.



Gente del Circo (2007)
Fernando Botero Angulo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5210

ACOSO Y VIOLENCIA CONTRA LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES: DE LA DIGNIDAD A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jimena Zoila Rodríguez Moscoso[1]

"La violencia contra la mujer se trata fundamentalmente de poder. Solo terminará cuando la igualdad de género y el pleno empoderamiento de la mujer sean una realidad" (Antonio Gutiérrez)

RESUMEN

La igualdad de género y el cumplimiento del rol que le compete al Estado en esta tarea es el propósito en que se funda esta propuesta de matriz para la recopilación de políticas públicas para la igualdad de género en todos los ámbitos laborales en los cuales la mujer puede ejercer sus conocimientos profesionales. Esta es una herramienta que permitirá al Estado y a la sociedad civil evaluar y entender el proceso de la política pública, y la forma cómo estas políticas constituyen un aporte en el avance hacia la igualdad de género.

Palabras clave: Acoso político; violencia política; participación política; igualdad de género

1 Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente y Directora del Instituto de Derechos Humanos y Humanitario de la Universidad La Salle. Docente de la Maestría en Solución de Conflictos de la Universidad San Martín de Porres. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

ABSTRACT

Gender equality and the fulfillment of the role of the State in this task is the purpose on which the matrix proposal for the compilation of public policies for gender equality in all labor fields in which women can Practice your professional knowledge. Through the main axis the State and civil society a tool that allows to evaluate and understand the public policy process, and the way in which these policies are a contribution in the advance towards gender equality.

INTRODUCCIÓN

La violencia en contra de la mujer se viene dando en los planos familiar, cultura, social, etc., y el ámbito de la participación política no está exento de ello. En este último ámbito se puede manifestar de dos formas: a través del acoso político y de la violencia política, lo que afecta la dignidad de la persona.

Por ende, se hace necesario replantar algunas políticas relativas a la materia y enfocarlas desde el ámbito de la educación en derechos humanos con el fin de intentar paliar esta situación. En este artículo revisaremos algunos conceptos básicos, haciendo un paralelo con datos estadísticos, y sugeriremos algunas opciones derivadas de nuestra investigación.

1.El acoso y la violencia políticos

La participación de la mujer en la vida política empieza a darse en el Perú a partir del año 1955 (7 de setiembre para ser más exactos) cuando el presidente de aquel entonces, Manuel A. Odría, promulgó la Ley N° 12391, que les permitía a las mujeres elegir y ser elegidas, con la salvedad de que estas fueran mayores de edad y estuvieran alfabetizadas.

Al reconocerse el derecho a la participación política de las mujeres, estas pudieron presentarse a las elecciones para ocupar cargos públicos como regidoras, concejalas, alcaldesas, presidentas regionales, etcétera. Cabe señalar, sin embargo, que al mismo tiempo que se reconocieron estos derechos empezaron a presentarse problemas para que ellas puedan hacerlos efectivos en la realidad.

Esta vulneración a los derechos a elegir y ser elegida (los que se encuentran contemplados dentro de los llamados derechos de "primera generación") puede realizarse a través de las figuras del acoso político y de la violencia política, lo que ha generado que organismos internacionales realicen estudios sobre la materia e intenten a través de éstos esbozar ciertas tipificaciones al respecto. Por ejemplo, según un informe emitido por el Observatorio de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) el año 2015, el acoso político se puede dar en dos estadios: durante la campaña política o cuando la mujer ya fue elegida.

Si hablamos de campaña política, las acciones que podrían ser consideradas como violencia política serían:

a) La asignación de distritos claramente perdedores;
b) La ausencia de apoyo material o humano;
c) Agresiones o amenazas durante el período de campaña. (CEPAL,2015)

Y si la mujer ya ha sido elegida, la violencia política se manifestaría de la siguiente manera:

a) La asignación a comisiones o áreas de poca importancia, con bajo o sin presupuesto;
b) Trato discriminatorio por parte de los medios de comunicación;
c) Mayor exigibilidad de rendición de cuentas;
d) Intimidación, amenazas, violencias físicas contra ellas mismas o hacia su familia, incluidas, en situaciones extremas, el asesinato y la violación sexual, entre otros. (CEPAL, 2015)

Para Mona Krook (UNAM, 2017) el concepto de violencia política surge en el año 2000 en Bolivia. Vale decir que antes de la dación de la Ley N°243 en el país altiplánico, no existía un antecedente en nuestro continente referido a esta materia. En dicha norma se estipula como violencia política "las acciones, conductas y/o agresiones físicas, psicológicas, sexuales" que tienen como propósito reducir, suspender, impedir o restringir el ejercicio de una mujer en una posición política, o inducirla, en contra de su voluntad, a cometer un acto o una omisión, en relación con su mandato político.

En otros países de la región como México, Honduras, Costa Rica y Ecuador se han considerado iniciativas de ley para la discusión de este tema dentro de sus parlamentos.

En el Perú el 07 de marzo de 2019 se aprobó el proyecto de ley que sanciona acoso político tanto para hombres como para mujeres, siendo en el caso de estas últimas un agravante el hecho de cometer estos actos en contra de ellas.

Ahora la pregunta que surge es ¿basta solo con una norma para evitar estas situaciones vulneradoras de la dignidad de las personas, en este caso de las mujeres? Para entender mejor este punto procederemos a desarrollar lo concerniente a la piedra angular de los derechos humanos.

2. De la dignidad humana y su afectación

Cuando hablamos de derechos humanos nos encontramos ante una definición difícil de conceptualizar, debido a la naturaleza misma que presenta la etimología del término. Algunos estudiosos los denominan principios, otros como derechos públicos subjetivos, otros como libertades públicas, otros como deberes morales (Peces Barba, 1999, pp. 44-51).

Respecto a la dignidad, algunos estudiosos la han considerado como intrínseca al ser humano, decantándose por una explicación filosófica y sustentando que la persona, por su simple condición de ser humano, posee dignidad, siendo este un rasgo característico propio de la persona.

De acuerdo a Pollman (2008), cuando se habla de dignidad, se habla de una concepción moral, porque deviene de la pretensión básica de que todo hombre se considera miembro de una comunidad donde imperen los derechos humanos ; se habla de una concepción jurídica porque de la condición de ciudadano se derivan los derechos que deben positivarse a través de los derechos fundamentales (Bermúdez-Tapia, 2001); y se habla de una concepción política porque el destinatario de los deberes que se asocian a los derechos ya mencionados son los responsables políticos respectivos (en el caso peruano, el poder ejecutivo o el poder legislativo).

En esa misma línea, los derechos humanos se dividen en derechos subjetivos (pretensiones o exigencias individuales) y los derechos fundamentales (derechos básicos). Siguiendo con esta lógica, estos tienen validez universal (ya que alcanzan a todos sin excepción), categórica (van para todos de manera incondicional), igualitaria (se dan para todos en la misma medida), idéntica (tienen el mismo significado para todos) e indivisible (se presentan para todos de forma completa) (Pollman, 2008).

De acuerdo a estos elementos, podemos deducir que la eficacia de los derechos humanos sólo podría darse a través de la norma, si consideramos a esta como "una realidad cultural de la vida social" (Peces Barba, 1999, p. 209). Esta (entiéndase la norma) asumiría los valores éticos, luego los políticos, y los convertiría en jurídicos, con el fin de organizar la convivencia social. Para ello sería necesario un proceso de "internalización" de un código regulador de conducta, lo que haría factible el establecimiento de ciertos límites dentro de la convivencia humana.

Ahora bien, respecto del concepto de los derechos humanos, Pollman le asigna un papel de *"piedra angular normativa sobre la que se fundamentan los derechos humanos universales"* (Pollman, 2008, p. 15).

Para entender esta noción, consideramos necesario indicar que, a nivel histórico, este papel, ha ido cambiando y evolucionado. Así tenemos que en la antigua Roma se consideraba *digna* a aquella persona que tenía una posición destacada dentro de la vida pública; en el medioevo esta concepción se extendió a la posición que tenía la persona en el orden establecido por Dios.

Luego en la época del Renacimiento y más adelante, en la Ilustración, el calificativo de digno se da al ser humano por su "capacidad de raciocinio y de autodeterminación (Pollman, 2008, p. 24)". Ya a partir de 1945 podemos esbozar algunas consideraciones, a partir de las cuales la dignidad humana puede considerarse como un bien universal del que participa cualquier individuo por el hecho de ser un ser humano, y que nos es conferido mediante el respeto a los demás, resultando que este sólo se realiza del todo si es que la persona implicada se guía por un sentimiento de auto respeto y, si al hacerlo, halla la manera más adecuada para marchar con "temple" (Pollman, 2008, p. 26).

Entonces, y de acuerdo con la tesis de Pollman, la dignidad no es "algo" a lo que se tenga acceso por completo (ya que dependerá de la conducta de la persona traducida a través de sus actos y/u omisiones), pero si todos pueden participar de ella y se tendría por ello el derecho "universal" para su defensa (Pollman, 2008, p. 28).

En este punto, y con el ánimo de comprender mejor el ámbito del significado del término dignidad, nos gustaría mencionar los cuatro valores que, orientados a diversas dimensiones y/o a veces mezclados entre ellos, sirven de base para el concepto de dignidad: la libertad (la misma que sirve de cimiento para hacer posible la vida social), la igualdad (que constituiría un medio para llegar a la libertad para todos), la seguridad (la que pretendería crear las condiciones de paz necesarias que la libertad necesita para enraizarse) y la solidaridad (como valor "relacional" de las dimensiones comunitarias del ser humano) (Peces Barba, 1999, pp. 212-214).

De acuerdo al profesor Miguel Giusti (2007), los valores como ideales de conducta reconocidos por la comunidad solo cobran sentido en la realidad cuando los remitimos al sistema normativo de la misma (Giusti y Tubino, 2007, p. 29).

Tomando en consideración a la dignidad como concepto y conjunto de valores enraizados, se hace evidente que es la viga en la cual se sostienen los derechos humanos, y cuya defensa siempre podrá ser reclamada en cualquier circunstancia y/o situación.

Por eso las acciones que devienen en acoso y violencia políticos en contra de la mujer constituirían un atentado en contra de su dignidad, afectando su desarrollo social, familiar y político. Como bien se ha mencionado, al ser la dignidad la piedra fundamental donde se cimentan los derechos, al ser afectada se violarían derechos contemplados (en este caso) dentro de la participación política, tales como el derecho a elegir o ser elegida, a la igualdad, a la seguridad, a la libertad, entre otros.

3. De las políticas públicas en Derechos Humanos: un camino factible como alternativa de solución.

¿El acoso y la violencia políticos podrían ser considerados como un problema público? ¿Por qué y cuándo un problema se vuelve público?

El problema público no puede ser analizado con el simple uso del sentido común (Caldera, 2005, p. 1). Según lo planteado por este autor, una manera eficiente de identificar y evaluar si hay una situación que amerita actuar es hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál es el problema sobre el cual se desea intervenir?

Tomando como referencia el problema analizado, podemos afirmar que un problema se vuelve público cuando amerita la intervención del Estado (Alza, 2014, p. 5), debido a ciertas consideraciones tales

como contar con estadísticas que permitan cuantificarlo (según la visión positivista (Alza, 2014, p. 7); la manifestación de una insatisfacción generalizada de la población, la cual afecte la vida social (PUCP, 2013).

De acuerdo con Diana Miloslavich (2017) en un informe del 2011/Flora Tristán, Calandria, Diakonía, dio cuenta de que de cada cinco autoridades mujeres elegidas, dos sufrían acoso político. Se sumó la investigación del JNE/Flora Tristán que da cuenta de que en el proceso electoral 2014 de cada 10 candidatas a diferentes cargos, tres experimentaron acoso político.

Entonces, podemos indicar que sí existe un problema que podríamos considerar como público porque afecta a la población femenina en relación con el ámbito de la participación política. Por ello se determinó que este era un problema que debía ser considerado como público y que ameritaba la intervención del Estado (Bermúdez-Tapia, 2011).

Estamos de acuerdo en que se debería de preferir el enfoque positivista, a través del cual se determina si los hechos que originan el problema pueden ser medidos y tratados de manera científica, a fin de justificar la intervención pública en su solución. En esa línea, Carlos Alza (2014, p. 9) tomando en consideración lo planteado por Subirats (2008, p. 132) señala como elementos constitutivos del problema (y que a la vez pueden ser usados como criterios para determinarlo) los siguientes:

a. La intensidad del problema
b. El perímetro o audiencia del problema
c. La novedad del problema
d. La urgencia del problema

Debido a ello, se lograría identificar las causas correctas, las que a su vez permitirán identificar las alternativas de solución más pertinentes para resolver el problema público identificado.

A través del Decreto Supremo que aprueba el "Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016 - 2021" (Decreto Supremo Nº 008-2016-MIMP), el Estado peruano considera el acoso político como *"Modalidad de violencia que incluye "cualquier acción, conducta u omisión entre otros, basada en su género, de forma individual o grupal, que tenga por objeto o por resultado menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir sus derechos políticos, conculca el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y el derecho a participar en los asuntos políticos y públicos en condiciones de igualdad con los hombres"*

Por ende, podemos observar que el Estado ha tomado acciones concretas en relación con este problema, pero ¿serán suficientes? Si bien es cierto desde el ejecutivo y el legislativo se ha tomado una medida concreta como es la dación de normas, también valdría evaluar el impacto y factibilidad de esta, y, de encontrar que no se cumple en su totalidad con estas premisas se podría replantear esta

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5211

Apartamiento del precedente judicial por la Administración ¿UNA POTESTAD ABSOLUTA O LIMITADA?

Por Gustavo Adolfo Bonilla Caballero[1]

RESUMEN

La potestad del apartamiento del precedente judicial en materia contencioso administrativa se ha convertido en una amenaza que puede llegar a limitar la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el punto de dejarla en desuso por la imposibilidad de la aplicación de sentencias de unificación tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en sede administrativa. Tal potestad de apartamiento debe ser modulada o limitada comoquiera que al apartarse la Administración de los pronunciamientos jurisprudenciales – contrario con lo que sucede con el apartamientos de los jueces- no sufre ningún costo político, razón por la cual su apartamiento no se ciñe estrictamente a criterios excepcionales sino que se convierte en una regla general. El presente trabajo expone sendas propuestas para que la Administración module esta potestad ya sea por la eventual lesión al principio de igualdad o por la falta de tecnicidad de las decisiones que se asuman en las providencias. En ambos casos circunscrito a un escenario de amparo del principio de sostenibilidad fiscal, razón que a la postre ha utilizado de forma soslayada la Administración para apartarse de las sentencias unificadas del Consejo de Estado.

Palabras clave: Precedente judicial/ extensión de jurisprudencia/ sostenibilidad fiscal/apartamiento del precedente/ test de igualdad/ Estado regulador.

1 Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, docente de pregrado y postgrado de varias universidades de Colombia, coordinador nacional de sedes de la Universidad Antonio Nariño.

ABSTRACT

The power of the removal of the judicial precedent in matters of administrative litigation has become a threat that may limit the figure of the extension of jurisprudence of the state Council to the point of leaving it in disuse because of the impossibility of the application of sentences Of unifying both the Council of State and the Constitutional Court in administrative. Such a power of departure must be modulated or limited as when the Administration departs from the jurisprudential pronouncements - contrary to what happens with the apartments of the judges - does not suffer any political cost, reason why their departure does not strictly adhere to criteria Exceptional, but becomes a general rule. This paper presents proposals for the Administration to modulate this power either by the possible injury to the principle of equality or by the lack of technicality of the decisions that are assumed in the provisions, all this limited to a scenario of protection of the principle of Fiscal sustainability, which ultimately has been used by the Administration to deviate from the unified rulings by council of state

Key Words: Judicial precedent / extension of jurisprudence / fiscal sustainability / departure from precedent / equality test / Regulatory State.

INTRODUCCIÓN

Para abordar el tema del precedente judicial y su apartamiento por parte de las entidades de la Administración, es importante hablar brevemente de la figura de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual atribuyó dicha facultad al poder ejecutivo habida cuenta de negar la extensión de sentencias de unificación de la Corte Constitucional[2] y del Consejo de Estado.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 del 2011[3] fueron muchas las instituciones jurídicas que se gestaron o sufrieron modificaciones sustanciales; pero sin duda la que más ha llamado la atención ha sido la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado. Esta figura busca poder ampliar el ámbito de sentencias unificadas emitidas por el Consejo de Estado para casos análogos en los cuales se pueda acreditar igualdad fáctica y jurídica.

2 En principio la Ley 1437 del 2011 solo faculta la extensión y el apartamiento de sentencias emitidas por el Consejo de Estado, sin embargo en virtud de la exequibilidad condicionada establecida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C 816 del 2011, se dio la posibilidad de extender sentencias proferidas por la Corte Constitucional y de contera que la Administración pudiese apartarse de las mismas.

3 Congreso de la república de Colombia, Ley 1437 del 2011 *"por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.* Bogotá. Colombia.

Con dicha figura se persigue garantizar la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima[4] con respecto a las decisiones que pueda emitir la jurisdicción de lo contencioso administrativo; es decir, se busca que un sujeto que se encuentra en la misma situación fáctica y jurídica con respecto a una decisión circunscrita a la figura de sentencia de unificación se resuelva de la misma forma, evitando los cambios intempestivos de las decisiones judiciales.

Se busca que la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado pueda aplicarse también en sede administrativa, esto es que las autoridades (entendidas estas como cualquier entidad perteneciente a la estructura del Estado) puedan hacer efectivos dichos fallos con respecto a quienes no fueron parte[5]. Así se persigue la garantía de derechos en sede administrativa, puesto que esta se ha venido desdibujando con el trascurrir del tiempo, ya que cada vez son más los casos en los cuales la Administración. encontrándose en la capacidad de resolver un caso a favor del administrado prefiere negar el mismo para que el juez de lo contencioso administrativo sea quien reconozca el derecho. Esta situación genera congestión en los despachos judiciales y dilación en el restablecimiento del derecho de los administrados, sin contar con que al transcurrir más tiempo entre la solicitud y el reconocimiento del derecho se generan sumas más cuantiosas que afectan directamente el erario de las entidades de la administración por conceptos tales como el lucro cesante, intereses moratorios, entre otros.

Como se anunció en la introducción, la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado es uno de los mecanismos más novedosos establecidos por la Ley 1437 del 2011, por las razones anteriormente

4 *La decisión del legislador, de limitar a las sentencias de unificación jurisprudencial el mecanismo de extensión de jurisprudencia, adoptada en el amplio ámbito de su potestad normativa, no viola los preceptos de la Constitución que señala el demandante. Por el contrario, al precisar la naturaleza, el sentido y el alcance de dichas sentencias, al igual que los eventos de su aplicación, señalando en detalle el procedimiento que debe observarse para su trámite, está otorgando igualdad de trato a todos los que concurran a su aplicación, (Art. 13 CP.), y respetando los principios del debido proceso y de la confianza legítima (Arts. 29 y 83 CP)"* ver Corte Constitucional, sentencia C- 588 del 2012, expediente D-8864.

5 Es importante aclarar que la extensión de jurisprudencia dista del concepto de precedente judicial comoquiera en el primero nos encontramos ante un mecanismo procesal, el cual opera en el evento de que un sujeto pueda acreditar encontrase en la misma situación fáctica y jurídica con respecto a una sentencia unificada del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, mientras que el segundo debe concebirse como aquel conjunto de reglas específicas que los órganos de cierre estructuran en aras de ser aplicados a casos análogos. Con respecto a este tema la Corte Constitucional – diferenciando el precedente de la doctrina probable- ha afirmado:*" La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión"* (ver sentencia C-621 del 2015). Como lo indicábamos inicialmente la extensión es una figura procesal en la cual se busca extender los efectos de una sentencia, mientras que el precedente como tal tiene como finalidad establecer unas suberreglas, para que en gracia de un procedimiento declarativo se pueda llevar al convencimiento al juez para que aplique las interpretaciones pretéritas prescritas por los órganos de cierre.

expresadas. Es necesario aclarar, sin embargo, que dicha figura ha sido emulada del Derecho Administrativo costarricense, la cual a su vez fue fuertemente influenciada por la figura de la "extensión de efectos de sentencias en materia de lo contencioso administrativo" gestada en España.

En primer lugar – y por tratarse de la figura más influyente- se hablará brevemente de la figura de la "extensión y adaptación de sentencias establecida enen el numeral primero del artículo 185 del CPCA[6] de Cosa Rica.

"Título IX

Procesos especiales

Capítulo I

Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros

Artículo 185.-

1. Los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, mediante los mecanismos y procedimientos regulados por el presente capítulo, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado."

De lo anterior se puede inferir que dicha figura tiene como finalidad la elaboración de líneas jurisprudenciales para garantizar, a partir de un procedimiento especial, la protección de derechos de personas que se encuentran en una similar situación fáctica y jurídica.

Se puede observar que la legislación costarricense extiende efectos de cualquier pieza jurisprudencial que sea emitida por tribunal de casación o por la sección primera de la Corte Suprema de Justicia.

