

*Coloquio sobre la Constitución
Política del Perú de 1993*

*Relaciones entre el Poder
Ejecutivo y el Legislativo,
Pena de Muerte y Garantías
Constitucionales*

NÉSTOR SAGÜÉS
GERMÁN BIDART CAMPOS
CÉSAR LANDA ARROYO
CARLOS MESÍA

El inagotable tema del monocameralismo y la bicameralidad; el rol del Parlamento en el siglo XXI; la crisis de los partidos políticos y el caudillaje mesiánico en Latinoamérica. El progreso actual de los Derechos Humanos a nivel internacional y la misión unificadora e integradora de la Jurisdicción Constitucional, entre otros temas, son tratados en el presente coloquio.

LANDA : En el debate constituyente peruano que ha habido en estos últimos meses, un tema fundamental que no ha sido tomado en consideración es la durabilidad de otros sistemas constitucionales, y de la vigencia de sus normas fundamentales. No solamente de la constitución norteamericana, que es el ejemplo clásico; sino también de la Argentina, que rige desde 1853, con modificaciones y suspensiones, claro está, pero vigente aún...

BIDART CAMPOS : O la Colombiana, que cumplió más de cien años hasta que fue sustituida por la de 1991. No sé si es un buen ejemplo, ¿qué se puede decir de la argentina? Hubo interrupciones, como la Constitución Peronista, de 1949 a 1955, y luego las distorsiones que desde 1930 ha ido sufriendo, dada la

alternancia tan frecuente de períodos de *facto* y aún la debilidad en los períodos de *jure*, hasta 1983; más el problema de las emergencias, situaciones de excepción, crisis económicas, etc.

LANDA : Precisamente, esas características constituyen, no diré el prototipo, pero sí una realidad histórica del constitucionalismo latinoamericano.

BIDART CAMPOS : Un poco como una enfermedad crónica, y hay que saber cuál es el estado de salud; pero claro, uno desde un enfoque constitucional no asimila fácilmente que lo normal sean los estados de emergencia, que siempre tenemos como situaciones de anormalidad; es difícil aceptarlo dentro del marco de la teoría constitucional.

LANDA : Entonces, ¿Cuáles son los elementos básicos que requeriría una Constitución para que goce de una verdadera estabilidad?

BIDART CAMPOS : Sin que la respuesta sea una receta, yo creo que para la probable y previsible vigencia efectiva de una constitución hacen falta algunos requisitos. Primero, que la constitución tenga lo que Elías Díaz llamaría «Legitimidad Sociológica»: que sea producto de un consenso social suficiente, o más que suficiente, cabría decir, predominante en la comunidad. Segundo, que en su formulación se haya tenido en cuenta el realismo jurídico. Es decir, cómo es la realidad social de esa comunidad, sus necesidades, sus valoraciones, la posible adaptabilidad de la convivencia sociopolítica a las normas de la Constitución. Y tercero, algo que hace parte fundamental de la cultura política, a veces difícil de plasmar: que toda la sociedad, pero fundamentalmente los operadores gubernamentales, tengan predisposición honesta para cumplir la Constitución, y cuando digo cumplir me refiero a varias cosas: Uno, no violar la constitución, es decir no hacer lo que la Constitución prohíbe; dos, a la que a veces no se le da la debida dimensión: hacer lo que la Constitución manda y ordena que se haga. Porque con Néstor Sagüés tenemos dicho que hay inconstitucionalidad por omisión cuando se deja de hacer lo que la Constitución manda hacer. Y tres, yo diría: tener imaginación creativa para que allí donde la Constitución abre alternativas y opciones, las políticas estatales se elijan teniendo como norte o como finalidad el mejor rendimiento que la Constitución sea capaz de brindar.

LANDA : Un fenómeno que en el constitucionalismo latinoamericano se ha hecho evidente hace unos años, es la imprevisibilidad del acontecer político y el encauzamiento de los procesos sociales. Si hablamos a nivel electoral tenemos la aparición de líderes políticos fuera del marco del sistema de partidos, como en el caso peruano, y que de pronto asumen responsabilidades gubernamentales y de liderazgo nacional. Pareciera que hay una asociación entre la necesidad de superar procesos de crisis sociales, sobretodo de orden económico puestas en evidencia en la última década, y una suerte de hipoteca de la población hacia el líder. Esto se ha expresado institucionalmente en un mecanismo que es la reelección presidencial, que está en discusión tanto en el Perú, como en la Argentina.