Los eslabones de la cadena jurisprudencial tienen gran relevancia. La caducidad de dicho procedimiento debe contarse teniendo en cuenta el término de un año con respecto al último pronunciamiento invocado; es decir, la sentencia más reciente citada debe haberse emitido con anterioridad a un año para que no opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

Esta característica la hace distinta de la figura gestada en Colombia, puesto que la segunda la caducidad de la acción[7] depende directamente del término que tiene el sujeto de interponer la acción; es decir, si se busca extender los efectos de una sentencia unificada que declaró nulo un acto administrativo de

6 Ley 8508 del 28 de abril del 2006, Código de Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica.

7 Denominada en el derecho colombiano como " medio de control."

contenido particular, el accionante tendrá el término de cuatro meses para poder solicitar la extensión de jurisprudencia, sin importar si la pieza jurisprudencial de unificación fue emitida por ejemplo hace 5 meses o un año.

Es importante indicar que la figura gestada en Costa Rica establece que debe existir una adaptación de la jurisprudencia, es decir, que si bien la regla establecida en la línea jurisprudencial permitirá la extensión de los efectos según la categoría del derecho[8], es menester realizar una adaptación del derecho en la que se reconozca al sujeto en aras de materializar las justicia.

---

8 Dejamos indicado que no solo pueden extenderse derechos subjetivos en gracia de este mecanismo, comoquiera que derechos de del realizarse mediante incidente, una liquidación para concretar pecuniariamente el derecho
En cuanto a la influencia del derecho español en la configuración de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, es importante señalar que la extensión de efectos de solicitante, cuestión que se entiende deberá hacer también la administración al reconocer la extensión del derecho.
Mixtura procesal y sustancial (como lo es la determinación de competencia) pueden ser también extendidos A este respecto es importante traer a colación un caso particular que acaeció en Costa Rica, en el cual la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 776 del 2008, decidió sobre un conflicto de competencias negativo, toda vez que se buscaba establecer el competente para resolver los recursos de las decisiones de los alcaldes en el caso concreto, el alcalde del cantón central de la provincia de Heredia.
Dicho conflicto se resolvió en favor del tribunal contencioso administrativo en los siguientes términos:
"Se declara que el conocimiento del presente asunto corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (Sección Tercera.)
Posteriormente, llegó una consulta a la Procuraduría General, quien es el órgano competente para conceptuar estos casos, en la misma se plantea el interrogante de: si existe fuerza vinculante de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, que anteriormente citamos.
Mediante dictamen 139 del 18 de Mayo del 2009, la procuraduría conceptúa sobre el problema propuesto, estableciendo que la jurisprudencia costarricense no tiene efectos erga omnes, empero, mediante la aplicación de la extensión y adaptación de jurisprudencia, puede dársele fuerza vinculante a los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación. Sin embargo, en el caso concreto, encontró la Procuraduría que solo existe un fallo a este respecto, y como es bien sabido el artículo 185 del CPCA costarricense exige la existencia de dos sentencias sobre la misma situación fáctica y jurídica, es decir si bien en aquel momento no podría extenderse la regla establecida con respecto a la recursiva municipal, lo único que limitaba su aplicación y extensión era la falta de un pronunciamiento más. Es importante anotar que dicha posibilidad de extender derechos relacionados directamente tiene dos perspectivas de análisis, la primera relacionada con el reconocimiento del derecho subjetivo de los recurrentes en el caso, pues a partir del pronunciamiento con respecto a la competencia se materializa el derecho al libre acceso a la administración de la justicia. Por otro lado se garantiza la extensión del derecho objetivo, comoquiera que los derechos de carácter procesal se caracterizan por ser de orden público y se relacionan directamente con el derecho objetivo.
Así lo deja claro el Procurador en el mismo escrito ya citado:
2.- A partir del segundo fallo en el mismo sentido, en caso de una negativa de una municipalidad a acatar el criterio de la Sala Primera, el justiciable podría recurrir al proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros".
Además de esto, hace hincapié en la importancia de aplicar la figura de la extensión y adecuación de la jurisprudencia:
"Empero, en vista del nuevo instituto que se contempla en el Código Procesal Contencioso-Administrativo –proceso de extensión y adopción de la jurisprudencia a terceros-, a partir del segundo fallo de la Sala Primera en el mismo sentido la municipalidad debe valorar si sigue su jurisprudencia, por la elemental razón de que el justiciable podría recurrir a ese proceso y exigir que, para su caso específico, se aplique el criterio jurisprudencial, con la eventual condenatoria de daños y perjuicios y costas, lo que afectaría la Hacienda municipal.".

Este elemento fue emulado por el CPACA, ya que en caso de ser negada la petición en sede administrativa y posteriormente reconocida por el Consejo de Estado, deberá sentencias en materia contencioso administrativo no es un mecanismo muy reciente ni innovador comoquiera que *"...el artículo 110 de la vigente LJCA tiene su origen en la posibilidad, nacida con la aplicación del artículo 86 de la LJCA de 1956, de aplicar los efectos de una determinada sentencia a personas, cuando viene a resolver situaciones iguales a quienes no han sido parte en el recurso, con la finalidad de ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa."*[9]

Con respecto a la extensión de la jurisprudencia en Colombia, es importante señalar que la Corte Constitucional ha realizado sendos juicios de constitucionalidad alusivos al artículo 102 de la Ley 1437 del 2011: el primero mediante la sentencia C-816 del 2011 donde se alegaba una presunta omisión legislativa relativa, la cual se configuraba bajo el entendido que la extensión de la jurisprudencia solo operaba en el evento de poder extender sentencias unificadas emitidas por el Consejo de Estado. A juicio del demandante el legislador omitió establecer que en virtud de este mecanismo también podían hacerse extensivas las sentencias emitidas por la Corte constitucional, como tribunal supremo y guarda de la carta política.

En este primer examen de constitucionalidad, la Corte Constitucional declara exequible el artículo 102 de la Ley 1437 del 2011, pero condicionó su espectro hermenéutico, en el entendido de que si bien es cierto pueden extenderse sentencias unificadas proferidas por el Consejo de Estado, es importante la observancia de forma preferente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.[10]

En un segundo examen de constitucionalidad la Corte mediante sentencia C 588 del 2012 se pronuncia con respecto a algunos puntos ya tratados en la sentencia C 816 del 2011. Si bien la razones del demandante guardan cierta similitud con las expuestas en dicha sentencia, es importante señalar que la Corte Constitucional, además de abordar la omisión legislativa no solo a la luz de la eventual extensión de fallos emitidos por la Corte Constitucional, sino también a la luz de los tratados y convenios

9 Carmen María Barreto Hernández, *"La extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme en materia de personal al servicio de la Administración pública*", de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo. En Noticias Jurídicas, consultada en http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200510-50561229810542711.html consultado el 06 de Febrero del 2015.

10 6.4.2. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutiva de esta sentencia. Ver: Corte Constitucional, sentencia C- 816 del 2011.

internacionales[11], sin embargo, dentro de la parte resolutiva de dicha sentencia resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-816 del 2011; es decir, a la modulación de la aplicación de los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional y la observancia preferente de los mismos.

Dicha pieza jurisprudencial se pronuncia respecto al apartamiento del precedente jurisprudencial por parte de la administración, esto es que el artículo 102 de la Ley 1437 del 2011 da la facultad a la administración o a las autoridades públicas de poderse apartar de las sentencias unificada proferidas por el Consejo de Estado[12]; en especial, el demandante presenta cargos de inconstitucionalidad contra la tercera causal de rechazo, comoquiera que esta da la posibilidad a la administración de apartarse del precedente judicial con la simple exposición clara y razonada de los motivos por los cuales se aparta.

La Corte Constitucional encuentra exequible el apartamiento del precedente judicial por parte de la administración, bajo el argumento que el apartamiento opera de forma excepcional (es decir la administración no se puede oponer constantemente a los pronunciamientos unificados del Consejo de Estado ni de la Corte Constitucional) y que además el mismo viene acompañado de una argumentación suficiente para que la administración pueda apartarse de dichos pronunciamientos.

Dichas piezas jurisprudenciales dejan un interrogante que consideramos de suma importancia solucionar dentro del presente trabajo. A nuestro juicio surge cierta duda con respecto al apartamiento del precedente jurisprudencial por parte de la administración, puesto que no compartimos lo establecido en la sentencia C 588 del 2012, ya que dicha potestad del apartamiento puede terminar siendo gravosa para la aplicación de la extensión de jurisprudencia en sede administrativa.

La posibilidad de apartamiento absoluto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas puede ser lesivo para la aplicación de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que la administración puede asumir el apartamiento como la regla general y la extensión como la excepción. Dicha tendencia ya se ha presentado por parte de la administración como

---

11 *Definido lo anterior, la Corte debe resolver los siguientes problemas: (i) viola la Constitución el que, en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, se haya limitado a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia de dicho Consejo a terceros por parte de las autoridades, omitiendo que este mecanismo de extensión pudiera predicarse también de las reglas y los estándares fijados por las Cortes Internacionales en los términos del artículo 93 constitucional y de otras sentencias del mismo Consejo de Estado?"ver Corte Constitucional sentencia C- 819 del 2012.*

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en:

12 *... 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269. Ver artículo 102 de la ley 1437 del 2011.*

se demostrará a lo largo del presente estudio[13].

Por tal motivo y en aras de complementar la postura epistemológica asumida por la Corte Constitucional en su sentencia C 588 del 2012, hemos querido modular el apartamiento del precedente judicial por parte de la administración a partir de dos propuestas mediante las cuales se busca racionalizar un poco esta potestad y autonomía reconocida por la Corte Constitucional a las autoridades públicas, con el fin de que se le pueda dar aplicación a la figura de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado en sede administrativa, cuestión que en últimas es la esencia de la Ley 1437 del 2011, la protección de derechos en sede administrativa con respecto a los asociados. Lo anterior con la esperanza de que estas disertaciones sean el inicio de mayores cuestionamientos que nos lleven a desarrollar cada vez más la figura de la extensión de jla urisprudencia del Consejo de Estado, la que como ya lo hemos manifestado aún presenta vacíos en su estructura y en su concepto.

Como ya se advirtió, son tres los tópicos que se considera menester analizar para que pueda existir un apartamiento del precedente judicial por parte de la Administración sin desdibujar la teleología de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En primer lugar hemos decidido analizar el principio de sostenibilidad fiscal, el cual artificialmente ha sido uno de los argumentos para denegar el reconocimiento de derechos en sede administrativa. ¿Será este principio una razón mediante la cual la administración pueda desestimar peticiones incoadas por los particulares? ¿Cuál será el alcance de dicho principio para poder intervenir o permear las decisiones de la administración? Por otro lado, analizaremos la posible vulneración del principio de igualdad por parte de la Administración si eventualmente decide no extender los efectos de la sentencia de unificación y, finalmente, estudiaremos la posibilidad del apartamiento de las decisiones judiciales en el evento de que el Estado regulador pueda tener un conocimiento más profundo al respecto.

Así pues iniciaremos el estudio a partir del análisis del principio de sostenibilidad fiscal en Colombia.

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL: ¿ARGUMENTO PARA EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE O ELEMENTO MODULADOR DEL CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES JUDICIALES?

Desde hace ya varios años, un gran número países desarrollados en el marco de eventuales crisis económicas -o para precaver las mismas- han decidido analizar con cierta austeridad y planeación las finanzas públicas, con el fin de evitar contingencias futuras. La planificación de las finanzas no se

13 Ver: Sección segunda, sentencia unificada del 04 de agosto del 2010, expediente 2006075091, vs la circular 04 del 2012 emitida por Colpensiones. (es de anotar que dicha controversia fue zanjada en Sentencia SU 230 del 2015 proferida por la corte Constitucional de Colombia.)

hace con el objetivo de subsanar deficiencias presupuestales en el presente, sino para precaver crisis del futuro.

Organizaciones supranacionales como la Unión Europea han modificado la forma de combatir los problemas de la economía, antes de que existieran dichas entidades las contingencias básicas de la economía (inflación, desempleo) se solventaban a partir de la modulación de la oferta global, es decir el consumo, la inversión, el gasto público y las exportaciones.

Ahora, teniendo en cuenta la influencia que tiene la unión europea con respecto a los países que la componen encontramos que ciertos criterios como los intereses (inversión) y las exportaciones no pueden ser reguladas directamente por cada Estado sino por la unión como tal, lo que deja a las naciones desprovistas de elementos para poder combatir el desempleo y la inflación.

Por tal motivo los únicos elementos que tiene un Estado para evitar los problemas básicos de la economía son el consumo (que se modula a partir del aumento o disminución de los impuestos) y el gasto público (el cual puede aumentar o disminuir), obligando a los países a tener una disciplina fiscal basada en el óptimo manejo de los recursos netamente públicos.

Una nación que se presenta sostenible en el presente está propugnando por la garantía de los derechos en un futuro, un desarrollo sostenible y unas finanzas sanas que evitan el caos fiscal. "Unas finanzas públicas saneadas y sostenibles constituyen un importante fundamento para el crecimiento económico, la estabilidad financiera y la estabilidad de precios, como lo demuestran las perturbaciones que actualmente experimentan algunos mercados de deuda pública de la zona del euro, relacionadas, en particular, con los graves desequilibrios y vulnerabilidades fiscales que se han acumulado en algunos países miembros" [14].

Dicha consigna de planeación fiscal llegó a Colombia y se materializó en el año 2011, mediante el acto legislativo 03 del mismo año, el cual reformó el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia. A partir de este acto se ha buscado que las finanzas públicas sean planificadas, que existan ciertos topes dentro del gasto público (reglas fiscales) y niveles adecuados de endeudamiento que permitan hacer sostenible el Estado.

En dicho acto legislativo se planteó entre otras cosas lo siguiente:

> *"...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*

14 te Constitucional, Sentencia C-132 de 2012.

> *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"*[15].

Lo anterior quiere decir que el Estado intervendrá directamente en las decisiones fiscales y de los agentes económicos privados, es decir en toda la economía; esto, en beneficio de los asociados, lo que haría suponer que una vez implantado el principio de sostenibilidad fiscal, los beneficios se notarían de forma ostensible. Sin embargo, este principio supone un esfuerzo de carácter económico, la sostenibilidad fiscal de la administración de los bienes y recursos advierte que la austeridad desempeñará un papel importante en la economía del país.

La sostenibilidad fiscal entonces posee un tinte más progresivo que inmediatista, pues como ya lo hemos manifestado se busca precaver crisis económicas al futuro. A partir de esta se busca la prosperidad de la nación. La función interventora del Estado no solo se limita a la observancia del fisco y de los actores privados sino que también está encaminada a crear empleo a todos los ciudadanos que puedan proveerlo. Uno de los criterios más importantes de este acto legislativo es que dicho principio es el elemento orientador de las ramas del poder público. Esto se traduce en que cualquier decisión que tome alguna entidad del Estado debe estar permeada primeramente por dicho principio, eliminando la densidad de cualquier otro que se pueda presentar.

Cuando hablamos de decisiones en la cuales se ve comprometido el erario, es fácil suponer que nos referimos a uno de los quehaceres más complejos de la actividad estatal, el cual es la función administrativa; esto quiere decir que la administración del Estado está totalmente ligada y relacionada con el principio de sostenibilidad fiscal.

En este punto nacen ciertas suspicacias, comoquiera que para poder reducir gastos la administración – y en primer lugar la administración prestadora de servicio público- puede limitar el espectro de eficacia

15 Constitución Política de Colombia, articulo 334.

con respecto al reconocimiento de derecho. Lo anterior quiere significar que en aras de respetar la sostenibilidad fiscal y de actuar dentro del marco de la misma, la administración puede tomar decisiones lesivas de los derechos, en especial de los derechos fundamentales.

Dichas suspicacias nacen no exactamente de la implantación del principio de sostenibilidad fiscal, pues dicho precepto claramente busca organizar las finanzas para poder solventar la deuda pública, eliminar la entropía y el caos presupuestal, a partir de una visión más a largo plazo; sin embargo, uno de los incisos del acto legislativo 03 del 2011 genera dudas con respecto de las interpretación que el Estado le ha dado a este precepto, tal inciso establece lo siguiente:

> *"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"*[16].

Si bien este inciso y su respectivo parágrafo se refieren a situaciones propias de los procesos judiciales, observamos cómo la invitación es a que el ejecutivo pueda controvertir una sentencia judicial – o al menos el monto de la condena- sobre un derecho subjetivo reconocido a partir de argumentos del interés general, situación que pone ostensiblemente en peligro los derechos de los administrados.

16 Ibidem.

Si bien existe una salvaguarda relativa[17] a los derechos fundamentales, observamos cómo derechos económicos sociales y culturales pueden ser "modulados" so pretexto de convertirse dicha condena en un peligro para el equilibrio fiscal.

De lo anterior es importante señalar que esta no es la teleología del acto legislativo, es decir la sostenibilidad fiscal no necesariamente debe sacrificar derechos fundamentales de los administrados, lo que si puede realizar la Administración es en algunos casos modular la realización de un pago por ejemplo con respecto a una condena al Estado.

Sin embargo, y como el mismo acto legislativo lo advierte, dicha potestad surge en gracia del cumplimiento de una sentencia en la cual se haya condenado al Estado, razón por la cual debe excluirse a la administración con respecto al incumplimiento de reglas emanadas de sentencias unificadas ya sean proferidas por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.

La administración podrá diferir cuotas o formas de pago para poder hacer ejecutiva la sentencia emitida por el juez de lo contencioso; es más, recordemos que el mismo Código General del Proceso ofrece una prerrogativa a las entidades de derecho público con respecto a la ejecución de sentencias.

17 Es importante resaltar que la Corte Constitucional ha venido reconociendo derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela no solo por su conexidad con derechos fundamentales (ver sentencia T-406 de 1992) sino porque estos poseen la categoría de derecho fundamental "En pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional. En este sentido, todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente "Ver sentencia T 160 del 2011.

Es de relevante importancia indicar el derecho a la seguridad social (el cual pertenece a la categoría de derechos económicos sociales y culturales) ha sido reconocido como derecho fundamental (La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público , de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución." Ver sentencia 164 del 2013. De lo anterior se puede evidenciar que al poner en riesgo derechos pertenecientes a esta categoría se ven vulnerados de contera algunos derechos fundamentales.

El artículo 307 del CGP prescribe lo siguiente:

"Artículo 307. Ejecución contra entidades de derecho público.

Cuando la Nación o una entidad territorial sea condenada al pago de una suma de dinero, podrá ser ejecutada pasados diez (10) meses desde la ejecutoria de la respectiva providencia o de la que resuelva sobre su complementación o aclaración."[18].

Lo anterior demuestra que el principio de sostenibilidad fiscal puede concebirse como una prerrogativa que tiene la administración para poder dar cumplimiento a una orden judicial, sin embargo esto no se puede confundir con una facultad discrecional de la administración con respecto al incumplimiento de órdenes judiciales, no solo para le ejecución de las condenas sino para el apartamiento de los precedentes judiciales.

Como lo anunciábamos, el principio de sostenibilidad fiscal, debe analizarse como un elemento que va a ser de provecho para las finanzas públicas; sin embargo, y como se evidencia, las políticas del Estado están centradas en la limitación de derechos económicos sociales y culturales más no en prevención del daño antijurídico. Es importante resaltar que el incidente de impacto fiscal, como su nombre lo indica, está inmerso dentro del proceso judicial, lo que quiere decir que será el juez que reconozca o niegue el mismo.

Ahora, volviendo a la órbita que nos compete, la cual es la Administración, analizamos que las políticas de esta, en muchos casos están permeadas por el principio de sostenibilidad fiscal, entendido este como el balance entre qué derechos pueden sacrificarse para poder permanecer dentro del espectro de unas finanzas sostenibles.

Esto, se ve con reiteración en la administración prestadora de servicio público, y en especial en las administradoras de pensiones. Un ejemplo de esto se presenta en el tema de las historias laborales. Por ejemplo, un trabajador del sector privado cotizó las semanas suficientes para lograr su reconocimiento pensional; como contaba con régimen de transición, los requisitos que debía cumplir era tener mil (1000) semanas en todo el tiempo cotizado. Al cumplir la edad (60 años) solicita ante la administradora colombiana de pensiones "colpensiones" el reconocimiento de su pensión; cuatro meses después recibe una resolución, mediante la cual se le niega el reconocimiento pensional habida cuenta de que en el sistema solo figuran 500 semanas. Se dirige a las oficinas de colpensiones el peticionario, y le informan que como él había cotizado al Instituto de Seguros Sociales, y dicha información se encontraba en físico, a la hora de digitalizarla, muy posiblemente se extraviaron las otras 500 semanas. El sujeto se

18 Congreso de la república de Colombia, Ley 1764 del 2012, " por medio de la cual se dicta el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones".

dirige a la empresa donde laboró y en esta le da las certificaciones laborales que acreditan que el señor trabajó en dicha entidad por 20 años y adjuntan la sábana de pagos de seguridad social.

Con dicha información el señor presenta una nueva petición donde se acredita que efectivamente él trabajo por 20 años y que la empresa realizó las cotizaciones necesarias. Después de cuatro meses recibe una resolución negando su derecho pensional donde se advierte que si no se adjuntan los carnets de afiliación al seguro social con el numero patronal de los años que no salen registrados en colpensiones (por ejemplo del año 1993 al 2003) no podrá realizarle el reconocimiento en sede administrativa, razón por la cual debe acudir al juez de lo contencioso administrativo para que este declare su derecho pensional.

Observamos cómo en este ejemplo, se ve acreditado lo siguiente: i) el señor laboró para el sector privado ii) el señor laboró por más de 20 años (es decir posee más de 1000 semanas) iii) el señor está afiliado a seguro social, pues a dicho lugar llegaban sus cotizaciones iv) el empleador realizó las cotizaciones al seguro social.

Sin embargo, la administradora de pensiones niega el derecho pensional. La pregunta que surge es ¿Cuáles son los argumentos para negar dicha solicitud?

Claramente se evidencia que los argumentos no son propiamente jurídicos, pues dentro del proceso administrativo se demostró que el solicitante cumplía con los requisitos pensionales; sin embargo no se hacen expresos los argumentos mediante los cuales se niega la solicitud. Comoquiera que solicita al pensionado los carnets de cada año con el número patronal para poder reconocer su prestación, elemento probatorio de difícil recaudo por su antigüedad, máxime si la responsabilidad de las semanas perdidas es de la administración.

Concluimos entonces que los argumentos de la administración podrían estar enmarcados en una interpretación errada que se le ha venido dando al principio de sostenibilidad financiera, el cual está relacionado con el interés general. Ahora bien, ¿dicha actuación de la administración puede justificarse jurídicamente? ¿Puede una entidad negar un derecho de interés particular con argumentos de interés general?

Distinción entre la administración del interés general (estatal) y del interés particular: la sostenibilidad fiscal no es óbice para el reconocimiento de derechos subjetivos.

Uno de los grandes mitos que ha existido entorno al Derecho Administrativo es aquel de que el juez de lo contencioso administrativo es el juez del interés general, en el entendido de que a partir del ejercicio de las prerrogativas publicas debe salvaguardar los intereses del Estado, dicho mito ha sido desvirtuado no solo por el cambio de las dinámicas jurídicas sino por la mismas acciones y medios de control existentes dentro de esta rama del derecho.

La intuición siempre ha señalado a que el Juez de lo Contencioso Administrativo ha sido el protector del interés general, por la relación directa entre la Administración y el servicio público, sin embargo esto no deja de ser más que un mito, en palabras del Profesor Andrés Ospina: *"En realidad, la jurisdicción especializada es el juez de lo contencioso administrativo y, como cualquier juez, algunas veces solucionará el litigio en favor del interés general o del administrado (cuyos intereses no necesariamente se oponen a dicho "interés general")*[19] .

Esto quiere decir que el juez de lo contencioso administrativo debe tener en su despacho dos togas, una para fallar procesos de interés general y otros de interés particular, si bien es cierto el concepto de interés general se torna totalmente indeterminado y vago[20] también es de resaltar que existen claramente medios de control que apuntan a alguno de los intereses.

Con respecto a los medios de control contra actos administrativos, encontramos que la nulidad simple siempre estará enmarcada en el procedimiento que busca proteger el interés general, con esto y como lo explicamos anteriormente se busca recalcar que las acciones de nulidad simple no solo buscan proteger el interés general sino también los intereses propios del Estado; en cambio la nulidad de restablecimiento del derecho siempre estará relacionada al interés particular[21].

Con esto no queremos decir que el juez según el medio de control deba proteger algún tipo de interés (ya sea general o particular), simplemente que resulta ilógico en un Estado Social de Derecho concebir que la única finalidad del juez de lo contencioso administrativo sea la defensa del interés general entendida esta como los intereses del Estado.

Ahora bien, con respecto a los hechos, omisiones y operaciones administrativas, en virtud de la acción (mal denominado medio de control) de reparación directa, donde por ejemplo la nación, el Ministerio de defensa, las fuerzas militares, son condenadas al pago de una determinada suma de dinero, el juez

19 Andrés Fernando Ospina, *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de los contencioso Administrativo ¿un Viaje de Ida y Vuelta?;* Universidad Externado de Colombia, 2009, Pág. 74.

20 Evocando el curso de teoría de la administración pública impartido por el profesor Andrés Ospina Garzón se afirma que el interés general puede ser interpretado a partir de criterios económicos, políticos sociales, entre otros. Véase cuando dos candidatos se lanzan a la presidencia de la república como algunos votantes consideran que la mejor opción es uno de los candidatos porque este apoya la iniciativa privada y la empresa, para él esto es trabajar por el interés general; mientras que otro ciudadano vota por el opositor porque este piensa construir escuelas hospitales y esto configura el interés general. Sin duda el interés general es un concepto jurídico indeterminado.

21 Si bien es cierto que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene como finalidad reparar perjuicios a un particular y que esto se encuentra inmerso en el interés general, se aclara que a lo pretendemos hacer alusión es a la posibilidad de que la reparación de los derechos de los administrados pueda ir en contra de los intereses patrimoniales del Estado, esto armonizado con lo ya establecido anteriormente en el principio de sostenibilidad financiera, lo cual evidencia que cuando la administración reconoce un Derecho subjetivo disminuye su presupuesto.

de lo contencioso administrativo debe realizar un análisis tendiente a la observancia de la existencia de un daño antijurídico y el reconocimiento de un derecho subjetivo.

En este caso observamos cómo el juez al emitir sentencia condenatoria contra la Administración antepone el interés general, comoquiera que el medio de control empleado (reparación directa) estaba acompañado de un pretensión de interés particular.

Aquí se evidencia cómo el juez de lo contencioso administrativo tuvo que ponerse su toga de interés particular para salvaguardar los intereses del administrado; en el evento de que no se acreditara la existencia de un daño antijurídico, o que el desplegar de la administración estuviese amparado en gracia de un eximente de responsabilidad, al juez de lo contencioso no le quedaría más remedio que desestimar las pretensiones del administrado, pero no en virtud de la salvaguarda del interés general (intereses del Estado) sino porque la pretensión del derecho no se encontraba demostrada.

Ahora bien, surge el interrogante, ¿Qué sucede si el juez de lo contencioso administrativo tomara una decisión de interés general investido de la toga del interés particular? ¿Sucede en el quehacer jurídico esta situación? Para dar respuesta a este interrogante, presentaremos un ejemplo:

En el año 2010 le es adjudicada una obra pública a un consorcio; dicha obra debe estar ejecutada en un 33,3 % para diciembre del año 2011, 66; 6% para diciembre del 2012, y un 99,9% para diciembre del 2013. Para el mes de enero del 2012 la obra se encuentra ejecutada en un 5%, por tal motivo la Administración a partir de un acto administrativo debidamente motivado declara la caducidad del contrato.

Tal actuación de la administración lleva al representante legal del consorcio a demandar ante el juez de lo contencioso administrativo, los argumentos que da el demandante para el incumplimiento están relacionados con una situación emocional compleja, pues la esposa abandonó el hogar y se fugó con uno de los proponentes de la licitación que le fue adjudicada. A partir de ello, el demandante ha tenido que asumir el rol de padre y de madre en su hogar; alimentar, educar y sostener a sus hijos, razón por la cual ha tenido que dejar sus negocios a un lado.

La administración argumenta que los tiempos para la ejecución de la obra se habían establecido dentro del contrato, además no se ha demostrado ninguna situación de fuerza mayor o caso fortuito, razón por la cual el contratista debió haber cumplido con su deber, sin embargo para el primer corte de plazo (diciembre del 2011) no se había cumplido con lo estipulado.

El juez de lo contencioso administrativo al analizar el caso recuerda que el núcleo fundamental, la célula de la sociedad es la familia y que el representante legal encargado de la obra se vio inmerso en una situación penosa que lo llevo a dejar a un lado sus obligaciones. Por tal motivo falla a favor del demandante, accede a sus pretensiones y recibe una indemnización por no haber incumplido dicho contrato.

En este caso se observa cómo en un medio de control que busca el interés general (controversia contractual), el juez decide salvaguardar el interés particular del demandante.

Si este caso fuese real, no se harían esperar las denuncias y demás acciones tendientes a restablecer el interés general, investigaciones de los entes de control; sería una situación repudiable por la ciudadanía, marcaría un precedente en los actos violatorios de la moralidad administrativa. Ahora bien, la pregunta que resolveremos en el siguiente numeral es ¿Sucede esto en la administración? interrogante que se responderá en el siguiente acápite.

La administración del interés general no puede tomar decisiones en virtud de argumentos de interés particular

La respuesta a la pregunta planteada es si la Administración toma decisiones de interés particular bajo argumentos de interés general; y esto lo hace so pretexto del principio de sostenibilidad financiera, no puede entrar a vulnerar derechos de los asociados, pues como ya lo hemos manifestado, el principio de sostenibilidad financiera no justifica el sacrificio de derechos de los particulares, sino permite la búsqueda de medidas para salvaguardad las finanzas públicas.

Al respecto, el mismo Banco Interamericano de Desarrollo ha establecido lo siguiente:

"El término "sostenibilidad fiscal" (fiscal sustainability), según el Banco Interamericano de Desarrollo, es empleado, con frecuencia, de manera poco clara. Estableciendo una analogía con la economía doméstica, las políticas públicas son consideradas como fiscalmente sostenibles si conllevan a una situación en la cual el país puede satisfacerlas dentro de sus restricciones presupuestales. En tal sentido, debe diferenciarse del concepto de "solvencia".

Así, un grupo de políticas públicas es insostenible si conduce a la insolvencia, es decir, a una situación en la cual futuras líneas de gasto e ingresos no se satisfacen debido a las restricciones presupuestales intertemporales"[22] .

Sostenibilidad fiscal es planeación del gasto; en qué debe o no gastar la administración, pero esto no quiere significar necesariamente que la sostenibilidad fiscal deba ser imputada directamente a los particulares o a los administrados. Teniendo en cuenta el mito develado del juez de lo contencioso como juez del interés general, una vez analizado que en muchos – sino en la mayoría- de los casos el juez debe ponerse la toga del interés particular, queda claro que dicha tarea también la tiene que asumir la administración.

22 Corte Constitucional, sentencia C-132 De 2012.

Volvemos al ejemplo más claro, en las administradoras de pensiones del Estado los analistas o sustanciadores de estas empresas industriales y comerciales del Estado tienen como función primordial recibir las peticiones de los particulares que consideran cumplen con los requisitos para acceder a una pensión.

Según la lógica planteada anteriormente, la administración no podría negar el derecho pensional a alguien en virtud de razones ajenas al interés particular del solicitante (en el ejemplo antes mencionado donde se negó el derecho pensional por no haber aportado los carnets de afiliación con el número patronal), pues incurriría en el mismo error del juez que antepuso la situación lamentable del contratista al interés general.

Así las cosas encontramos que la administración debe ser consciente de que en estos casos debe ponerse única y exclusivamente la toga del interés particular, y esto quiere decir que debe analizar el caso concreto vs la normativa vigente, cumplimiento de requisitos y acreditación de pruebas; pero en ningún momento podrá usar razones distintas para poder negar la prestación solicitada por el particular.

Ahora bien, es importante recalcar que en varias ocasiones la administración ha procurado apartarse de las sentencias unificadas del Consejo de Estado, so pretexto de encontrarse en desacuerdo con las decisiones de esta corporación. Ejemplo de esto fue lo acaecido con posterioridad a ser proferida la sentencia unificada del 04 de agosto del 2011, la cual incrementó el monto (por los factores salariales) y el IBL (promedio del último año de servicio) de las pensiones los empleados públicos. Pieza jurisprudencial que poco agradó a las administradoras de pensiones.

Posteriormente; en un debate constitucional y solucionando un problema jurídico muy distinto (disertación jurídica sobre el monto y el IBL de las pensiones de los congresistas), la Corte Constitucional en sentencia C-258 del 2013 estableció que el ingreso base de liquidación (IBL) no era objeto del régimen de transición, lo que quiere decir que el mismo se calcula con respecto a los diez últimos años de servicio del congresista.

A partir de esta regla, Colpensiones emite la circular 04 del 2013, en la cual deciden apartarse del precedente del Consejo de Estado y asumir el de la Corte Constitucional (pese a que dentro de este precedente no se puede acreditar una situación fáctica y jurídica igual, pues tendría que acreditarse ser congresista para poder aplicar dicha sentencia).

Observamos entonces en el tema de sentencias unificadas y apartamiento del precedente la administración ha optado por buscar argumentos más relacionados con la limitación del espectro de los derechos económicos que con el interés particular, dejando a un lado la "toga" que debe utilizarse para estos casos. Cabe anotar que posteriormente, y en virtud de la sentencia SU 230 del 2015, la Corte Constitucional aplicó la misma regla jurisprudencial al caso de un empleado público, con lo cual – y en virtud de que deben estimarse de forma preferente las sentencias de la Corte Constitucional- el debate entre monto e IBL quedó finiquitado, sin embargo la tesis de la sección segunda del Consejo de Estado

por un buen tiempo se sometió a las reglas indicadas por esta corporación, es decir la sentencia del 04 de agosto del 2013 .

La afirmación denominada la Administración del interés particular no puede tomar decisiones en virtud de argumentos de interés general y viceversa devela que para los casos en que la administración quiera apartarse del precedente judicial -que si bien el artículo 102 la faculta para apartarse del mismo con una justificación expresa- no podrá utilizar esta, argumentos de interés general, inmersos en el mal interpretado principio de sostenibilidad fiscal.

La sostenibilidad fiscal es un principio que exige disciplina financiera y proyección responsable del pago de las deudas públicas, mas no es un elemento para delimitar el espectro de los derechos de los administrados. Por tal motivo no es un argumento para poder apartarse del precedente judicial elaborado por el Consejo de Estado.

Ahora bien, antes de exponer las propuestas para poder delimitar la potestad del apartamiento del precedente judicial por parte de la administración es importante evidenciar el porqué el juez dentro de sus providencia puede apartarse de los actos procesales análogos emitidos por las altas corporaciones en contraposición de la administración, que per se no padece de un costo o perjuicio al distanciarse de las decisiones judiciales.

REGLAS PARA EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL: DESIGUALDAD ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER JUDICIAL CONSISTENTE EN EL COSTO POLÍTICO.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han abarcado el tema de la técnica del manejo del precedente judicial en caso de cambio de jurisprudencia. Lo primero que debemos resaltar es que dicha teoría se ha edificado a partir de pronunciamientos propios de la Corte Constitucional, con la finalidad de investir de obligatoriedad los pronunciamientos de dicha corporación. Por tal motivo en este momento, al hablar de precedente judicial, necesariamente tenemos que referirnos a los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional. Si bien es cierto que se han empezado a realizar esfuerzos para dar un peso mayor a los pronunciamientos judiciales en la jurisdicción ordinaria, cierto es también que no existe un criterio unificado al respecto, relegándose la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria a una fuente auxiliar supeditada al precepto legal.

Lo mismo acaecía con la jurisdicción de lo contencioso administrativo hasta antes del año 2011, habida cuenta de que como se ha explicado en el presente estudio la Ley 1437 del 2011 ha buscado darle un peso significativo a los pronunciamientos del Consejo de Estado y cierta obligatoriedad con respecto a

los pronunciamientos que deban realizarse en sede administrativa[23]. Sin embargo, y como se evidencia en el presente trabajo, el tema del precedente en materia de lo contencioso administrativo hasta ahora empieza a dilucidarse, si bien las disposiciones ya están realizadas dentro de la práctica existen aún falencias que evitan el desarrollo del precedente judicial.

De lo anterior observamos que la vinculación al precedente judicial se aplica a las autoridades administrativas, sin embargo su espectro es muy limitado. Ahora bien, pensar en aplicar esta teoría de apartamiento del precedente judicial a autoridades administrativas parece una potestad desorbitada, pues dicho poder ni siquiera es aplicado en la totalidad del poder judicial. Aun el precedente judicial y su apartamiento se encuentran en una etapa experimental, por tal motivo consideramos que no es el momento de que esta potestad recaiga en trámites de sede administrativa, o no al menos en la plenitud de su espectro.

Con respecto al tema de cambio jurisprudencial, la Corte Constitucional ha gestado dos métodos para este fin, el primero se basa en negar el valor del precedente anterior, es decir afirmar que la sentencia emitida con anterioridad no posee un verdadero valor jurisprudencial y por lo tanto no es de obligatorio cumplimiento. Por otro lado, encontramos un segundo método que "consiste en aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que, por lo tanto implica una variación jurisprudencial" [24].

Este segundo método, como lo ha indicado el profesor Diego López Medina, tiene un costo político significativo, ora a nivel de corporación ora a nivel personal, es decir para una Sala o sección de una alta corte es claro que el cambio intempestivo de jurisprudencia no es conveniente, pues deja en la ciudadanía una imagen de vulneración de la igualdad y de la seguridad jurídica; por otro lado un magistrado que deba proponer un cambio de pronunciamiento propio siempre deja una sensación de incoherencia e inseguridad de criterios.

La decisión de cambiar los lineamientos jurisprudenciales no es sencilla, empero, este elemento del costo político puede significar una salvaguarda para que no se presenten cambios caprichosos e intempestivos todos los días. Ahora bien, nos preguntamos, ¿Cuál es el costo político que tiene que asumir una autoridad administrativa al momento de cambiar sus lineamientos o al decidir apartarse de un precedente judicial?

---

23 ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA: Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

24 Diego Eduardo López Medina, *"El derecho de los jueces", Editorial Legis*, Bogotá 2011, pág. 260.

Analizamos que la administración nunca asume esta carga, desde el punto de vista mediático, ya que las decisiones administrativas en muchos casos no tienen gran trascendencia, comoquiera que dichos lineamientos hermenéuticos tienen una validez simplemente a nivel interno, al no existir un medio público de difusión de actos administrativos que evidencie la contradicción. No como las sentencias proferidas por las altas cortes, las cuales como lo hemos analizado tienen gran transcendencia en los temas jurídicos y el impacto mediático es mayor, máxime si se trata de un cambio jurisprudencial, lo cual siempre pondrá en cuestionamiento los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. De tal forma evidenciamos que el costo político no es un elemento que limite la potestad discrecional de la administración de apartarse del precedente judicial, cuestión que puede presentarse muy lesiva para los administrados.

Recodemos que la sentencia C 588 del 2012 además establece que el apartamiento del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se hace de forma excepcional[25], argumento que no tienen soporte alguno y que se cimienta en una presunción de buena fe, ya que no existe limitante alguna dentro de la ley para que la administración se cohíba de negar la aplicación del precedente judicial. Por tal motivo, la excepcionalidad del apartamiento se presenta como una falacia, puesto que si una entidad presenta los "argumentos" suficientes para apartarse del precedente, lo podrá hacer.

La excepcionalidad en el ámbito judicial se ve aunada al costo político de los cambios jurisprudenciales, teniendo en cuenta que la administración no debe soportar dicho costo político, encontramos que tampoco se ve enmarcado en la excepcionalidad.

La administración cada vez más alejada de su función primigenia, la cual no es otra que la garantía de derechos a los administrados, se vale de ardides y razones falaces para denegar los derechos de los particulares, por tal motivo no es extraño que quiera apartarse de la mayoría de los lineamientos y criterios unificado por el poder judicial.

Teniendo en cuenta que no nos encontramos de acuerdo con dicha postura, por considerar que no es suficiente para solucionar el problema planteado, hemos decidido complementarla en virtud de dos propuestas, las cuales tienen como finalidad limitar la discrecionalidad de la administración a la hora de apartarse del precedente judicial.

La primera propuesta está enmarcada dentro del principio de igualdad, el cual ha sido un elemento sin duda de gran utilidad para controversias donde se presenta una potestad discrecional de la administración.

25 Además, tal posibilidad tiene carácter excepcional y restringido, pues en principio lo que procede es que la administración acoja la jurisprudencia que define el punto sobre el cual ésta debe pronunciarse. Ver sentencia C-816 del 2011, Expediente D-8473

Tal propuesta tiene como finalidad que la administración realice un test de igualdad para analizar si su apartamiento del precedente obedece a una situación de arbitrariedad o verdaderamente a un criterio discrecional de la misma que ponga en peligro el principio de igualdad con respecto a los particulares.

La segunda propuesta está más encaminada al análisis del Estado regulador, pues como lo veremos más adelante, este tiene características muy particulares, entre ellas un grado de tecnicidad superior al del Estado prestador de servicios públicos, por tal motivo, consideramos pertinente proponer que para autoridades reguladoras la posibilidad de apartarse del precedente judicial sea mayor, esto en virtud de la tecnicidad que manejan estas entidades, además bajo el entendido de que estas tienen mayor conocimiento del tema que poder judicial.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos pertinente plantear el problema que se suscita con respecto a esta tercera causal para la negación de solicitudes de extensión de jurisprudencia en sede administrativa, pues como se ha venido mencionando es inconcebible que la administración pueda tener una potestad tan amplia con respecto al no acatamiento del precedente judicial sin que exista un costo político por ello, ya que podría correrse el riesgo de que la figura de la extensión de jurisprudencia careciera de aplicación al menos en sede administrativa[26].