En consecuencia: ¿Resulta acaso inevitable que el proceso de superación de la crisis, de acuerdo a las dimensiones que tenga en cada país, pase necesariamente por el respaldo acrítico del «líder nacional» y que se exprese constitucionalmente en su reelección presidencial? ¿O qué otros mecanismos, a su juicio, piensa

que podrían acompañar la solución de las dificultades nacionales de falta de integración, de bienestar general y de objetivos comunes, que no se dan necesariamente por la figura de la reelección presidencial?

BIDART CAMPOS : El primer fenómeno es el surgimiento de líderes fuera del marco partidario tradicional; en alguna medida yo creo que responde a una crisis del sistema partidario, que no es privativa de América Latina. Casualmente estaba leyendo aquí en el Perú un libro de Manuel Jiménez de Parga, «La Ilusión Política», donde habla de diversas experiencias como la del parlamentarismo. Y llega a la conclusión de que hay una merma en la capacidad de los partidos para dar presencia y canalización a las demandas sociales, así como a la gestión de esas mismas demandas ante el poder; lo cual haría pensar que, sin suprimir los partidos políticos (yo sigo creyendo que son los instrumentos y las bases fundamentales del sistema democrático) sea necesario además, a través de lo que García Pelayo llama la «sociedad organizacional», otros canales, no sustitutivos de los partidos, pero sí complementarios, mediante los cuales la sociedad puede protagonizar una intervención activa en el proceso de poder, para usar una expresión de Loewenstein.

Claro, en América Latina estamos acostumbrados a los liderazgos, en Europa también, lo malo es que a veces acoplamos a los liderazgos, mesianismos, que no son demasiado compatibles con un sistema democrático, pensando que una sola persona o el líder, es el que tiene capacidad para superar esas emergencias, esas crisis, y para desarrollar con éxito un plan político. Quizá de allí viene, precisamente, por esa misma predisposición a los liderazgos, al caudillismo y a los personalismos, el afán, lo llamo así, reeleccionista, que en Argentina ahora transita por una reforma constitucional.

Bueno, los reeleccionismos han cobrado un ímpetu que a mí, personalmente, no me satisface. El tema de la reelección con asepsia académica o científica, se puede pensar de distintas maneras y merecer respuestas también distintas, favorables o contrarias, pero un poco con esa lógica de realismo jurídico a que me referí cuando contestaba la pregunta anterior, personalmente tengo una convicción bien sólida en contra —lo digo en plural— de las «reelecciones presidenciales» en toda América Latina.

Nuestras culturas políticas están inficionadas de tendencia a las predominancias, a las hegemonías, a los continuismos, y las experiencias históricas habidas en promedio general, también en nuestra América Latina sobre las reelecciones presidenciales, me parece que no nos han resultado benéficas, sino todo lo contrario. Han sido nocivas para el sistema democrático. Yo creo que puede haber vías alternativas para emprender con continuidad un plan político, o unos planes políticos de desarrollo integral, de bienestar general, en la medida en que haya capacidad de convergencia y de acuerdo en el sistema partidario, o dicho con más claridad: entre el que es partido gobernante en determinado momento y el partido o los partidos de oposición, de manera de no empezar de cero deshaciendo todo lo que se recibe de una gestión anterior protagonizada por un partido distinto, cada vez que hay un recambio o una alternancia no sólo de

*Hay incons-
titucionalidad
por omisión
cuando se
deja de hacer
lo que la
Constitución
manda
hacer.*

personas sino también de partidos políticos en el poder. Vuelvo un poco a lo que hoy decía sobre la predisposición favorable para cumplir la Constitución.

MESIA : Quisiera hacer una pregunta en relación con la institución parlamentaria. El Parlamento es una institución que tiene sus orígenes en los estamentos medievales, pero que alcanza su naturaleza de órgano de la democracia occidental cuando la burguesía logra hacerse del poder por la vía de la revolución, como en Francia, en 1789, o como en Inglaterra, el año de 1688. En sus orígenes el Parlamento poseía, con exclusión de los otros poderes, la potestad de legislar. Además, como el Parlamento era el producto de las victorias de la burguesía, fue concebido en función de las individualidades que albergaba en su seno. Sin embargo, debido a causas históricas, el Parlamento ya no tiene el monopolio de la legislación, sino que la comparte con el Poder Ejecutivo.