El artículo 102 en su tercer numeral indica que las autoridades podrán negar la petición de extensión de jurisprudencia siempre y cuando se cumpla con este requisito:

"3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269"[27].

Lo anterior quiere decir que las autoridades públicas tienen la potestad de negar solicitudes de extensión de jurisprudencia siempre y cuando expongan los argumentos mediante los cuales se apartan del criterio jurisprudencial.

Esta causal de negación se presenta muy amplia e indeterminada, cuestión que podría tornarse contraproducente para el administrado, comoquiera que el campo de discrecionalidad administrativa[28] que ostentaría la autoridad pública no está debidamente limitado.

---

26 El CPACA es reiterativo en el sentido de que este busca que las administración resuelva las controversias de forma autónoma sin necesidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Con la finalidad de descongestionar la denominada vía judicial.

27 Ibídem.

28 Sobre este tema volveremos cuando se exponga la segunda propuesta para modular esta causal de negación.

Ante este panorama, surgen los siguientes interrogantes: ¿Es suficiente simplemente una exposición clara y razonada para la no aplicación del precedente judicial? ¿Debe aplicársele la regla del apartamiento del precedente judicial al que se someten las autoridades judiciales a la administración? ¿Está facultada la administración para prescindir de los fallos de las altas Cortes que poseen fuerza vinculante? ¿Puede el Estado en su función reguladora tener mayor posibilidad de apartarse del precedente judicial?

Ahora bien, teniendo en cuenta este escenario, es menester exponer dichas propuestas para poder delimitar esa amplia potestad de la administración con respecto a apartamiento del precedente judicial, comoquiera que esta facultad puede terminar dejando inoperante a la figura de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado.

En primer lugar, expondremos la propuesta denominada El apartamiento del precedente judicial como posible vulneración del derecho a la igualdad. Para desarrollar dicho postulado incluiremos la figura del test de igualdad, con el fin de demostrar como el operador administrativo puede precaver una eventual violación al derecho de igualdad de los particulares.

En segundo lugar, expondremos la afirmación denominada "cuanto más técnica sea una controversia, mayor será la posibilidad del apartamiento del precedente judicial" con la cual demostraremos cómo en casos donde exista una mayor complejidad técnica debe abrirse la posibilidad para que la administración –quien se presume experta en los temas que regula- pueda apartarse con argumentos técnicos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

PRIMERA PROPUESTA: EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA POSIBLE VULNERACIÓN LA PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Cuando nos encontramos ante un panorama de aplicación de precedentes judiciales con fuerza vinculante, el primer principio que se busca salvaguardar es la igualdad, puesto que una de las funciones del poder jurisdiccional es reconocer los mismos derechos a los administrados siempre y cuando exista una identidad fáctica y jurídica en el caso concreto.

Dentro del derecho anglosajón, el cual maneja de forma más activa los precedentes judiciales como faros referenciadores del norte jurídico, se ha hablado de la predictibilidad[29] de las decisiones judiciales,

29 Recordemos que en el sistema judicial anglosajón, las decisiones judiciales poseen un mayor protagonismo que las normas escritas, comoquiera que dichas decisiones interpretan las disposiciones normativas y resuelven de forma práctica las controversias jurídicas suscitadas entre los ciudadanos. Partiendo de esto, el common law, ha buscado aforar o defender las decisiones de los jueces, para que estas –según su trascendencia jurídica- guíen los demás pronunciamientos análogos, lo cual se ha denominado como predictibilidad de las decisiones. Dicho elemento no es más que un instrumento que garantiza la seguridad jurídica. Al ser un principio sabemos entonces que no es absoluto, razón por la cual en algunos casos las decisiones judiciales cambian en atención a las condiciones sociales, políticas económicas entre otras, pero como lo advertimos se hace por vía de excepción.

esto quiere decir que para casos análogos –por regla general- debe aplicarse una decisión similar.

Dicho principio se aúna categóricamente con sendos principios aplicados al derecho colombiano, el primero conocido como de seguridad jurídica, el cual proscribe la entropía judicial, es decir los fallos disimiles en las mismas materias, pronunciamientos dispares que favorecen a parte de los administrados y perjudican a otros. El otro principio con el cual se puede relacionar a la predictibilidad de las decisiones judiciales es de la confianza legítima, el cual establece que el Estado no puede cambiar de forma intempestiva las decisiones ya sea en virtud de un acto administrativo o de una providencia judicial. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha establecido lo siguiente:

"Cabe anotar que la Corte Constitucional ha definido la confianza legítima como: "un corolario de aquel de la buena fe que consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban su relaciones con los particulares"[30].

Por otro lado, el doctor Gabriel Valbuena Hernández define este principio "desde una perspectiva mucho más pragmática, debemos retener que el principio que la protege sirve para tutelar la estabilidad de las expectativas legítimas y los derechos aparentes en cuyo nacimiento defectuoso intervinieron las autoridades"[31] .

Lo anterior demuestra que la aplicación del precedente judicial y su fuerza vinculante desarrolla un gran número de principios constitucionales y jurisprudenciales que deben ser tenidos en cuenta para materializar a su vez la justicia dentro del quehacer de los jueces.

Tales preceptos han sido evocados por la Corte Constitucional, en gracia del debate de exequibilidad de las sentencias unificada del Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La definición por el legislador en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 de lo que debe entenderse por sentencia de unificación no viola el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, el carácter vinculante de los precedentes y los estándares internacionales de administración de justicia", sino que por el contrario, "genera seguridad jurídica y mayor predictibilidad de las decisiones judiciales, todo ello dentro del marco de configuración normativa del artículo 150 superior"[32].

Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional es importante analizar uno de los principios *carísimos* contemplado en la Carta Política de 1991, el cual ha sido consignado en el

30 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 131 del 2004

31 Ver Gabriel Valbuena Hernández, La defraudación de la confianza legítima, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, Págs. 156 -157.

32 Ibidem.

artículo 13 de la constitución colombiana, la igualdad. Este precepto claramente no solo debe aplicarse a las actuaciones entre particulares sino también entre la Administración y los administrados.

Al crearse con la Ley 1437 del 2011 la institución de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, y de contera la extensión de jurisprudencia de estas mismas, se evidencia un interés del legislador por salvaguardar la igualdad; empero, como ya lo hemos planteado existe la posibilidad de que la Administración se apartarse de dichas piezas jurisprudenciales.

El interrogante que surge en este punto es ¿En qué medida puede la Administración apartarse de la aplicación del precedente judicial (sentencias de unificación) sin con esto vulnerar el principio de igualdad amparado por el legislador en la Ley 1437 del 2011?

Para poder resolver dicho interrogante es menester analizar cómo la Corte Constitucional ha decantado medidas que considera sospechosas o violatorias de dicho principio en aras de amparar el precepto establecido en el artículo 13 superior.

Emulado de tribunales europeos y de la justicia norteamericana, la Corte Constitucional colombiana ha optado por la implementación del test de igualdad, con la finalidad de establecer si una medida adoptada por alguno de los poderes del Estado ejerce una acción afirmativa o específicamente una discriminación positiva.

La finalidad de la presente propuesta es demostrar cómo el test de igualdad puede ser una medida aplicada por la Administración en los eventos de apartarse del precedente judicial del Consejo de Estado, para que dicho apartamiento no sea artificial o lesivo del principio de igualdad contemplado en la constitución.

Como ya se ha manifestado, el apartamiento de las sentencias de unificación por parte de la administración no puede concebirse desde la perspectiva de una escueta motivación del apartamiento, comoquiera que la administración no padece un costo político significativo *contrario sensu* del apartamiento que realiza el poder judicial, quien pierde credibilidad a nivel subjetivo (un magistrado o consejero de Estado), a nivel orgánico (una sala especifica del Consejo de Estado) o a nivel institucional (directamente el Consejo de Estado). Razón por la cual deben aplicarse varios criterios de modulación de aquella potestad discrecional, en concreto del test de igualdad adoptado por el tribunal constitucional colombiano.

Aplicación de los elementos constitutivos del test de igualdad al apartamiento del precedente judicial (SU 04 agosto del 2010)

Así pues, evidenciaremos los elementos constitutivos del test de igualdad a la luz de la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado proferida por la Sección segunda, con fecha del 04 de agosto del 2010, expediente 2006075091 (sentencia en la cual se ordena la reliquidación de pensiones de Ley 33 de 1985 con todos y cada uno de los factores salariales para efectos del cálculo del monto,

adicional que el ingreso base de liquidación (IBL).

Dicha pieza jurisprudencial ha sido solicitada en virtud de la figura de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado con la finalidad de que sean extendidos los efectos inmersos en la misma.

Para realizar el test de igualdad a la luz de la sentencia unificada ya mencionada es importante explicar brevemente lo acaecido con la extensión de esta, puesto que si bien en un principio fue extendida en sede administrativa por Colpensiones, acabó existiendo un apartamiento el cual a nuestro juicio podría haber sido violatorio del principio de igualdad, de tal manera ilustraremos muy brevemente la controversia suscitada por la extensión de la sentencia del 04 de agosto del 2010.

La sentencia unificada del 04 de Agosto del 2011, la cual incrementó el monto (por los factores salariales) y el IBL (promedio del último año de servicio) de las pensiones de los empleados públicos siempre y cuando se pudieran acoger al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y cumplieren los requisitos contemplados en la Ley 33 de 1985. Dicha pieza jurisprudencial que poco agradó a las administradoras de pensiones.

Pese a no recibir con agrado dicha sentencia de unificación, Colpensiones empezó a reconocer en sede administrativa las reliquidaciones de empleados públicos que se encontraban en la misma situación fáctica y jurídica, con lo cual el nivel de litigiosidad se disminuyó.

Posteriormente, en un debate dispar y solucionando un problema jurídico muy distinto (disertación jurídica sobre el monto y el IBL de las pensiones de los congresistas), la Corte Constitucional en sentencia C-258 del 2013 estableció que el ingreso base de liquidación (IBL) no era objeto del régimen de transición, lo que quiere decir que el mismo se calcula con respecto a los diez últimos años de servicio del congresista.

A partir de esta regla, Colpensiones emite la circular 04 del 2013, en la cual deciden apartarse del precedente del Consejo de Estado y asumir el de la Corte Constitucional (pese a que dentro de este precedente no se puede acreditar una situación fáctica y jurídica igual, pues tendría que acreditarse ser congresista para poder aplicar dicha sentencia).

¿Dicha circular emitida por Colpensiones no violaría el principio de igualdad con respecto a i) el accionante que ventiló la controversia jurídica que terminó con la tesis planteada en la sentencia unificada del 04 de agosto del 2010 y ii) los sujetos a los cuales si les fue reconocida en sede administrativa la reliquidación acorde a la sentencia del Consejo de Estado?

Analicemos cada uno de los puntos constitutivos del test de igualdad aplicado a la controversia ya explicada:

La sentencia C 015 del 2014 proferida por la Corte Constitucional establece los elementos del juicio de igualdad, y los enumera de la siguiente forma:

"El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza…"[33]

Lo anterior hace alusión a que en el evento de que la administración realice una distinción o una comparación entre dos supuestos o situaciones fácticas deben demostrar en qué punto dicha distinción puede realizarse sin que con ello se configure una discriminación negativa.

En el caso concreto, encontramos cómo la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado estableció la regla de reliquidación de las pensiones aquellas personas que fueren empleados públicos y se hubieren pensionado con la Ley 33 de 1985. Esto, contrastado con la regla emitida por la sentencia C 258 del 2013, la cual como lo reiteramos tenía como eje central la valoración constitucional de las pensiones de los congresistas.

Como es bien sabido los congresistas son miembros de corporaciones públicas, es decir su régimen es distinto al establecido para los empleados de carrera administrativa en los artículos 125 y siguientes de la Carta Política de Colombia.

Lo anterior evidencia una distinción entre los dos sujetos a los cuales se debe aplicar la sentencia unificada emitida por el Consejo de Estado, o mejor aún la aplicación de la sentencia C 258 del 2013 a los empleados públicos como razón del apartamiento del precedente judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es evidente que no puede aplicarse una sentencia restrictiva de derechos a un grupo de sujetos distintos, no puede concebirse como la Administración trae a colación una sentencia que delimita el IBL de los congresistas para aplicarse a los empleados público, razón por la cual encontramos que dicha decisión es violatoria del principio de igualdad.

La Corte, además establece los siguientes criterios para realizar el test de igualdad:

"ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales[34]

La pregunta para poder decantar dicho elemento seria:

¿Puede aplicarse una sentencia restrictiva de derechos a un grupo distinto de personas (empleados públicos) para poder limitar los mismos?

33 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C 015 del 2014.

34 Ibidem.

La respuesta a todas luces es no. los empleados públicos se encuentran en una situación tanto fáctica como jurídica muy distinta a la de los congresistas. Por un lado pertenecen a poderes del Estado distintos (ejecutivo y legislativo), como ya lo mencionábamos su régimen jurídico es distinto pues la misma carta política los distingue, y su régimen pensional es totalmente distinto.

Por un lado encontramos que la sentencia unificada emitida por el Consejo de Estado se da con ocasión de un recurso de apelación, mediante el cual se buscaba revocar la decisión tomada por el *a-quo* para que en su lugar se reliquidará la pensión reconocida a un empleado público en virtud de la ley 33 de 1985 con el IBL y los factores salariales enunciativos y no taxativos.

La sentencia C-258 del 2013 *contrario sensu* realiza un examen de exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992[35], precepto que hace alusión directa al régimen pensional de los Representantes y Senadores, razón por la cual no se cumple con la identidad fáctica y jurídica exigida en el presente test de igualdad.

Así las cosas, es inferible que la sentencia C-528 del 2013 emitida por la Corte Constitucional, podía aplicársele a los empleados públicos quienes venían siendo reliquidados vía extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, con los presupuestos establecidos por la Ley 33 de 1985.

El tercer elemento constitutivo del test de igualdad es:

"iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[36]."

Como ya se refirió anteriormente, la Carta Política hace una diferenciación entre empleados públicos y de corporaciones públicas esto con el fin de que estos tenga un tratamiento distinto, pues sería un contrasentido aplicar el régimen jurídico del uno al otro y viceversa.

La discriminación positiva radica en cierta medida en este criterio, es decir se deben aplicar medidas homologas a personas que se encuentren en una misma situación fáctica y jurídica, empero, en el evento de que un sujeto de encuentre en un estado de desigualdad, el cual se traduce en vulnerabilidad manifiesta, se le podrán aplicar condiciones distintas siempre y cuando las mismas sean favorables para la reivindicación de derechos del sujeto que se encuentra en estado de disminución. Es importante resaltar que las acciones afirmativas se aplican en mayor medida en caso donde existe una escasez de

35 Artículo 17º.- El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista, y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.(el aparte subrayado fue declarado inexequible por la sentencia en comento.

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 015 del 2014.

bienes deseados, como lo es, por ejemplo, los cupos universitarios o el acceso a puestos laborales, con el fin de que aquellas personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad puedan acceder a estos bienes que por su naturaleza se presentan escasos.

Con respecto a lo anterior la Corte Constitucional ha señalado:

"Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras"[37].

En el caso concreto, la aplicación del precedente emitido por la Corte Constitucional (C-528 del 2013) a los empleados públicos se presenta como una discriminación negativa. Comoquiera que a un grupo distinto de sujetos (empleados públicos) se les aplica un régimen jurídico que no es propio es estos (congresistas), y dicha aplicación se hace en detrimento de los derechos de este primer grupo.

Teniendo en cuenta lo anterior, observamos que el apartamiento del precedente judicial realizado por Colpensiones no está llamado a prosperar a la luz del test de igualdad.

Ahora bien, una vez analizados los elementos constitutivos del test de igualdad, es menester establecer cuál debe ser la intensidad del mismo en el caso de apartamiento del precedente judicial por parte de la administración.

Intensidad del test de igualdad: dependerá del análisis minucioso de cada caso en concreto.

Además de establecer unos elementos en virtud de los cuales debe ser decantada una medida sospechosa de vulnerar el principio de igualdad, la Corte Constitucional ha ideado un criterio de intensidad del mismo, comoquiera que en algunos casos de decantación en aras de hacer un juicio de igualdad puede ser leve, sin embargo habrán casos que por la calidad de los sujetos y de los derechos que de contera se puedan vulnerar debe realizarse forma estricta. Dichas intensidades serán estudiadas a continuación.

Con respecto a la intensidad del test de igualdad, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

"Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado a un caso sub judice, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios, como se da cuenta enseguida. La regla es la de que al ejercer el control de

37 Corte Constitucional, sentencia C-371 del 2000

constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario.

Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador y la "presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas"[38].

Lo anterior quiere decir que para que pueda realizarse un test leve[39] debe identificarse en primera instancia el fin y el medio que utiliza la administración para apartarse del precedente judicial.

En el caso que hemos venido analizando, identificamos como finalidad de la Administración ejercer su autonomía a partir del apartamiento del precedente judicial, es decir, y tal como se podría interpretar exegéticamente de la lectura del artículo 102 de la Ley 1437 del 2011 la administración tiene la potestad de apartarse del precedente proferido ya sea por el Consejo de Estado o de la Corte Constitucional siempre y cuando explique por qué se encuentra en desacuerdo con la interpretación realizada por la corporación que realizó la pieza jurisprudencial.

Dicha finalidad se realiza a partir del siguiente medio: como procedimiento para poderse apartar del precedente emitido por el Consejo de Estado, Colpensiones se acogerá al precedente proferido por la Corte constitucional.

Al realizar el análisis del medio inferimos que evidentemente la actuación de la Administración lesionó el principio de igualdad a los empleados públicos que se encontraban inmersos en el régimen jurídico prescrito por la Ley 33 de 1985.

Es una medida a todas luces desigual y caprichosa, comoquiera que al accionante que dio lugar a la sentencia unificada del 04 de agosto del 2010 -emitida por el Consejo de Estado- le fue reconocida la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y el IBL fue calculado teniendo en cuenta el último año de servicio.

Así las cosas no hay lugar a omitir la aplicación de dicha sentencia unificada, pues esta omisión llevaría a la vulneración del principio de igualdad de los demás empleados públicos que se encontraran en la misma condición fáctica y jurídica.

38 Ibídem.

39 En este punto señalamos que como se demostraraámás adelante el tipo de test que debe realizarse en el caso concreto es un test estricto por la naturaleza de los sujetos y la eventual vulneración de derechos que puede presentarse, sin embargo en aras de realizar un ejercicio pedagógico ilustraremos el test leve bajo los presupuestos de hecho del caso que hemos venido desarrollando.

Tal como se evidenció anteriormente, no se encuentra asidero jurídico para poder legitimar tanto la finalidad como el medio utilizado por Colpensiones para apartarse del precedente judicial, lo que nos lleva a la inferencia de que dicha medida es caprichosa y/o arbitraria. Recordemos que si bien la administración goza se discrecionalidad con respecto a las decisiones, dicha prerrogativa no puede interpretarse como arbitrariedad, es decir, las decisiones que adopte la administración deben decantarse ya se en virtud de un test de proporcionalidad, o como en el caso bajo estudio mediante un test de igualdad.

Con respecto a la finalidad del test leve de igualdad y sus resultados, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[40].

Una vez expuesto el test de igualdad leve y su aplicación al caso concreto, analizaremos la importancia del test estricto y la utilidad que pude presentar este en materia de apartamiento del precedente judicial.

El tribunal constitucional colombiano ha adoptado dos elementos importantes que deben evidenciarse en el momento de realizar un test de igualdad estricto, el primero hace alusión a los sujetos susceptibles al mismo, comoquiera que dicho test solo se realiza por virtud de un estado de indefensión emulable a las condiciones subjetivas expuestas en el artículo 13 de la Carta Política de Colombia[41]. Pero además la Corte Constitucional ha establecido que en el evento de que exista una vulneración a los derechos fundamentales con ocasión a dicho trato diferencial.

Al respecto, dicho tribunal ha precisado lo siguiente:

"Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha

40 Ibidem.

41 Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio".

En nuestro criterio, este debe ser el test que debe realizarse en el caso concreto, advertimos que para posteriores realizaciones del test de igualdad como mecanismo para modular el apartamiento del precedente judicial por parte de la Administración es necesario analizar el caso concreto.

Existen dos razones que nos pueden llevar a suponer que el test de igualdad estricto debe aplicarse para este caso, el primero está relacionado con el ámbito subjetivo, comoquiera que hablamos de una población vulnerable, que requiere de un tratamiento especial del Estado, las personas que han alcanzado los requisitos pensionales deben ser tratados de forma preferente por la Administración. Tal vez este elemento es el que ha causado mayor controversia entre los abogados litigantes con respecto al apartamiento del precedente del Consejo de Estado, pues la negación de la aplicación de los criterios establecidos en la sentencia unificada ya referenciada menoscaba sustancialmente el monto final de la pensión de los empleados públicos que se pudiesen acoger a la ley 33 de 1985, por tal motivo encontramos la necesidad de realizar un test estricto de igualdad.

Aunado a esto, es importante recalcar que con dicha medida diferenciadora (aplicación de la sentencia C-528 del 2013 por parte de colpensiones) se vulneran de contera derechos fundamentales. Recordemos que el derecho pensional ha tomado una connotación de derecho fundamental dado ya sea por su conexidad y proximidad con derechos fundamentales – desde el punto de vista literal- y el contenido *ius* fundamental del mismo desde un punto de vista material.

Dicha tesis ha sido expuesta por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso "remunerado" y "digno", fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la

productividad laboral se ha generado una notable disminución"[42].

Por tal motivo se cumple con la segunda exigencia prescrita por la Corte Constitucional para poder realizar el test de igualdad y esta es que se vulnere un derecho fundamental con ocasión del trato diferenciado.

Cuando nos encontramos ante un test estricto de igualdad es importante recalcar que no solo es necesario analizar el fin y el medio para llevar a cabo la medida, sino que en estos casos se exige además de la legitimidad del fin, que esté de imperiosa aplicación, es decir el único que pudiese utilizarse. La pregunta que debe realizarse en este punto el operador administrativo es ¿Puede existir otra medida menos lesiva del principio de igualdad? o esta es imperiosa, es decir ¿Totalmente necesaria e imposible de reemplazar?

Lo anterior tiene sustento en lo establecido en la sentencia C 015 del 2014:

"El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. [43]

¿Puede ser imperiosa la necesidad de la administración de apartarse del precedente proferido por el Consejo de Estado? ¿Estamos verdaderamente ante una necesidad indómita del Estado?

Al parecer la respuesta a estas preguntas es negativa. No deja de parecer caprichosa la medida asumida por colpensiones, pues con la misma se estaban menoscabando derechos fundamentales de la población pensionada perteneciente a la especie de empleados públicos so pretexto de hacer valer la autonomía de la Administración.

Empero si analizamos a profundidad, la finalidad de la Administración no obedece directamente a hacer valer su autonomía, sino a tomar la decisión que fiscalmente le resultare conveniente. En este punto nos remitiremos a las razones ya expresadas al comienzo del presente artículo (la Administración no puede asumir decisiones donde perjudique intereses particulares, con argumentos de interés general o mejor estatal).

Pareciere ser que el verdadero fin de la administración es aplicar austeridad en el desembolso de recursos públicos, para así materializar el principio constitucional de la sostenibilidad fiscal, sin embargo, como ya lo mencionamos en este mismo escrito es falso que la única forma de salvaguardar las finanzas

42 Corte Constitucional, Sentencia C 398 del 2013.

43 Corte Constitucional, Sentencia C 105 del 2014.

públicas sea el sacrificio de los derechos de los asociados; es más, dicha actuación esta proscrita por el mismo acto legislativo del 03 del 2011, comoquiera que en artículo 1° parágrafo advierte lo siguiente:

"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[44]".

De lo anterior podemos inferir que el apartamiento realizado por colpensiones no solo vulnera las exigencias previstas en el test estricto de igualdad, sino que también es violatorio de la misma Constitución Política de Colombia.

¿Puede existir una medida menos gravosa para el fin buscado por la Administración? La respuesta claramente es positiva, pues como lo hemos manifestado para poder tener finanzas sanas no es necesario trasgredir derechos fundamentales, existen otras medidas de austeridad imputables directamente a la entidad, como disminución de personal o precaución en asignaciones salariales de los empleados de dicha entidad, la cual en otrora ISS se centralizó su oficina de reconocimiento (Bogotá) y aumentó ostensiblemente los salarios de sus trabajadores, sin mencionar que la mayoría de sus oficinas funcionan en lugares exclusivos del norte de Bogotá.

Es hora de que la administración analice sus problemas desde un punto de vista estratégico y empresarial, más cercanos a la ciencia administrativa que a las decisiones arbitrarias y lesivas del derecho.

La sociedad y la economía han cambiado ostensiblemente y cada vez se espera de la Administración un rol mucho más competitivo y autosuficiente.

Este será el tema de la siguiente propuesta que se circunscribe al Estado regulador el cual por su complejidad y tecnicidad tendrá mayor posibilidad de apartarse del precedente judicial.

SEGUNDA PROPUESTA: CUANTO MÁS TÉCNICA SEA UNA CONTROVERSIA MAYOR ES LA POTESTAD DEL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Hasta el momento solo hemos abordado el tema del apartamiento del precedente judicial desde la óptica de una administración prestadora de servicios; sin embargo, es importante señalar que la administración posee varias dimensiones o actividades en virtud de las cuales el Estado desarrolla sus fines esenciales.

Desde el punto de vista histórico, superada la teoría del servicio público[45] la administración contempla

44 Constitución política de Colombia, Acto Legislativo 03 del 2011, por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal.

45 Cabe advertir que la teoría del servicio público justifica la existencia tanto de la legislación como de una jurisdicción especial

cómo los particulares empiezan a prestar estos servicios, motivo por el cual los mismos se empiezan a erigir en el plano de la competencia económica, ya que son varias las empresas particulares que asumen la prestación de estos servicios, por tal motivo la administración tiene que asumir un rol diferente.

La potestad de la administración en este punto se relaciona más con la regulación de las actividades económicas de los particulares prestadores de servicios públicos. Por otro lado, y teniendo en cuenta que las labores de la administración cada vez se tornan más complejas, habida cuenta de que nuestro entorno también tiende a tecnificarse, la administración asume un rol regulador con respecto a la toma de decisiones de carácter técnico, en aras de establecer relaciones más justas entre sectores económicos de gran complejidad; por ejemplo asuntos de hidrocarburos, minería, entre otros, en los cuales la aplicación del derecho en estricto sentido se ve limitada cada vez más, para dar cabida a criterios científicos acorde a las tecnologías aplicadas.

En términos del profesor Jaime Orlando Santofimio con respecto a la actividad reguladora de la administración: " se concreta esta actividad administrativa con la presencia de regulaciones por parte de organismos públicos o de autoridades expresamente habilitadas, al igual que en el ejercicio de la potestad reglamentaria; con la expedición de los actos administrativos de carácter general, la promulgación de ordenes directivas, circulares y demás disposiciones que impliquen, independientemente del nombre, que se le otorgue el establecimiento de normas o disposiciones de diversos contenidos determinantes de la conducta a seguir por los asociados o incluso por las autoridades públicas"[46] .

De esta forma, encontramos que el rol de la administración de la actividad enfocada al servicio público se ha visto complementada con una actividad de regulación de la administración; el elemento central de esta actividad reguladora como ya lo manifestamos es la tecnicidad de las decisiones. La actividad regulatoria de la administración se concreta en virtud del mandato constitucional consignado en el artículo 333 de la carta política de 1991, recordemos que dicha Constitución posee una influencia neoliberal en su parte orgánica, razón por la cual muchas de las instituciones nacientes en 1991 están relacionadas con ideas de esta índole.

En este punto es importante resaltar dos incisos del artículo 333 ya mencionado con el fin de entender cómo se incorporó la actividad regulatoria de la administración en Colombia.

---

de la administración a partir de la prestación del servicio público; es decir la administración está ideada para cumplir los fines esenciales del Estado a partir del servicio a los administrados, sin embargo posterior a la década los treinta, las críticas a la teoría del servicio público se hacen presentes, ya que la justificación de esta teoría se edifica en virtud de la exclusividad que tiene la administración para prestar el servicio público; sin embargo con el transcurrir del tiempo se empieza a observar como el particular empieza a prestar de servicios que antes se consideraban de carácter público"

46 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad externado de Colombia 2007, pág. 44

Tales incisos son:

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades"[47] .

A partir de este inciso, se evidencia que en Colombia se establece como derecho a) por un lado la libertad de empresa, la cual radica en la posibilidad que tiene el particular de iniciar una actividad económica, b) el derecho a la competencia económica, lo que quiere decir que no puede existir ninguna restricción por parte del Estado para que un particular ingrese en un sector empresarial a competir con las demás empresas existentes.

A este respecto, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

"La Corte ha sostenido que el artículo 333 reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa es la facultad "De las personas de "(…) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia…"[48] .

Por otro lado, otro inciso del artículo 333 que merece la pena ser analizado dispone:

"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"[49].

En esta disposición se evidencia de forma clara cómo el constituyente otorga la función reguladora al Estado con la finalidad de intervenir en las dinámicas económicas con la finalidad evitar que se presenten situaciones de abuso[50] de posición dominante entre los intervinientes en el mercado; es decir toda aquella conducta tendiente a desbordar los limites planteados por el Estado regulador.

La actividad reguladora de la administración se presenta con más ímpetu en el sistema jurídico, la mayoría de entidades administrativas han empezado a emitir actos de contenido particular, con el fin de realizar circulares ora que regulen agentes externos ora para auto regularse y plantear ciertos criterios

47 Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, articulo 333.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-197/12.

49 Ibidem.

50 *A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92 existe posición dominante cuando uno de sus oferentes, en razón de su grado de participación, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio. Ver sentencia C-228 del 2010.*

de interpretación. Con respecto al primer caso y como lo nombramos anteriormente, la administración se vale de criterios técnicos para establecer la regulación de los particulares. Dichos criterios técnicos como es natural limitan el espectro de aplicación del derecho en estas controversias, cada vez el juez de lo contencioso administrativo se convierte en un mero garante de los derechos y disposiciones procesales ante un proceso de esta naturaleza, pues la decisión final en estos casos depende mayoritariamente de las conclusiones a las que puedan llegar los expertos sobre dichos temas técnicos.

En el procedimiento administrativo, el abogado sustanciador o analista se encuentra muy lejos de poder motivar un acto administrativo que verse sobre una materia técnica, por tal motivo las decisiones que se tomen en sede administrativa dependerán i) de lineamientos técnicos preexistentes (circulares, resoluciones etc.) o ii) de criterios técnicos expuestos por funcionarios especialistas en la materia.

De lo anterior podemos concluir que las controversias surgidas con ocasión a la actividad reguladora de la administración, requieren de probanzas y razones más allá del ámbito jurídico, con lo cual la intensidad de inferencia del derecho en estricto sentido se ve limitada. Por tal motivo hemos querido exponer esta segunda propuesta para poder modular el apartamiento del precedente judicial por parte de la administración, la cual hemos decidido llamar: Cuanto más técnica una controversia mayor posibilidad existe de apartamiento del precedente judicial. Dicha propuesta nace de dos argumentos centrales, el primero que ya ha sido expuesto, el cual hace alusión a que la tecnicidad de las controversias hace que la injerencia del derecho sea menor. El segundo, si bien desde el punto de vista jurisprudencial, es importante señalar que el Consejo de Estado es el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo razón por la cual funge como órgano de cierre de las decisiones de dicha jurisdicción; aunado esto a lo establecido en la Ley 1437 del 2011, disposición en virtud de la cual se le dio gran protagonismo a la jurisprudencia, y en especial a la figura bajo estudio – extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado-. En el caso concreto nos encontramos ante decisiones judiciales unificadas, de obligatorio cumplimiento, pero que pueden ser contrariadas por un acto de contenido general en virtud del cual se establezcan especificaciones técnicas que se escapan del simple debate jurídico.

Haciendo una remembranza de un debate de antaño, traemos a colación el tema de discrecionalidad administrativa, tratado brevemente en la propuesta segunda, recordemos que fueron varios los doctrinantes del derecho (ver Presuti, Camelo, Gianinni, Alessi) que asociaron el tema de la tecnicidad de las decisiones administrativas con el concepto de discrecionalidad. Primero que todo resaltamos que dicha discusión no es nueva, supera en varios lustros a la gesta de la figura del Estado regulador, pues desde 1930 este tema se ha venido analizando.

¿Puede entonces hablarse de una “discrecionalidad técnica” en el evento de que la las autoridades públicas tengan que tomar una decisión en virtud de conceptos técnicos? En los albores de dicha discusión, la tesis fue muy radical un poco relacionada con nuestra propuesta, pero implacable y determinada, esto, ya que la doctrina concluyó que a una decisión tomada por la administración a partir de elementos técnicos, científicos, artísticos, no podría ser controvertida por un juez. La consecuencia

del reconocimient "de esa discrecionalidad técnica" será la imposibilidad de su impugnación en vía judicial, dada la existencia de tribunales técnicamente competentes para acometer el control, por lo cual quedaría equiparada en sus efectos a la "discrecionalidad pura". Por entonces era un despropósito concebir un control judicial para una decisión que se salía de la esfera jurídica y que se enmarcaba dentro de un concepto de discrecionalidad.

Sin embargo, más adelante Giannini hace un análisis de esta presunta discrecionalidad e infiere lo siguiente: no podemos hablar de discrecionalidad administrativa, pues como es bien sabido para que esta exista un escenario en el cual el operador administrativo se encuentre entre varias posibilidades de decisión, teniendo entonces que ponderar cuál es la mejor para proteger el interés general de los administrados.

En la "discrecionalidad técnica" no nos encontramos ante varias decisiones posibles, sino ante una fuente distinta en virtud de la cual se va a tomar la decisión; es decir, en estos casos existe una controversia que debe ser decidida a partir de argumentos que van más allá de lo jurídico, sin embargo no se habla de un *vademécum* de posibilidades ni es una ponderación de las opciones existentes.

De tal forma se demuestra que la discrecionalidad técnica como tal no existe, sin embargo, dicho debate nos deja una conclusión muy clara: la administración ante una decisión técnica (es decir donde tenga que buscar una solución basada en aspectos fuera de lo jurídicos) encuentra una mayor autonomía. Esto máxime si tenemos en cuenta que con la liberalización de los servicios públicos, han nacido muchas entidades tendientes al manejo de aspectos relacionados con las dinámicas económicas y con los insumos y productos de ciertos mercados muy específicos, la tecnicidad de la administración le ha permitido generar pronunciamientos para dar claridad a estos temas técnicos.

Si bien el sistema de fuentes establecido en el artículo 230 de la carta política de Colombia da un lugar privilegiado a la ley, es importante resaltar que cada vez más toma protagonismo las resoluciones, circulares y demás actos emitidos por la administración; muchas veces las leyes tienen un contenido demasiado precario con respecto al tema en virtud del cual se promulgan, por tal motivo hay que remitirse a lo establecido por las resoluciones o la circulares emitidas por las autoridades públicas. En algunos casos hay que remitirse a las normas técnicas ICONTEC, las cuales si bien no son de obligatorio cumplimiento son acatadas cada vez por los administrados.[51] Esto no quiere decir que el sistema de fuentes del derecho se haya modificado pero si demuestra la influencia – y la necesidad- de la utilización de estos actos administrativos de contenido particular.

Así las cosas, y saliendo un poco de la órbita de la discrecionalidad técnica concluimos que con respecto

51 Esto ha sido denominado como "soft law" o derecho blando.

al apartamiento del precedente judicial por parte de la administración en casos de solicitud de extensión de jurisprudencia, el margen de acción de la administración que ejerce la actividad reguladora para el apartamiento de las sentencias unificadas tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado es mucho mayor que en los casos en los que la administración actúa como un simple prestador de servicios.

La regulación da la posibilidad a la autoridad pública de separarse del precedente con la simple motivación y argumentación de su decisión, pero dichas razones deben obedecer simplemente a criterios técnicos, los cuales i) o están consignados en circulares de naturaleza técnica o ii) son argumentadas a partir de razonamientos propios de la materia regulatoria.

Para finalizar, acotamos que para que esta propuesta se materialice de forma idónea debe respetarse la regla expuesta al comienzo del presente artículo, lo que quiere decir que la decisión debe tomarse según el rol propio de la administración (interés general- interés particular) con la finalidad de evitar motivaciones lesivas de derechos y libertades individuales.

CONCLUSIÓN: EN ESTE, EL "SIGLO DE LOS JUECES", ESTOS SON LOS LLAMADOS A DEFENDER EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU EVENTUAL APARTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.

Más allá de unas simples disertaciones jurídicas que posiblemente no tengan gran repercusión en la autonomía de la Administración, la invitación es directamente a nuestros jueces de lo contencioso administrativo y en especial del Consejo de Estado, que tendrá a su vez que entrar a modular el apartamiento de la Administración con respecto a los pronunciamientos unificados de esta misma corporación.

Como lo hemos referenciado también, al momento solo han sido extendídas tres sentencias unificadas[52] del Consejo de Estado; dos de ella tratan el mismo tema (asignación de retiro fuerzas militares), es decir de dos materias que se ha realizado extensión de efectos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en una de ella se ha presentado oposición o apartamiento del precedente judicial de las entidades de la administración.

52 Sección segunda, sentencia de unificación del 17 de mayo del 2017 de la sala plena Radicado 8464-2005 (referente al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas públicas con base en el índice de precios del consumidor, por la no aplicación del IPC para el reajuste de dichas prestaciones/ Sección segunda subsección "A" sentencia unificada del 24 de octubre del 2012, expediente: 1081-11. (referente al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas públicas con base en el índice de precios del consumidor, por la no aplicación del IPC para el reajuste de dichas prestaciones)/ Sección segunda, sentencia unificada del 04 de agosto del 2010, expediente 2006075091, (sentencia en la cual se ordena la reliquidación de pensiones de ley 33 de 1985 con todos y cada uno de los factores salariales para efectos del cálculo del monto, adicional que el ingreso base de liquidación (IBL) debe efectuarse teniendo en cuenta el último año de servicio del empleado público).

Así las cosas la pregunta es: ¿Con la incipiente aplicación de la figura de la extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado (dos sentencias), el apartamiento de las SU por parte de la administración se ha realizado de forma excepcional?

Cuantitativamente el 50% de las sentencias extendidas ha sufrido apartamiento por parte de la Administración, situación que nos lleva a pensar que de ninguna manera la administración ha asumido como excepcional el apartamiento del precedente judicial.

Retomando la afirmación expuesta en las presentes conclusiones imputamos la carga de la modulación de la facultad de apartamiento a los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de lo contencioso administrativo, pues es a partir de la jurisprudencia que puede llegar a reglarse y a delimitarse el apartamiento de las sentencias de unificación, esto con la finalidad de evitar que caiga en desuso la institución de la extensión de jurisprudencia.

En este, el siglo de los jueces, las providencias se resuelven de forma más expeditiva problemas de derecho objetivo de la misma ley. La actividad legislativa se ha presentado mucho más tardía y a veces omisiva (véase los casos en los cuales la Corte Constitucional a partir de sentencias estructurales ha tenido que replantear instituciones jurídicas que el poder legislativo ha dejado a un lado de su agenda por conveniencias políticas y de popularidad). Así, pues, son los jueces del siglo XXI los llamados a realizar dicha labor.

Desde la academia esperamos que esta simple disertación pueda ser el punto de partida para la delimitación de la autonomía de la administración con respecto al precedente judicial. Al igual que muchas instituciones jurídicas, el futuro de esta (extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado) está en manos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, de los queesperamos cada vez un rol más activo en la defensa de derechos fundamentales.

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5212

LA ACCIÓN DE TUTELA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y PROBATORIO COLOMBIANO[1]

Fernando Luna Salas[2]
Abraham Zamir Bechara Llanos[3]

RESUMEN

El presente artículo de reflexión tiene como objetivo mostrar los elementos fundantes e integrantes del derecho procesal constitucional colombiano, algunos de ellos responden específicamente al derecho probatorio, y otros se integran en el concepto amplio de constitucionalismo. Para ello,

1 El presente artículo de reflexión es derivado de la investigación que lleva por título "LA ACCIÓN DE TUTELA DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y PROBATORIO COLOMBIANO". En el artículo en mención los autores actuaron en calidad de investigadores, y el mismo fue financiado por recursos propios dentro del Semillero de Investigación "Ciencia y Proceso", el cual está vinculado al grupo de investigación "Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Igualmente se enmarca en un proyecto de cooperación interinstitucional con la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR-y el Grupo de Investigación GISCER: inscrito en el proyecto. *DERECHOS FUNDAMENTALES Y REGIÓN CARIBE: UN MODELO DE REGIONALIZACIÓN JURÍDICA*. financiado por CECAR.

2 Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Profesor Investigador de las cátedras de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo y Director del semillero de investigación Ciencia y Proceso. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP) y de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (ACDPC). Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4574-6335. E-mail: flunas@unicartagena.edu.co

3 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. España. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Profesor investigador, tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe. CECAR. Sincelejo, Colombia. Orcid 0000-0002-6571-9804. E-mail: abraham.becharall@cecar.edu.co

desarrollaremos específicamente cinco tópicos fundamentales. La estructuración metodológica del mismo, responderá dentro de la metodología jurídica pura o básica, en el alcance de las tesis, postulados, fundamentos e hipótesis a partir del análisis empírico de la jurisprudencia constitucional colombiano, así como jurisprudencia comparada. Como conclusiones parciales evidenciamos, que los jueces en sentido general y los de tutela de forma particular, no estructuran sus decisiones judiciales a partir de un derecho procesal constitucional, y probatorio constitucional, sino, dependiendo de la jurisdicción y el régimen a aplicar, seguirán los elementos de prueba exclusivos de los procedimientos ordinarios vigentes en la legislación colombiana.