Por otra parte, los partidos políticos se han apoderado del poder de decisión, que era una prerrogativa de las cámaras; tanto así, que hoy en día, las grandes decisiones ya no se toman en los recintos del Congreso, sino en los locales del partido que tiene la mayoría, con lo que el centro de gravedad del poder se ha sustraído de su esfera, siendo este fenómeno, a mi entender, una de las causas de la crisis parlamentaria. El Congreso ya no legisla a exclusividad, y son las cúpulas de los partidos y no la institución la que toma las decisiones políticas trascendentales. De cara al siglo XXI ¿cuál cree usted que deba ser el nuevo rol que le compete al Parlamento?

*Las
reelecciones
presidenciales
no habrían
resultado
benéficas
y serían
nocivas para
el sistema
democrático.*

BIDART CAMPOS : Creo que el Parlamento, tradicionalmente llamado el Poder Legislativo, como usted bien dice, ha decaído en el rol de legislar, pero le debe quedar el rol de trazar a través de la ley, los grandes marcos, los grandes ejes de las políticas y fundamentalmente, tiene que reforzar mucho la función de control político sobre el Poder Ejecutivo. Además, esto tiene que ver con algo que he mencionado ya en la respuesta anterior: los partidos políticos, cuando tienen el monopolio de las candidaturas, como ocurre en Argentina, deben revitalizar su capacidad de representatividad, o sea, la de dar presencia a los distintos intereses sociales sectoriales, para articularlos o armonizarlos en la búsqueda de un interés general, que es el tradicional

bien común público, o el bienestar colectivo.

Hay otras teorías que en algún momento, en mi primera juventud, reconozco que me resultaron atractivas. Hoy no las pregonó, pero vale citarlas. Está la teoría que auspicia una representación funcional, cosa que se da fuera de los parlamentos en aquellos sistemas que tienen consejos económicos y sociales, es decir que en vez de ser representación de los partidos políticos, fuera representación de los distintos estamentos, organizaciones o sectores sociales. Sustituir totalmente el sistema partidario dentro del Parlamento, hoy a mí no me gusta. Creo que debe haber un paralelismo dentro del protagonismo político para que la sociedad organizacional (sea a través de grupos, de asociaciones, de entidades) pueda también tener una intervención activa en el proceso del poder, pero no dentro del Parlamento.

MESIA : Si es que entendí, el Parlamento moderno debería cumplir básicamente con tres funciones: primero, el de establecer el marco jurídico; segundo, realizar un verdadero control político sobre el Poder Ejecutivo y los demás órganos del Estado; y, tercero, ser en verdad un órgano representativo. Sin embargo, el unicameralismo, que goza de cierta aceptación en algunos países de Centro América, así como en Ecuador y dentro de poco en el Perú, suele criticarse doctrinariamente precisamente porque no goza de verdadera representatividad. De ahí que el bicameralismo esté justificado porque permite incorporar en una cámara las representaciones funcionales. En el caso del Perú, por ejemplo, no sólo se ha diseñado un unicameralismo que dado el sistema de elección por distrito único dificulta mucho la representación de las provincias, sino que además es prácticamente imposible el establecer una representación funcional. ¿Es posible que en Latinoamérica se pueda establecer la unicameralidad con un cierto grado de representación funcional?

BIDART CAMPOS : Como técnica sería posible. Nosotros tuvimos durante la época del peronismo, entre 1949 y 1955, en la Constitución de la Provincia del Chaco, una representación mixta. Una parte de la cámara cuyo origen provenía del sistema partidario, y otra parte de la cámara que tenía una representación funcional. Pero a esta altura de mi vida, reitero lo que decía hace un rato: la representación funcional dentro del parlamento no me gusta, creo que puede tener presencia suficiente y eficaz en un consejo económico social. Néstor Sagués tiene escrito acá en el Perú un trabajo muy interesante, en «Páginas Constitucionales», sobre el unicameralismo y el bicameralismo; hay argumentos en pro y en contra de cada uno de los sistemas. Son técnicas de organización del poder en cuanto al órgano parlamentario, que tienen todas sus pro y sus contras. Pero, rescato algo, y no sé si es por la tradición argentina: en los Estados federales, me parece que el bicameralismo es imprescindible, sobre todo en cuanto a incorporar una representación de las entidades políticas que forman la federación; la Constitución Argentina confiere esa representación en igualdad numérica para cada uno de los Estados miembros (llamadas provincias) que existen en Argentina. Nosotros tenemos dos senadores por provincia: tanto por las grandes, como por las pequeñas; las más prósperas como las subdesarrolladas; tanto las de poblaciones numerosas, como las de población reducida.