Palabras clave; Derecho procesal constitucional, constitucionalismo, derecho constitucional, derecho probatorio, acción de tutela.

ABSTRAC

This reflection article responds to the central objective of showing the foundational and integral elements of Colombian constitutional procedural law, some of them respond specifically to probative law, and others are integrated into the broad concept of constitutionalism. Its methodological structuring will respond within the pure or basic legal methodology, within the scope of the thesis, postulates, foundations and hypotheses based on the empirical analysis of Colombian constitutional jurisprudence, as well as comparative jurisprudence. As partial conclusions we show that the judges in general and those of guardianship in particular, do not structure their judicial decisions based on a constitutional procedural right, and constitutional probation, but, depending on the jurisdiction and the regime to apply, will follow elements of evidence exclusive to the ordinary procedures in force in Colombian legislation.

Key words: Constitutional procedural law, constitutionalism, constitutional law, probative law, action of protection.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el derecho Colombiano entró en la llamada *"constitucionalización del derecho",* por dos razones fundamentales, la primera de ellas es que la Carta del 91 supedita todas las actuaciones tanto de particulares como de servidores públicos a ella (Art. 4º C.N), con lo cual cambia la concepción de la constitución como discurso constitucional que más parecía una poesía; por una concepción de "norma jurídica" de aplicación inmediata y directa.

La otra razón esencial consistió en entregar la soberanía al pueblo y como consecuencia de ello ofrecerles herramientas a los colombianos para defender sus derechos por vías eficaces, como lo son, la acción de tutela (Art. 86 C.N) o la acción popular (Art. 88 C.N). Este proceso que ya se venía dando a nivel mundial, con las tesis de controles constitucionales a las normas y actuaciones del estado, que en estricto sentido puede decirse nacen con la histórica decisión del famoso juez John Marshall en el caso *"Marbury Vs Madison"* en los Estados Unidos de América (U.S.A), en donde combinado el poder judicial que la constitución le reconocía a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en su Art III con la cláusula de supremacía del Art.VI de la misma constitución, creó lo que se conoce como *"judicial review"* o precedente judicial; y posteriormente con las consideraciones del jurista austriaco Hans Kelsen, en sus recomendaciones a la constitución de ese país, en 1920.

> Ahora bien:
>
> La elaboración del nomen juris DPC se debe a la agudeza intelectual del notable procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien en 1947 advirtió la ampliación del ámbito de influencia del proceso y de la ciencia procesal hacia espacios nuevos e inusitados, y bajo la premisa de avanzar una tipología de los procesos jurisdiccionales con base en la naturaleza del litigio, estableció por primera vez la existencia de un DPC. El uso de la denominación apuntada llevaba implícita una decisión de orden metodológico tendiente a ubicar el estudio científico de los mecanismos de tutela constitucional de la órbita del derecho procesal. El pensamiento de Alcalá-Zamora fue rápidamente atendido por el maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien corresponde el mérito de haber establecido la primera aproximación al concepto de Derecho Procesal Constitucional.
>
> Sobre la base de las aportaciones de Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio, hoy en día, buena parte de la doctrina coincide en que el DPC cuenta con referentes temporales, espaciales, normativos y personales bien delimitados. Hay consenso en que la disciplina nace en 1920, en Austria, en su ley fundamental, gracias a su principal impulsor: Hans Kelsen. (Astudillo, 2007).

Para el Profesor NESTOR PEDRO SAGUES, "el lanzamiento de Cortes y Salas Constitucionales", constituyen una razón del éxito del procedimiento constitucional, y un origen por así decirlo del mismo; al expresar que:

> […] al comenzar el siglo XXI, compartiendo o no el control de constitucionalidad con los restantes tribunales típicamente judiciales, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, Bolivia y Chile, junto con Nicaragua y poco después Honduras, aceptaban la idea de programar una judicatura especializada en lo constitucional, muchas veces con la facultad de abolir a la ley declarada inconstitucional.
>
> Por supuesto, en estos casos resultó indiscutible la necesidad de diseñar procesos constitucionales específicos para litigar ante tales salas o cortes constitucionales, generándose de tal modo, de vez en cuando, verdaderos códigos de derecho procesal constitucional, aunque no siempre se los denomine así (Costa Rica, v. gr., llama a su ley 7135, de jurisdicción constitucional). Esto importó avalar la autonomía legislativa del derecho procesal constitucional. (Sagües, 2004, p.183).

1. ACERCAMIENTO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Entendemos entonces que el derecho procesal constitucional nace en dos sentidos, el primero con la Constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y sobre todo y como consecuencia de lo anterior, como resultado de la interpretación que de la Constitución haga la respectiva Corte, Sala o Tribunal autorizado por la misma Carta de derechos. De tal suerte, que es forzoso concluir que el derecho procesal constitucional depende directamente del órgano interprete de la Constitución. "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido de suma importancia para el desarrollo de los postulados de la Constitución Política de 1991". (Bechara, 2017, p. 16).

Tal vez, la mejor definición que se ha creado del derecho procesal constitucional es la del Dr. Cesar Astudillo, quien lo define como:

> Un sistema unitario de normas de status constitucional, dirigido a la determinación de las categorías jurídicas elementales a través de las cuales se tutela la Constitución, cuyo empleo exclusivo por el máximo órgano de garantía constitucional posibilita que la norma fundamental se traduzca en parámetro concreto de enjuiciamiento para la resolución de las controversias surgidas del propio entorno constitucional. (Astudillo, 2007).

Podemos entonces definir al derecho procesal constitucional, como el conjunto de instituciones creadas por el intérprete de la Constitución en su misma jurisprudencia[4], para ejecutar los derechos

4 Frente al concepto de jurisprudencia y su función judicial en los modernos Estados constitucionales, ver: Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales.* Editorial Universidad del Norte & Universidad Externado de Colombia. Barranquilla, Bogotá. Colombia. Molinares, V. & Bechara, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho.* N°. 48. pp. 163-188.

consagrados en la carta fundamental, así la teoría general del proceso sufre una transformación cualitativa, ya que el objeto no serán las instituciones plasmadas en los tradicionales códigos y leyes, y que tenía como consecuencia la definición clásica del derecho procesal según el cual, es derecho procesal ese mediante el cual se materializa el derecho sustancial. Por el contrario el derecho procesal constitucional, tiene por objeto las acciones constitucionales, o mejor la constitución misma, ya que en realidad las acciones que le permiten a los ciudadanos una mayor participación en su relación con el estado, constituyen derechos en el concepto de estado consagrado en el Art 1º de la Constitución. (Tirado y Luna, 2015, p. 25-26)

Debe aclararse en este punto que aunque la mayoría de las acciones llamadas constitucionales, no son creación de la carta del 91, ya que estas estaban plasmadas en la legislación o en la misma constitución, carecían de un carácter práctico que les permitiera a los ciudadanos un verdadero ejercicio de sus derechos, es esta una de las principales características y diferencias del estado social y democrático de derecho y del estado liberal de derecho que venía manejando Colombia antes de la carta del 91; en este sentido Diego López Medina dirá que:

> […] dentro del concepto tradicional de "Estado de derecho", los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes. La constitución se expresaba en la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Los niveles de constitucionalización del conflicto común eran, por tanto, muy bajos. (López Medina, 2002).

En este sentido, la tesis de Peter Häberle, por la cual el derecho procesal constitucional es derecho constitucional "concretizado" cobra gran sentido, dejando de lado las tendencias latinoamericanas de ubicar el derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal, o más bien de la teoría general del proceso. Según Peter Häberle: "El derecho procesal constitucional significa en dos sentidos la concretización de la constitución. De un lado, es por sí mismo un derecho procesal concretizado y por otro, le sirve al TFCA a concretizar la constitución.". (Häberle, 2004, p. 25)

Por otro lado la tesis latinoamericana la resume el Dr. Domingo García Belaunde, explicando que:

> […] la jurisdicción Constitucional debe, en rigor, culminar en un derecho procesal constitucional, y que este último es una rama del derecho procesal, y en consecuencia, no es autónomo, por lo menos en sentido pleno, sino dependiente del derecho procesal, y más en concreto, de la teoría del proceso. (García, 2004).

Tesis esta que para nosotros es producto de la mala manía de los juristas de hacer del derecho una ciencia, cuando en realidad un enfoque actual nos llevaría a conclusiones totalmente opuestas, sin necesidad de entrar en una crisis existencial por llegar a la forzosa conclusión de que el derecho no es ciencia, o por lo menos no encuadra en el concepto de ciencia de la modernidad. Sobre esto vale la pena traer a colación la conclusión en su primera tesis, del Dr. Astudillo (2007) en la que explica que:

> […] es notorio que existen dos formas de aproximación claramente definidas en el DPC: la primera como "disciplina científica", y la segunda como "sistema normativo". Una implica un posicionamiento que puede denominarse "teórico-abstracto" en virtud de que enlaza el "referente positivo" (normas) con el "referente científico" (doctrinas) a fin de demostrar la existencia de bases científicas sólidas para conformar una nueva disciplina dentro del ámbito de la ciencia jurídica. La otra supone una aproximación "concreto-positiva" que atiende solamente al "referente positivo" y lo vincula a un "objeto específico" (la tutela constitucional), con la intención de profundizar en su concreto modo de ser y de representase.

Siguiendo la línea de Häberle, ubicar al derecho procesal constitucional como una rama dependiente de la teoría del proceso, resulta paradójico, pues este es el resultado de la interpretación constitucional, y no son meros procedimientos o reglas a seguir en las acciones constitucionales; de tal manera que:

> [E]s mucho más importante la preparación de la judicatura para el derecho procesal constitucional que la "imaginación del legislador" respecto al alcance de la jurisdiccionalidad constitucional según la Constitución, que carece de modelo a seguir, ya que no puede prever todas las posibilidades que se dan en este ámbito (E 2, 79, [84]). Por este motivo, las normas referentes al procedimiento de la constitución y a las leyes de TFCA deben contener "necesariamente vacíos" y corresponde al TFCA desarrollar normas legales para su procedimiento, a partir de los lineamientos básicos señalados en la constitución y en las leyes de TFCA. (Häberle, 2004).

Vemos entonces como el problema se resuelve entendiendo que el derecho procesal constitucional, es necesariamente resultado de una interpretación del órgano autorizado por la misma constitución; es así como en el caso colombiano ha sido la Corte constitucional quien a través de sus providencias crea el derecho procesal constitucional. Ahora bien, en este punto debemos distinguir dos aspectos fundamentales; el primero en cuanto a la distinción entre trámites constitucionales, tales como la escogencia de las tutelas a revisión, y los procesos constitucionales, como es la revisión como tal de la tutela; y el segundo aspecto aunado a este, es que si bien, el derecho procesal constitucional se vale de figuras de la teoría del proceso, tales como la acumulación, reglas de competencia y reparto, legitimación en la causa, agencia oficiosa y muchas más, no implica esto, que el derecho procesal constitucional sea una rama del derecho procesal, toda vez que todas estas figuras al ser interpretadas a la luz de la constitución, sufren un cambio cualitativo, ya que como hemos dicho, varía el objeto de dichas figuras, por lo tanto hacen parte del derecho constitucional *"concretizado"* para usar la terminología de Häberle.

2. LA ACCIÓN DE TUTELA O RECURSO DE AMPARO

Es el instrumento jurídico por el cual todos los colombianos pueden proteger sus derechos fundamentales, el Art 86 de la C.N, establece que:

> Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
>
> La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
>
> Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
>
> La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Constitución Política, art 86, 1991)

Este es el fundamento constitucional de la acción de tutela, y es consecuencia de la aplicación de la constitución como norma jurídica, por tanto la acción de tutela es la acción de protección y aplicación de derechos fundamentales por excelencia.

Las definiciones de la acción de tutela, han sido muy variadas, pues todos los constitucionalistas nacionales y extranjeros desarrollan una propia, sin embargo todos tienen como idea central que la acción de tutela es un trámite más o menos informal para la protección y aplicación de la acción de tutela, esta idea es la que maneja el Art. 86 de la C.N., cuando hace referencia a "un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales"; con todo la mejor definición para los fines de este trabajo, es la que construyó la Corte Constitucional desde su primera sentencia de tutela, en ella se dijo que:

> La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna

> resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. (Corte Constitucional, T-001, 1992).

A partir de esta definición podemos concluir las características principales de la acción de tutela. Tenemos entonces que:

- En cuanto al objeto, la acción de tutela recae sobre los derechos fundamentales; o mejor sobre el catálogo de derechos que conforme a las características dadas por la corte constitucional, son de aplicación inmediata. Así, ha dicho la corte constitucional que:

  > Mientras el tema de los derechos fundamentales no sea interpretado bajo una perspectiva constitucional, la acción de tutela se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección y dejará de cumplir por lo menos uno de sus propósitos esenciales: el de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico colombiano y, de esta manera, hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las personas. Es necesario que los jueces y tribunales tomen conciencia de que cuando se plantea la violación de un derecho fundamental por medio de una acción de tutela, el parámetro esencial e inmediato de interpretación es el texto constitucional y no la legislación ordinaria vigente. (Corte Constitucional, T-525, 1992).
  >
  > De otra parte, la acción de tutela se convierte por su objeto en el estado social de derecho en una garantía a los asociados y en un límite al poder del estado en lo legislativo y actuaciones administrativas; por tanto la acción de tutela se traduce en la acción constitucional por excelencia.

- La acción de tutela es de carácter residual, característica que está contenida en el Art. 86 de C.N., cuando dice que: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", y sobre esto solo debemos precisar que el tema del perjuicio irremediable ha sido objeto de gran desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sobre este se profundizará al desarrollar la procedencia de la acción de tutela. Sin embargo, es importante señalar, que el carácter residual de acción de tutela, constituye una garantía a la seguridad jurídica del estado, ya que no puede ésta reemplazar sino en los casos expresamente señalados, a la jurisdicción que ordinariamente debería conocer del asunto, aspecto este que parece no haber sido comprendido por un gran número de personas que hacen uso indiscriminado de ésta, desconociendo al juez natural para conocer del asunto problemático, desnaturalizando así a la acción de tutela.

- La tercera gran característica, es la inmediatez de la acción de tutela, por cuanto es un procedimiento *"preferente y sumario"*. Preferente porque cuando se presenta ante un despacho

judicial, el juez debe darle prioridad a la acción constitucional, por encima de cualquier otro trámite, audiencia o asunto, al interior de cualquier proceso; y es sumario, ya que por mandato expreso de la Corte Constitucional, *"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución",* así las cosas, el A-053 de 2002, expresó:

> La Constitución Política creó la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales para dotar a las personas de un mecanismo expedito que posee las siguientes características: Subsidiario, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Inmediato, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar. Sencillo, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio. Específico, porque se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y por último, es Eficaz, porque siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo bien para conceder o bien para negar lo solicitado. Estas condiciones se concretan en la definición de un trámite preferente y sumario. (Corte Constitucional, A-053, 2002).

3. RÉGIMEN PROBATORIO

La prueba es la vértebra del proceso, ya lo expresaba Jeremías Bentham: *"el arte del proceso consiste esencialmente en el arte de suministrar la prueba".*

Bien conocemos aquel tradicional apotegma que dice: *"vale tanto no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo".*

Debemos admitir que la prueba es determinante para que puedan ejercerse y reconocerse los derechos sustanciales a través de un proceso, sin ella el estado no puede ejercer su función jurisdiccional de administrar justicia.

El material con el que se trabaja y experimenta en el proceso son los hechos, y estos para que puedan estar debidamente reconocidos, deben estar plenamente probados dentro del plenario.

Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos, por consiguiente, la decisión judicial debe estar siempre amparada en las pruebas debida y oportunamente allegadas al proceso, nunca en el conocimiento privado del juez.

El derecho probatorio es común a todas las áreas del derecho, es transversal, y podemos decir que es la ciencia que estudia las normas jurídicas que regulan las pruebas. Pero es sabido que para el derecho, en el tiempo, fue primero la prueba que el derecho probatorio.

La prueba surge a partir de un conjunto de prácticas primitivas en el mundo antiguo, prácticas que estaban encaminadas a comprobar o "poner a prueba" a los sujetos protagonistas del conflicto. A contrario sensu,

el derecho probatorio como disciplina nace paralelamente con el derecho procesal que tiene su primer germen en el año 1.215 con la Carta Magna y el debido proceso (Taruffo, 2010), que se consolida para el mundo occidental en el siglo XIX con la adopción de la dogmática procesal. "El debido proceso en un primer plano axiológico frente a su protección constitucional, permite desarrollar la teoría que considera la garantía del debido proceso como verdadero derecho fundamental". (Bechara, 2015, p. 90).

Ferrer (2005: 31) manifiesta que la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por consiguiente, este mismo doctrinante comenta que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido (Ferrer Beltrán, 2006: 19).

Taruffo (2005: 24) plantea que la prueba no es un mero instrumento retórico, sino epistémico. Por tal razón con la prueba se debe buscar reconstruir los hechos del proceso y poder llegar a la verdad sobre los mismos. De acuerdo a Gascón (2006: 41-42) la prueba identifica los trámites o actividades que se tiendan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión.

Así que prueba es todo lo que sirva para darnos certeza, para conocer un hecho, para convencernos de la realidad, es el medio a través del cual se adquiere en el proceso la información requerida o necesaria para determinar la verdad de las proposiciones planteadas por cada una de las partes, son las razones o motivos que sirven para llevarle al juez convicción en relación con los hechos objeto de probanza, es la herramienta primordial que le aporta al juez los elementos de conocimiento y le permite la confirmación de los hechos.

4. EL DERECHO A LA PRUEBA

El profesor Rivera Morales (2012) manifiesta que:

El derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho. (p. 219)

De igual forma, nuestra Corte Constitucional en diversas sentencias ha consagrado que:

> […] el juez tiene cinco insumos para garantizarle al proceso el derecho a la prueba. En otros términos, el juez tiene cinco alternativas a las cuales acudir para encontrar el sustento de los hechos que se le presentan y sobre los cuales debe definir la pretensión de las partes o de los intervinientes en el proceso. Estos insumos son: a) la carga de la prueba, b) la inversión de la carga de la prueba, c) la prueba de oficio, d) la carga dinámica de la prueba y e) la medida cautelar probatoria.

> […] El derecho fundamental a la prueba, esta jurisprudencia la ha identificado como: a) la certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez, b) el derecho a interrogar, c) el derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, d) la controversia probatoria, e) el juzgar imparcialmente el valor de su convicción, f) el derecho de defensa, g) uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, h) el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, i) la búsqueda de la verdad y la justicia, y j) la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita.
>
> […] A partir de este contexto, se destacan dos consecuencias angulares del derecho: primera, la justicia constitucional teniendo como fuente la Constitución, señaló que el derecho a la prueba "lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) la proposición o requerimiento de la prueba; (ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica. (Corte Constitucional, T-555; T-589, 1999).

Nótese que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial (Corte Constitucional, 2006). Y cuando la administración de justicia no garantiza la búsqueda para la verificación, confirmación, ratificación y sinónimos sobre la ocurrencia de los hechos que se alegan y resisten, se vulnera el derecho a la prueba, así como cuando el juez emplea cualquiera de los insumos referidos y ausculta en la búsqueda del medio de prueba, garantiza el derecho a la prueba. (Meza y Castellanos, 2016, pág. 574).

Con base en lo planteado por Luna (2018, p. 121) lo relevante es que las partes dentro de un proceso, tienen derecho a demostrar la verdad de sus proposiciones afirmativas o negativas en los que fundan sus pretensiones. En palabras de Ferrer (2007), el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica.

5. LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela posee un procedimiento sui generis, sobre todo por los términos que se manejan, que son perentorios y breves, situación ésta que otorga características particulares a la etapa probatoria. El Decreto 2591 de 1991 trae consigo varios apartes donde hace alusión al tema de prueba dentro de esta acción constitucional, encontramos:

> Art. 18. "El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho".
>
> Art. 19. Informes. "El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez, acarreará responsabilidad".
>
> El plazo para informar será de uno a tres días y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.
>
> Los informes se consideran rendidos bajo juramento".
>
> Art. 20. Presunción de Veracidad. "Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrá por cierto los hechos y, se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria, otra averiguación previa".
>
> Art. 21. Información Adicional. "Si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de los tres días, con las pruebas que sean indispensables.
>
> Si fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente.
>
> En todo caso el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela".
>
> Art. 22. Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto a la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.
>
> Art. 23. Pruebas en Segunda Instancia. " ... El juez de oficio o a petición de parte podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes a la recepción del expediente […]. (Presidencia de la Republica, Decreto 2591, 1991)

Según Luna (2019) el juez debe resolver:

> *Secundum allegata,* donde la secuencia reconstructiva que se elabora acerca de los hechos se fundamenta en el material probatorio aportado en gran medida por las partes y la relación fáctica que estas hacen sobre ello – que entre otras cosas sus aportes están contaminados de un interés netamente personal, pudiendo o no desviar el método para alcanzar la verdad – las

> audiencias, la practicas de aquellas pruebas y las alegaciones donde mucho tiene que ver la técnica de defensa. A lo anterior se suma que este proceso –método jurídico para alcanzar la verdad- debe cumplir con parámetros establecidos por la ley, como lo son los requisitos de admisibilidad de la prueba. Por consiguiente el juez toma una decisión conforme a pruebas debidamente aportadas o solicitadas por la partes y posteriormente sometidas a contradicción en el proceso. (p. 44).

En relación con el principio de la carga de la prueba subjetiva en materia de acciones constitucionales implica, que aquel que presenta este mecanismo de defensa judicial por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales o cualquier otro derecho de segunda o tercera generación, tiene el deber de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica de probar lo alegado. “La apreciación del derecho de defensa y contradicción de las partes, los principios procesales, el de inmediación y concentración le permiten al juez equilibrar las cargas a la hora de establecer la verdad procesal”. (Carrillo & Bechara, 2019, p. 231).

En relación con ello, la Corte Constitucional ha manifestado:

> El artículo 22 del mencionado decreto, "el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes. (Corte Constitucional, T-298, 1993).

De igual forma, esa misma corporación en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto:

> Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación. (Corte Constitucional, T-835, 2000).

Lo anterior se interpreta en el sentido de que no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del derecho amenazado o violado, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez tener una gran probabilidad de certeza de las circunstancias fácticas presentadas.

De igual forma se desprende que, en situaciones muy particulares de especial indefensión del accionante, se debe invertir la carga de la prueba a favor del peticionario, o en palabras más acordes a los tiempos doctrinales y jurisprudenciales de hoy día, existirá el deber de aportación de la prueba a nombre de la parte contraria, es decir, que basta con que el peticionario realice una afirmación, teniendo el accionado el deber de desvirtuarla probatoriamente. Un ejemplo de ello se da en los casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, donde se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante.

> En sentencia T- 327 de 2001 se estimó lo siguiente:
>
> Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado. (Corte Constitucional, T-327, 2001).

Otro ejemplo lo podemos encontrar en materia de salud, con relación a la capacidad de pago de quien demanda el suministro de un medicamento excluido del POS. La Corte en sentencia T-1066 de 2006 consideró lo siguiente:

> En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél. (Corte Constitucional, T-1066, 2006).

El carácter informal que ostenta la acción de tutela es una de sus características, sin embargo, se hace necesario que los jueces constitucionales corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho transgredido. Por tal razón, sería contrario a derecho y a las reglas probatorias, que los jueces concedan una acción constitucional, en específico por ejemplo, una acción de tutela, si en el proceso no existe prueba de la violación o amenaza del derecho fundamental.

Se reitera, aquella característica de la informalidad que encontramos en el amparo constitucional, no es sinónimo de que el juez pueda omitir su deber de cerciorarse o verificar la veracidad de las proposiciones fácticas que fueron presentados por las partes. En relación con ello, la Corte Constitucional en 2015 manifestó:

> No puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un

> derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. (Corte Constitucional, T-571, 2015).
>
> De igual forma la sentencia T-131 de 2007 estableció que en:
>
> Sede de tutela generalmente la carga de la prueba incumbe al accionante. La persona que pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos que sustentan sus pretensiones y llevar al juez a tomar una decisión con certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado.

Ahora bien, no podemos olvidar ni dejar de lado en lo que respecta a las acciones constitucionales, sobre todo a la acción de tutela y Habeas Corpus, que estamos frente a unas acciones de raigambre constitucional, donde lo que está en juego son derechos fundamentales, y si bien es cierto que lo que se ha planteado hasta ahora es, que el *onus probandi* le corresponde al accionante en una primera medida y de manera excepcional al accionado, también hay que plantear y hacer mención, en las facultades oficiosas de los jueces para decretar pruebas, con el fin de tener una mejor convicción y certeza en su decisión. La sentencia T-864 de la Corte Constitucional afirmó que "la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida en que sus decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado". (Corte Constitucional, T-864, 1999) De igual forma, en la sentencia T-498 de 2000, la Corte señaló que:

> En casos de tutela, el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la Norma Superior. (Corte Constitucional, T-498, 2000).

Entendamos que los administradores de justicia, en pro de salvaguardar los derechos fundamentales y de obtener suficientes elementos de juicio para resolver las pretensiones de una manera justa y acertada, tienen el deber de decretar y practicar pruebas oficiosamente. Sería impensable por ejemplo, que un juez de tutela se niegue y por ende, no proteja los derechos fundamentales incoados, bajo el entendido de que el accionante encontrándose en un estado de indefensión, o de imposibilidad material de recaudar medios de prueba, no los haya aportado al proceso. Es precisamente ésta una crítica que se puede realizar a la figura tradicional de la carga de la prueba, en el sentido de que no podemos partir del hecho de que quien no puede probar, no tiene razón o está mintiendo.

Y es precisamente en este momento en donde podríamos hablar de lo atinente a las pruebas de oficio, nótese que el juez constitucional desde el auto admisorio de la acción de amparo puede decretarlas. De igual forma, es inocuo pensar en que por tratarse de un término tan corto y perentorio para decidir, solo debe decretar las pruebas en ese momento procesal a fin de que pueda llegar al convencimiento necesario que le permita fallar objetivamente (SU-995/95; T-308/00; T-1088/01; T-1054/03). Debemos tener claro que en cualquier momento se puede dictar pruebas si es necesario y el término lo permite.

Este deber del juez de decretar pruebas de oficio que estime pertinentes y necesarias, es de vital importancia en relación con aquellas situaciones en que pueden verse vulnerados derechos fundamentales por conexidad o derechos innominados como el mínimo vital.

Algunos casos en los cuales el juez debe utilizar su facultad inquisitiva son:

- Vulneración de derechos innominados como el del mínimo vital (estructura familiar, ingresos y gastos, etc.).
- Derecho a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital (Ej.: Adulto mayor desamparado).
- Acreditar la legitimación, especialmente cuando se trata de agente oficioso.
- Tener en cuenta que en los casos en los cuales la vulneración o amenaza recae sobre personas marginadas o indefensas se invierte la carga de la prueba (T-427/92).[5]

Se debe recordar que cualquier medio de prueba es válido, incluso los informales, como recabar la información vía telefónica si no es posible por otro medio (T-124/99; T-667/01; T-1054/02; T-476/02; T-187/03; T-341/03; T-1112/04; T-745/04).

Namuche (2019) plantea:

> De lo anterior se infiere que el juez debe hacer un análisis de los medios probatorios presentados, aplicando su razonamiento lógico jurídico e imparcialidad al momento de calificar y emitir su decisión. En el Perú, sin embargo, se ha adoptado el sistema de juez-director, en el que el mismo ordenamiento jurídico le otorga facultades al juez para involucrarse en el proceso con la finalidad de buscar justicia. El artículo 139, inciso 8, de la Constitución Política de 1993, sin embargo, estipula que "no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario" (p.77)

De igual forma, este mismo autor peruano considera que:

> Se puede decir que la prueba de oficio regulada por el artículo 194 del código procesal civil sería un deber, más no una facultad, teniendo en cuenta que una de las funciones del juez es de impulsar el proceso. Esto quiere decir que los jueces pueden corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes, solamente cuando de autos resulte que hay incongruencia entre los hechos planteados en la demanda y las pruebas actuadas o, en su defecto, cuando dichas pruebas no logran causar una convicción plena. Por ello cuando se

5 *Dice la Corte "(...) es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión."*

> menciona que el juez no puede dejar de administrar justicia es porque él tiene el deber de aplicar la norma pertinente a la relación jurídica controvertida. (Namuche, 2019, p. 82)

CONCLUSIONES

Se ha podido entender que la informalidad de la acción de tutela, su procedimiento breve y sobre todo su naturaleza constitucional, exigen cierta flexibilidad en temas probatorios, pero eso no es sinónimo de que se exima al juez de su deber de fallar con fundamento en medios de prueba suficientes.

Con base en lo que reza el Articulo 14 del Decreto 2591 de 1991, el tutelante debe presentar al administrador de justicia los hechos y demás circunstancias relevantes en que se fundamenta su solicitud, sin embargo, esto no lo podemos traducir como que el juez no debe actuar activamente en el proceso, desplegando la actividad probatoria necesaria cuando no cuente con los medios de prueba que le permitan llegar al convencimiento sobre la Litis en cuestión. Por consiguiente, el juez está facultado para requerir informes a los accionados, declarar ciertos los hechos cuando la autoridad no se presente en el plazo fijado y solicitar información adicional a las partes, solicitando las pruebas pertinentes o citándolas para escuchar sus declaraciones, así como lo plantean los artículos 19, 20 y 21 del decreto reglamentario.

Este mandato a los administradores de justicia de decretar pruebas de oficio en la medida en que lo estimen necesario es de suma importancia en relación con los casos en que pueda verse afectados derechos fundamentales por conexidad o derechos innominados. Es decir, si estamos frente a la protección del derecho a la salud, se requiere posiblemente la práctica de exámenes o peritazgos que determinen el grado de afectación del derecho fundamental o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, y así, coadyuven la decisión final del juez. Lo mismo ocurre en el caso de la vulneración del mínimo vital por ejemplo, en donde el juez no puede limitarse a afirmar que la información suministrada por el accionante es insuficiente, sino que debe actuar de manera activa y desplegar toda su facultad probatoria para llegar al convencimiento necesario que le permita resolver objetivamente.

Por último, es prioritario que los jueces constitucionales se sientan con la libertad de decretar todas las pruebas necesarias para establecer la verdad de las proposiciones fácticas, aun cuando no sean solicitadas por las partes. De igual forma, se debe tener presente que la acción de tutela es preferente y sumaria, es decir, se debe tener en cuenta la urgencia y la celeridad; y en ese orden, el juez debe fallar con base en cualquier medio de prueba, así sea recaudado por medios informales como una llamada telefónica, lo importante es que se cumpla con un debido proceso, y que la prueba por informal que fuese, sirva para determinar la veracidad de los hechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (1991) Constitución Política de Colombia. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Astudillo, C. (2007) Doce Tesis en torno al Derecho procesal Constitucional. *Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional* (7). Editorial Porrúa, SA de CV, México.

Bechara, A. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. En *Justicia*, 28, 88-104. http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1040

Bechara, A. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana. En *Justicia*, 32, 15-37. https://doi.org/10.17081/just.23.31.2903

Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales.* Editorial Universidad del Norte & Universidad Externado de Colombia. Barranquilla, Bogotá. Colombia.

Carrillo, Y. y Bechara, A. (2019). Juez discrecional y garantismo: Facultades de disposición del litigio en el código general del proceso. *JURÍDICAS CUC*, 15(1). 229-262. DOI: http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.09

Ferrer Beltrán, J. (2005). Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons.

---------- (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

García Belaunde, D. (2004) El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. (Aproximación al tema). *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.* México, México D.F.

Gascón, M. (2006) ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilicita. Revista controversia proccesal.

Häberle, P. (2004) El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional Alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* (1), pp. (15-44)

Luna, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *JURÍDICAS CUC, 14* (1), pp. 119-144. DOI: http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6

Luna, F. (2019). Hechos, Verdad y Prueba. En, F. Luna y E. de Río (Dirs.), *Compendio de Derecho Probatorio Contemporáneo* (39-59). Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

López Medina, D. (2002) Interpretación Constitucional. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Universidad Nacional de Colombia.

Molinares, V. & Bechara, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho.* N°. 48. pp. 163-188.

Namuche Valverde, L. (2019). Cuestiones en la prueba de oficio, artículo 194 del código procesal civil. Revista IURA, 4 (2), pp. 73-85. http://journal.upao.edu.pe/Iura/article/view/1376/1180

Rivera-Morales, R. (2012). Derecho constitucional de la prueba. *VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal.* Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Sagües, P. (2004) El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.* (2), pp. 179-186.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos.* Madrid, España: Editorial Trotta.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad.* Barcelona: Marcial Pons.

Tirado, C. y Luna, F. (2015). La creación pretoriana del Derecho Procesal Constitucional en la Acción de Tutela. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, Vol. 7, número 14: 22-40. DOI: https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.7-num.14-2015-1515

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana. (1992) Sentencia T-001. Magistrado: Jose Gregorio Hernandez Galindo. Ponentes: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-001-92.htm

Corte Constitucional Colombiana. (1992) Sentencia T-525. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Recuperado de:

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-525-92.htm

Corte Constitucional Colombiana. (2002) Auto 053. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A053-02.htm

Corte Constitucional Colombiana. (1996) T-555. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-555-96.htm

Corte Constitucional Colombiana. (1993) T-298. Magistrado Ponente: José Gregório Hernández Galindo. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-298-93.htm

Corte Constitucional Colombiana. (2000) T-835. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-835-00.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2001) T-327. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-327-01.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2006) T-1066. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1066-06.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2015) T-571. Magistrado Ponente: Maria Victoria Calle Correa. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-571-15.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2007) T-131. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-131-07.htm

Corte Constitucional de Colombia. (1999) T-864. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-864-99.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2000) T-498. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-498-00.htm

Normas

Presidencia de la República de Colombia. (19991) Decreto 2591. Diário Oficial No. 40.165. Recuperado de: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/19479127/DECRETO+2591+DE+1991+PDF.pdf/8f3d9967-a77a-496d-adb9-60ec54d7a72f



La escalera (2002)
Fernando Botero Angulo


IONAS



ARTE



Mona Lisa (1977)
Fernando Botero Angulo

IURA
REVISTA JURÍDICA

http://doi.org/10.22497/iura/52.5213

Desde Madrid

BOTERO

Por Domingo Varas Loli



Fernando Botero (Medellín, 1932) es un clásico vivo que a sus ochenta y ocho años sigue pintando con la misma furiosa urgencia que al comienzo de su carrera. Su vocación se ha mantenido incólume desde que, a los diecisiete años, le comunicó a su madre su decisión irrevocable de dedicarse a la pintura. Pinta desde hace más de setenta años durante siete u ocho horas diarias los siete días de la semana y ha declarado en diversas oportunidades que no concibe la vida sin pintar, que le gustaría llegar a los 102 años pintando como Tiziano o morir pintando como le sucedió a Pablo Picasso.

La pintura, sin embargo, no fue su primera vocación. Lo primero que quiso ser en la vida fue torero. Tenía apenas doce años pero su tenacidad y pasión eran tan monolíticas y convincentes que su tío Joaquín lo inscribió en una academia taurina. Solo se desilusionó de la tauromaquia cuando tuvo que enfrentarse a un novillo y sintió que el miedo lo paralizaba. Desde entonces se entregó literalmente en cuerpo y alma a la pintura: "Cuando pinto dejo de existir. Trabajo de pie ocho horas al día y nunca siento cansancio. Es como si abandonara el cuerpo y me siento en éxtasis."

En sus primeras obras - las más remotas son dibujos de toros y la acuarela de un torero- ya están en ciernes el rasgo característico de su pintura: su interés por el volumen para construir a partir de la desmesura de las formas una visión muy original del mundo. Desde los comienzos de su carrera artística Fernando Botero tuvo la convicción de que la clave de su éxito consistiría en encontrar su propia visión del mundo, su estilo. Aquello que solo le pertenecía a él y de tan raigal y profundo a la memoria de la humanidad. Esta revelación artística la experimentó en México en 1956 cuando pintando una mandolina en medio de una naturaleza muerta se percató que había dibujado el hueco de la cavidad sonora muy pequeño, logrando crear una desproporción que distorsionaba la forma de este instrumento musical. Fue entonces que se dio cuenta que esta era su percepción y visión del mundo y que debía refundar la realidad a la medida de estas. "Mis obras-dijo alguna vez- no aspiran a copiar la realidad sino a ofrecer un universo propio y coherente."

¿Cuál es la razón de ser de esta inflamación de las siluetas, de este mundo en el que los seres y las cosas han sufrido una metamorfosis en la que sus formas aparecen distorsionadas, opulentas de carnes, luciendo apacibles su materialidad más epidérmica? Las apariencias engañan porque Botero, en realidad, somete al mundo que retrata a una operación ontológica que consiste en instalar a sus motivos pictóricos en una inmovilidad eterna, en una realidad fija e imperecedera extrayéndolos "del río del tiempo, de la pesadilla de la cronología… congelados en algún instante del discurrir de sus vidas, cuando aun estaban en la historia." (Botero en los toros, Mario Vargas Llosa)

Creo que en esta inconsciente envidia que sentimos los espectadores por estos apacibles personajes que viven en medio de la "eternidad" radica la poderosa fascinación que ejercen los cuadros de Botero. Allí lucen "superiores y perfectos, comparados a nosotros, miserables mortales a quienes el tiempo devasta poco a poco antes de aniquilar…Ellos no sufren, no piensan, no se embrollan con reflexiones que dificulten o desnaturalicen sus conductas; ellos son acto puro, existencia sin esencias, vida que se vive a sí misma en un goce sin límites y sin remordimientos". (Idem). Esta suerte de Arcadia perpetua en la que habitan sus personajes explica el porqué su obra figura en los museos más importantes del mundo, ostenta el récord de mayor cantidad de exposiciones individuales y ha alcanzado la popularidad a escala planetaria.

No fue fácil lograr revelarse a sí mismo su propio estilo. Debió pasar muchos avatares existenciales y artísticos antes de vivir esta epifanía. Su ilimitada curiosidad por la obra de los grandes maestros (incluidos Rufino Tamayo y los muralistas mexicanos Rivera, Alfaro y Orozco) y la férrea convicción

de sus propuestas estéticas lo blindaron y estimularon a marchar contra la corriente: “siendo realista cuando las modas exigían ser abstractos, buscando sus fuentes de inspiración en la comarca y lo local cuando era obligatorio beber las aguas cosmopolitas, atreviéndose a ser pintoresco y decorativo cuando estas nociones parecían írritas a a la noción misma del arte y, sobre todo, pintando para expresar su amor y contentamiento de la vida cuando los más grandes artistas de su tiempo lo hacían para mostrar lo horrible y lo invivible que hay en ella” (Ibidem).

En estos días la pintura de Botero ha vuelto al foco de la atención pública después de la inauguración de la muestra Botero. 60 años de pintura en la galería Centro centro de Madrid. Esta fue la primera ciudad de Europa en la que vivió Botero, aquí estudió en la Escuela de Bellas Artes de San Fernando y acudió todos los días a contemplar las obras de los grandes maestros de la pintura en el Museo del Prado. Más adelante radicó en Italia donde recibió la decisiva influencia de los pintores del Cuatrocientos italiano. Como sus ilustres antecesores del renacimiento (Tiziano, Botticelli, Piero della Francesca) Botero no expresa en su obra pictórica alguna disidencia con el mundo; por el contrario mediante el arte propone unos modelos y unas formas ideales a los que debían irse acercando el hombre y la sociedad, para ser mejores y menos infelices.

La muestra consta de 67 cuadros y ha sido comisariada por su hija Lina Botero. Los cuadros están distribuidos en siete salas en las que se exhiben los ejes temáticos que recorren su prolífica obra calculada en más de cuatro mil cuadros. La primera está dedicada a América Latina, la segunda a la religión, la tercera a la naturaleza muerta, la siguiente a las acuarelas, la quinta a las versiones (recreaciones de cuadros como Las Meninas), la sexta a la corrida de toros y la última al circo . Tuve la suerte de ser guiado por el hijo de Botero, quien contó las anécdotas detrás de la obra y puso énfasis en la simplicidad de la pintura. Dos citas del pintor corroboran este aserto: “La forma más simple de la naturaleza es la naranja , sin embargo es también la más difícil de pintar” y “El estilo de un pintor se debe reconocer plenamente aún en las formas más sencillas.”

La obra de Fernando Botero no solo logra sacar de la pesadilla de la cronología a sus personajes, también a los que contemplamos sus cuadros y nos olvidamos del discurrir del tiempo. Como me ocurrió a mí cuando uno de los empleados de la galería me tocó el hombro para hacerme recordar que la muestra cerraba a las ocho de la noche y que debía apurarme porque ya estaban cerrando el local. Me desperté como si hubiera estado zambullido en un sueño, inmerso en la hipnótica contemplación de los cuadros. Volteé a mirar y me di cuenta que la galería lucía vacía. Ya en la avenida Alcalá en medio de la fila india de peatones que caminaban sin premura recobré el pleno sentido de la realidad, aunque el mundo de Botero seguía acompañándome como una quimera reconfortante.