Por ende, para los Estados federales (hasta el día de hoy) tengo la convicción cierta de que el bicameralismo, es necesario. Fuera de los Estados federales, yo creo que es una técnica que tiene que adoptarse o no de acuerdo a las pautas con que respondía a la primera pregunta, en orden a la viabilidad de eficacia y de vigencia de la constitución en la realidad social: no se trata de crear una segunda cámara nada más que por tener dos en vez de una; pero cuando esa segunda cámara tiene que expresar algo peculiar dentro de la fisonomía de una sociedad, entonces sí me parece que puede el bicameralismo ser preferido al unicameralismo, en una sociedad determinada, de acuerdo a sus tradiciones, a su idiosincrasia, a su estilo, a su conformación.

LANDA : Néstor, en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano se ha ido ampliando la gama de derechos fundamentales, al incorporar una serie de pactos y convenios internacionales que protegen los derechos humanos, tanto en el nivel de la norma suprema como en el nivel de su práctica jurisprudencial. Sin embargo, acontece paradójicamente, en el caso por lo menos peruano, en el

nuevo texto constitucional se da una ampliación de la figura de la pena de muerte para los casos de terrorismo, así como también una reducción de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, ¿Cómo explicarías tú este incremento a nivel internacional de mayores derechos y, por otro lado, sin embargo, la aparición de ciertas prácticas nacionales de reducción a su vez de estos derechos?

SAGÜES : Pienso que el problema tiene diferentes niveles de análisis: en primer lugar cabe preguntarse si ciertas declaraciones o enunciados internacionales de derechos son sensatas y posibles. Cabe preguntarse si no están prometiendo más de la cuenta. Es posible que así como existe el constituyente local utopista, también pueda existir el tratadista internacional utopista, que emancipándose de las realidades locales, enuncie o reconozca postulados sin asumir los costos jurídicos, políticos y económicos que cada comunidad concreta deberá afrontar para cumplimentarlos. Es decir que puede existir por un lado una sobresaturación de derechos, un enunciado demasiado generoso de promesas, no fáciles de cumplir y algunas imposibles de cumplir en ciertos países. Hay que reconocer que sobre todo en el ámbito de los derechos económicos y sociales, la concreción de ciertos derechos requiere de un ingreso per cápita mínimo que si no se da, bueno, la norma internacional va a estar destinada al fracaso. Es decir, cabe preguntarse en primer término en qué medida es responsable el Derecho Internacional de provocar crisis de expectativas en comunidades concretas ante la dificultad de realizar esos derechos.

Cabe preguntarse si ciertas declaraciones o enunciados internacionales de derechos son sensatas y posibles.

Por otro lado, cabe tener en cuenta también lo que podríamos llamar la variable de la emergencia. Es decir, existen comunidades que atraviesan situaciones que en Ciencia Política se denominan «tensivas, críticas, negativas». Esto es, situaciones que ponen a prueba la continuidad y permanencia del sistema político con serio riesgo de alterar o destruir las bases normales de su funcionamiento, situaciones éstas que lindan a menudo con un estado de necesidad. En qué medida es posible siquiera, aún lealmente, cumplimentar tratados internacionales.

Nosotros en Argentina atravesamos en este momento una situación muy particular a raíz del pronunciamiento, por ejemplo, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de reputar contrarios al Pacto de San José, indultos y amnistías dispuestos especialmente durante el gobierno del presidente Menem, pero también pueden extenderse a situaciones reales aprobadas en anteriores administraciones. En este supuesto cabe preguntarse si es materialmente posible cumplimentar esas directrices internacionales a raíz de que su ejecución podría despertar o increpar el panorama político local.

Es decir la pregunta es la siguiente: ¿qué pasa cuando el derecho internacional o el transnacional no es capaz de asumir o de comprender “estados de necesidad” locales? Bien, una alternativa sería cumplir a rajatabla el tratado internacional, cueste lo que cueste, aún con hipótesis de guerra civil, por ejemplo. O situaciones de impotencia del gobierno local para cumplir esa directiva transnacional, por ejemplo por desobediencia de uno de los ejecutores locales, de

los titulares de la fuerza. Bien, la otra alternativa que puede ocurrir es que el Estado local se desligue de esos compromisos internacionales, con lo cual se perjudica un proceso regional de integración. Esta desvinculación podría suceder de dos modos: se realice digamos, lealmente, honestamente, es decir cumpliendo con el tratado internacional aún en el período de denuncia, previsto para la completa extinción de la obligación de este Estado; el otro modo es que se desligue abruptamente diciendo esto: no voy a cumplir sin esperar trámites normales en el proceso de denuncia.