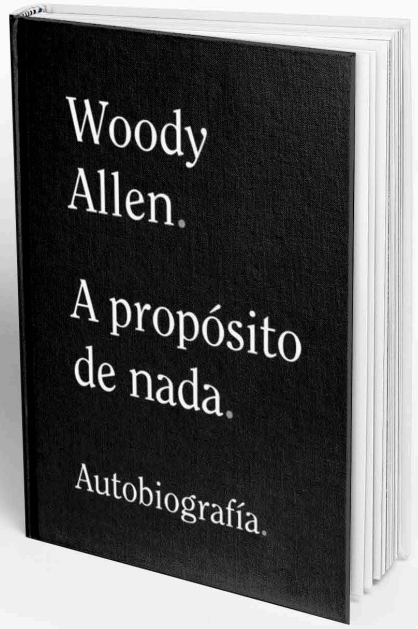


RESEÑAS DE LIBROS

http://doi.org/10.22497/iura/52.5214

A PROPÓSITO DE NADA

Autobiografía de Woody Allen
Por Domingo Varas Loli



Como cualquier lector en plena civilización del espectáculo empecé a leer la autobiografía de Woody Allen, A propósito de nada (Alianza editorial, Madrid, 2020, 439 pp), picado por una malsana curiosidad. En cada página que leía esperaba el pasaje en el

que el autor se impusiera una autoflagelación e hiciera un mea culpa para aplacar las iras santas de la opinión pública. Es casi imposible leer este libro con una intención aséptica, sin que asome la intriga por conocer la versión de Allen sobre la denuncia de abuso sexual contra Dylan, su hija de apenas siete años, formulada por su ex pareja Mia Farrow y que desde hace más de dos décadas lo persigue como una ominosa sombra.

Con el estilo humorístico que es su marca personal y el uso de relaciones intertextuales, el comienzo de A propósito de nada parodia el de Un guar-dián entre el centeno del famoso escritor misántropo Jerome D. Salinger: “Si de verdad les interesa lo que voy a contarles, lo primero que querrán saber es dónde nací, cómo fue todo ese rollo de mi infancia, qué hacían mis padres antes de tenerme a mí, y demás puñetas estilo David Copperfield, pero no tengo ganas de contarles nada de eso”, escribe Salinger y Allen lo parafrasea del siguiente modo: “Al igual que le ocurría a Holden, no me da la gana de meterme en todas esas gilipolleces al estilo David Copperfield, aunque, en mi caso, algunos pocos datos sobre mis padres tal vez os resul-ten más interesantes que leer sobre mí.”

La alusión al personaje de Salinger, caracterizado por ser un joven rebelde que encarna los malestares y esperanzas de una generación, favorece la complicidad del lector. Woody Allen se presenta como un ser humano común y corriente que va a contar su vida sin mayores pretensiones. Autodi-dacta convicto y confeso, Allen revela que desde muy pequeño detestaba el régimen cuartelario del colegio, por lo que prefería refugiarse en una sala de cine en un barrio de su Nueva York natal. Allí en la penumbra de una sala de exhibición cinematográfica se incubó la vocación de cineasta. Se inició precozmente

en el periodismo escribiendo notas humorísticas para diversos periódicos norteamericanos hasta que venciendo su timidez con-génita debutó como comediante haciendo monólogos en cafés nocturnos. No tardó mucho en llamar la atención de productores teatrales y cinemato-gráficos, quienes le encargaban la escritura de guiones. Así incursionó en el competitivo sétimo arte donde muy pronto se le presentó la oportunidad de dirigir sus propios filmes. Cabe resaltar que su carácter independiente y la confianza en sí mismo que derrochó desde sus inicios, así como el es-píritu deportivo con el que afrontaba sus fracasos, le permitieron sobrevivir e imponerse en un medio darwiniano en el que se imponía la ley del más fuerte.

Un capítulo aparte son sus historias amorosas. Relaciones esporádicas y matrimoniales se suceden una tras otra sin mayores percances. Entre sus más envidiadas conquistas está la de Diane Keaton y entre sus fracasos la fallida tentativa de flirtear con Margaux Hemingway, nieta del autor de "El viejo y el mar". Hasta que aparece la actriz Mia Farrow, con la que mantuvo una relación que durante un buen tiempo fue icónica porque demos-traban que no era una utopía un romance sin celos en el que cada uno podía salvaguardar su libertad y mantener a raya su independencia. La infideli-dad de Allen con la hija adoptiva de ambos puso fin irreversible a esa relación y sacó a la luz las más hediondas pasiones que alberga el corazón hu-mano.

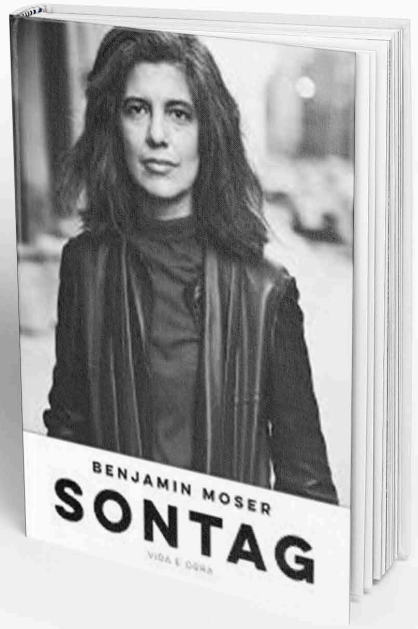
Pero el caso Allen no solo revela los abismos de la condición humana. También pone en evidencia la perversión que la civilización del espectáculo causa en las relaciones humanas La verdad judicial poco importa frente a las suspicacias de la temida opinión pública, una entelequia cuyos fallos son más contundentes e irrevocables. Allen, sin embargo, no se rinde y sigue filmando películas y acudiendo al Festival de San Sebastián tratando de mantenerse inmune al boicot de la poderosa maquinaria de Hollywood, al margen de la cual ha forjado su genial obra creativa. Hasta el prestigio-so New York Times ha tomado partido contra Woody Allen, desconociendo la decisión de las autoridades policiales y judiciales que tras exhaustivas investigaciones declararon la inocencia del célebre cineasta. Parece irreversible que continúe esta suerte de canibalismo moral que consiste en juzgar expeditivamente a alguien, condenarlo, lincharlo y bajarlo de su falso pedestal.

En las páginas finales de su autobiografía Woody Allen acepta resignado este linchamiento moral del que ha sido víctima y con estoicismo su condición de apes-tado. La ironía y e buen humor de los que hace gala un hombre de ochenta y cuatro años se granjean la simpatía de los lectores. Al terminar de leer este volumen de 439 páginas uno descubre que el autor no lo ha escrito para exorcizar su arruinada reputación, lavarse las manos o expiar sus culpas con subterfugios autocom-placientes. Y que no se desvela por la suerte que correrán su vida y su obra porque "más que vivir en los corazones y las mentes del público, prefiero seguir vi-viendo en mi casa."

http://doi.org/10.22497/iura/52.5215

VIDA Y OBRA DE SUSAN SONTAG

Aurelio Major



Pocos intelectuales (los escritores que intervienen e influyen en la vida pública) han sido objeto de tan insistente inquisición biográfica como Susan Sontag. Benjamin Moser es conocido en español por su biografía de Clarice Lispector, cuya publicación no estuvo exenta de graves objeciones de fondo entre los especialistas brasileños. El lector infortunadamente no debe esperar de este nuevo libro descubrimientos relevantes que no se ofrezcan ya en biografías anteriores y entrevistas, o que no se hallen presentes en la importante edición a cargo de David Rieff de los cuadernos o diarios de Susan Sontag.

Moser tuvo además a su disposición los archivos de la autora depositados en la Universidad de California en Los Ángeles; sin embargo, no se trata ésta de una biografía intelectual, y menos aún de una nueva aportación de juicios argumentados que permitan ponderar el legado literario o intelectual de Sontag encuadrados en la trayectoria de sus influyentes y debatidas intervenciones públicas (de la guerra de Vietnam a la de Bosnia, de su defensa de Heberto Padilla a la de Salman Rushdie en momentos cruciales, de su afirmación de que "el comunismo no es sino fascismo con rostro humano" a sus declaraciones sobre el intervencionismo estadounidense tras los atentados del 11 de septiembre de 2001).

Lo que sí advertirá el sorprendido lector es que Moser blande, otra vez, con cierta inepcia intelectual habida cuenta de los ingentes materiales a su disposición, un ampliado pliego de cargos contra la ensayista de Ante el dolor de los demás, y que algunos han venido proclamando desde los años setenta. Entre ellos destacan tres, a los que dedica muchas páginas a lo largo del libro. El primero imputa a Sontag no haber puesto su obra al servicio de la militancia feminista; el segundo, no ser "honrada" o "sincera" cuando Moser intenta ciegamente conciliar los hechos vividos por la persona privada (e íntima) con la obra narrativa, y el tercero, no haber hecho manifestación pública de su homosexualidad. Es decir, Moser pretende, entre otros aspectos objetables de este libro, darle merecido castigo a su biografiada.

El primero de los cargos viene de antiguo. En una célebre refutación de 1975 a Adrienne Rich, que la inculpaba puerilmente de no integrar la militancia feminista a sus recientes obras (acusación repetida años después por Camille Paglia), Sontag escribió que sin duda no constituye una traición sostener que existen "otros objetivos además de la despolarización de los dos sexos, otras heridas que las de género, otras identidades que la sexual, otra política que la política de los sexos; y otros 'valores antihumanos' que los 'misóginos", como si la razón y la autoridad debieran de arrojarse también al basurero de la "historia patriarcal".

El segundo persigue detectar la incipiente falta de probidad de la autora en el cuento Peregrinación, el inicial de los diversos ejemplos aducidos por Moser, pues los hechos de la visita juvenil de Susan Sontag a Thomas Mann anotados en los cuadernos de ella no coinciden con los del relato de esa misma visita a la casa del novelista alemán exiliado en California. Es decir, se le recrimina que el cuento no sea el reportaje de los hechos. Moser además atribuye el origen de esa supuesta proclividad a la tergiversación a que Sontag era la primogénita de una madre alcohólica, y cree descubrir en la lectura reduccionista de sus obras narrativas, desde El benefactor hasta En América, meras recónditas piezas psicológicas o biográficas que pretendidamente expliquen las discrepancias entre la persona pública y la privada, pero que muy poco dicen de la narradora y ensayista. De la influencia intelectual y moral de Arendt, Taubes, Barthes o Cioran, por ejemplo, Moser apenas aporta algo. Es relevante añadir que en años recientes se han venido reconsiderando algunas obras narrativas de Sontag, sobre todo a partir del estudio que le dedicó Jerome Maunsell en 2014, obra muy sospechosamente ausente de la copiosa bibliografía citada por Moser.

El tercer cargo, acaso el más insidioso de todos ellos, se formuló con más ahínco a partir de los años ochenta y de la epidemia de VIH que ha asolado la vida de millones de personas: la ocultación de su homosexualidad. Moser hace caso omiso de las repetidas declaraciones de Sontag con las que rechazó categóricamente referirse en público a su vida privada (e incluso "espiritual"). A estas alturas debería ser una perogrullada sostener que, al tratarse de un escritor, lo esencial es la obra, pues esta constituye, justifica e ilumina la propia vida, y no al revés.

Al final de esta biografía falazmente moralista, Moser incluye un largo listado de quienes colaboraron en su redacción, pero sin discriminar en modo alguno las aportaciones de cada cual, con lo que allí quedan mezclados los parientes del autor, por ejemplo, con Jasper Johns. La casi nula colaboración de interlocutores como Edgardo Cozarinsky o Paolo Dilonardo (esencial éste para dar cuenta del último decenio de la vida de Sontag), y la ausencia de informantes como Juan Cruz, Patti Smith o Ed Vulliamy (esencial éste para documentar la presencia de Sontag en Bosnia), explican que la biografía de Moser se haga paulatinamente más rala en la última de sus cuatro partes, a pesar de que se trata del periodo en el que cabe suponer mayor abundancia de materiales al ser el más reciente.

Los procedimientos de esta biografía son entonces cabal síntoma de la manera en que algunos viven ahora: entre noticias que no son noticias, amigos que no son amigos, naciones que no son naciones y libros que no lo son en esta, la era de Trump.

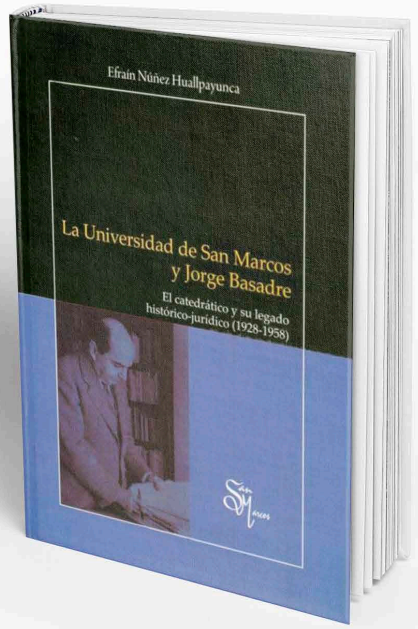
 http://doi.org/10.22497/iura/52.5216

LA UNIVERSIDAD DE SAN MARCOS Y JORGE BASADRE.

El Catedrático y su legado histórico-jurídico (1928-1958)

Por José Antonio Ñique de la Puente[1]

Efraín Núñez Huallpayunca
Editorial San Marcos E.I.R.L. Primera edición 2009. Segunda edición 2016



He leído este brillante y acucioso trabajo presentado por el bachiller en Historia Efraín Núñez Huallpayunca, quien asume con rigor el empeño de investigar la obra de nuestro gran historiador de la República y el Derecho formado también en nuestra alma mater. Es una investigación exhaustiva que persigue los pasos de Basadre en las Facultades de Letras y Jurisprudencia, hoy día Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y por todos los sitios donde su magisterio dejó huella, desde los legajos donde se registraban, con puño y letra del profesor, los temas de las clases cotidianas y los presupuestos de las facultades hasta las actas de notas y las listas de alumnos, así como resoluciones de las autoridades de entonces. Además, nos muestra una etapa gloriosa en la historia académica de San Marcos durante la cual ejercieron su magisterio ilustres catedráticos.

La obra fundamental de Jorge Basadre está contenida tanto en la *Historia de la República* y en la *Historia del Derecho peruano*, ésta última editada por Antena en Lima el año 1937 y al que contribuyó su alumno Javier Vargas con sus diligentes apuntes de clase. En otra obra de Basadre, *Los fundamentos de la historia del Derecho*, publicada por la Librería Internacional del Perú en 1956, se enriquecen sus estudios iniciales de la historia del derecho como una ciencia bifronte, estudiando los sistemas jurídicos, las tradiciones jurídicas y culturales de la humanidad en una época en la que se dio una migración de los historiadores generales a la historia del Derecho. Abogados e historiadores se confundieron en esa tarea

1 *Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM*

como en su momento lo hicieron en España Rafael Altamira y Crevea, José María de Ots Capdequí y Alfonso García Gallo, que aportaron con sus visiones a un verdadero panorama mundial de los sistemas legales como ya lo había hecho en EEUU el coronel e historiador norteamericano John Henry Wigmore en 1904.

Don Jorge Basadre siempre consideró a la historia como una ciencia humana por excelencia y al hombre como un producto de su tiempo. Como integrante de la promoción 1927 de nuestra Facultad, entonces denominada de Jurisprudencia, fue discípulo directo del doctor Manuel Vicente Villarán, a quien reconoce como el maestro que lo hizo llegar a la cátedra de Historia del Derecho Peruano.

En esa época, al preguntársele a Basadre sobre la posibilidad discutida acerca de la existencia o vigencia de un derecho en la etapa preincaica en las culturas señoriales, en el paso de ser pueblos naturales a pueblos culturales, el maestro Basadre decía a sus alumnos: "aquí nos movemos en las arenas movedizas de las hipótesis", y que la explicación tienen que darla los historiadores generales, los arqueólogos, antropólogos y otros estudios de la ciencias sociales, lo que era una manera de decir que el avance de la historia del derecho depende del avance de otras ciencias. Además, como está anotado en el trabajo de Efraín Núñez, sobre el tema de la etapa incaica nuestro historiador de la República nunca tuvo una postura definitiva referente a la existencia de un derecho incaico, siempre dejaba suelta la pregunta en sus clases, como la del 10 de julio de 1936, en ella hizo una clase titulada: ¿Cabe hablar de un derecho incaico? o la del 22 de abril de 1937: ¿Hubo Derecho incaico?

Efraín Núñez Huallpayunca revisa en este trabajo las diversas disciplinas que posee la historia; primero, partiendo de un esbozo biográfico de Jorge Basadre, se remonta a la genealogía de su familia, entre lo más resaltante se encuentra la breve historia de Tacna escrita por el abuelo paterno Carlos Basadre Izarnótegui, así como la relación con su tío abuelo Modesto Basadre y Chocano, y con su padre Carlos Basadre y Forero, quien peleó en las batallas de San Juan y Miraflores, transmitiéndole a nuestro historiador con el ejemplo el mensaje de amor a la patria desde su niñez al ver a Tacna cautiva bajo la ocupación del invasor.

Efraín Núñez también ha recurrido a sus *Bases documentales para la Historia de la República del Perú* y a las fuentes testimoniales u orales de quienes conocimos como nuestro historiador del derecho y de la república más cercano: Miguel Maticorena Estrada, historiador sanmarquino, nacido en Piura, discípulo de Porras Barrenechea, que investigó durante más de 25 años enclaustrado en el Archivo General de Yndias de Sevilla. Conversando con nuestro amigo Efraín, recordaba el día que estreché por primera vez la mano de don Jorge Basadre por intermedio de mi maestro Jorge Puccinelli Converso en el Instituto Raúl Porras Barrenechea, sito en la calle Colina en Miraflores, cuando se daba una conferencia sobre José Carlos Mariátegui por parte de un historiador italiano; la impresión que tuve siempre fue la de un hombre generoso y abierto, un historiador que como Tucídides parecía dialogar sintiéndose contemporáneo de los hechos o sucesos de la historia.

En el San Marcos que nos tocó vivir desde la década de los 60, conocimos en nuestra Facultad de Letras a profesores y alumnos que recibieron las lecciones y la impronta de Basadre como Luis Alberto Sánchez, nuestro maestro de Historia de América, tres veces rector de San Marcos; Juan Vicente Ugarte del Pino, maestro de la Historia General del Derecho y de la Historia del derecho peruano; Federico Geng Delgado, quien ha escrito una Historia del Derecho Peruano, asistente y gran colaborador de nuestra admirada maestra de las Instituciones Jurídicas Peruanas, doctora Ella Dunbar Temple así como su esposo Carlos Radicatti di Primeglio; José Jiménez Borja, Alberto Tauro del Pino, Raúl Rivera Serna, Javier Pulgar Vidal, Carlos Daniel Valcárcel, Estuardo Núñez, Aníbal Ísmodes Cairo, Sócrates Villar Córdova y Pablo Macera, quien influyó decisivamente en mi generación en el amor a la historia y a San Marcos.

Don Jorge Basadre, maestro de todos los que nos dedicamos a ese lado aparentemente improductivo y poco pragmático del derecho, señalaba la verdadera importancia de los estudios de Historia del Derecho para la formación académica y profesional del abogado explicando en clase que la abogacía no era un mero saber de expedientillos ni de pasadizos ni estrados judiciales ni de vivir engrilletados a dogmas pasajeros sino que el derecho sólo puede estudiarse científicamente en su historia para lograr una más elevada conciencia jurídica del abogado. En esto don Jorge seguía el espíritu del derecho que no se agota en la coyuntura ni en criterios paleo positivistas sino que al decir de don Miguel Reale, jurista de Sao Paulo, autor de la teoría tridimensionalista del derecho (1910-2006), el derecho tiene un deber ser histórico.

El ilustrado trabajo de nuestro amigo Efraín Núñez realiza un peregrinaje en la investigación cuando Basadre estudia en Alemania la dramática experiencia de la República de Weimar, y sigue su recorrido por otros países europeos, donde tiene la oportunidad de conocer a los discípulos en España de don Eduardo de Hinojosa, quien había renovado la historiografía jurídica de ese país en la especialidad de Derecho indiano.

La preocupación política y social que llevaron a don Jorge a prisión, en por lo menos dos oportunidades, durante la dictadura de Leguía por escribir artículos de compromiso social y temas candentes que el Oncenio no podía tolerar, tampoco escapa a esta investigación, pues demostraba el sometimiento de nuestros gobiernos a la potencia mayor como recordaba el historiador de la República, que ya había recibido una golpiza a manos de los ocupantes en su tierra natal, durante el proceso de chilenización de las provincias entonces cautivas por su defensa de la peruanidad, expresada posteriormente en la defensa que hizo de nuestra Universidad y el gran amor a San Marcos.

Saludamos la impresión necesaria de este libro de nuestro investigador bachiller Efraín Núñez Huallpayunca, que estamos seguros tomó legítimamente el legado de Basadre, que es el amor por la historia y nuestra vocación por el derecho, en un compromiso consecuente con el Perú para transformarlo históricamente -como quería don Jorge- con la multitud, la ciudad y el campo.



UPAO | FONDO EDITORIAL