En la última alternativa, la pregunta sería, ¿cómo sería factible coaccionar a un Estado que se retira de un Tratado Interestatal de Derechos Humanos, aun en el período de denuncia? Es muy probable que en el terreno de las realidades, en ese caso el Estado se retire por la vía del portazo y que sea muy difícil obligarlo a cumplir el tratado en ese plano.

En fin, todo esto nos lleva también, a otra cuestión. ¿Cómo interpretar los tratados y los derechos reconocidos en un Convenio Internacional, interpretarlo conforme a las pautas de legitimidad imperantes en la zona, en la región, sin tener en cuenta las pautas de legitimidad locales o privilegiar por el contrario a las pautas de legitimidad locales, aunque éstas no coincidan necesariamente con las vigentes en toda el área? ¿Qué ocurre en una comunidad que visualiza los derechos humanos de forma más restrictiva a como las entiende una comunidad regional de la que forma parte? Esto es bastante grave y ha dado lugar, inclusive en Europa, a períodos donde por ejemplo los tribunales comunitarios han privilegiado las creencias y las pautas de legitimidad locales; y periodos donde han privilegiado las pautas de la comunidad regional.

Esto obliga, pienso, a una difícil tarea de adaptación por parte de quienes manejan el derecho comunitario en el sentido, que deben practicar una especie de «bizquera jurídica». Esto es, con un ojo visualizar la realidad regional, pero con otro ojo visualizar también la realidad local; porque de no hacerse así, de adoptar los organismos regionales criterios dogmáticos, personalistas e ignorantes de los criterios de legitimidad vigentes de un Estado en concreto, lo que puede ocurrir en definitiva es que deslegitime el proceso de integración regional y se produzca un éxodo, o; que se produzcan situaciones de falseamiento por parte de los Estados locales en la ejecución de los convenios trasnacionales.

Además debemos ser concientes que estamos viviendo un período bisagra, un período de transición, ligazón, de enlazamiento, entre el derecho local con el derecho comunitario. Y esa no es tarea fácil, los argentinos tenemos tal vez más experiencia, porque sabemos que durante años la sumisión, por ejemplo, de las provincias al poder federal no fue fácil. Hubo períodos inmediatamente posteriores a la sanción de la Constitución donde ésta no regía a plenitud en toda la República, y tenía distintas modalidades de ejercicio en cada provincia aunque el texto fuera igual. Y eso pasó también en Estados Unidos, no nos olvidemos que hubo legislaturas locales que declaraban inconstitucionales, por ejemplo, leyes federales o declaraban inconstitucionales sentencias de la Corte Suprema Federal. Esto hoy mueve a risa, pero nos muestra con evidencia que los procesos de adaptación, de sumisión a una autoridad supranacional lleva mucho tiempo, y que el éxito de esta empresa de adaptación depende tanto de la voluntad de cumplir con el tratado supranacional por parte de los Estados locales, como de la cautela de las autoridades supranacionales de tener, como dije, en cuenta las pautas de legitimidad local.

LANDA : En esta medida ¿cuáles serían entonces, los retos que presenta la jurisdicción constitucional que empieza a asumir progresivamente áreas o espacios que antes no se encontraban protegidos por el Estado en el derecho nacional, y en este caso actualmente por el derecho internacional?

SAGÜES : ¿Estamos hablando de la jurisdicción constitucional local?

LANDA : Así es. ¿Qué rol de «bizquera jurídica» debe cumplir la jurisdicción constitucional para poder ser esa bisagra entre el derecho nacional y el internacional? ¿Qué instrumentos jurídicos debieran utilizar los tribunales para esta tarea?

SAGÜES : Así como los tribunales y los organismos supranacionales deben visualizar no solamente las normas locales, sino las pautas de legitimidad imperantes en cada comunidad estadual, a la magistratura constitucional local de cada Estado le toca realizar también una verdadera hazaña y es interpretar el derecho local en la medida en que sea factible, que sea físicamente factible y que sea racionalmente factible, con las pautas del derecho supranacional y esta práctica también toma su tiempo.

Pienso que la magistratura constitucional local, podría en primer lugar, iniciar una tarea de docencia jurídica. Algo así como lo que ha hecho Bidart Campos a nivel académico o universitario, es decir, cada

*Habría
que repensar
el derecho
local
conforme
a los
criterios
del derecho
supranacional.*

vez que interpreta un derecho local o que resuelve una duda o cubre una laguna en el derecho local, debe hacerlo mirando también al derecho trasnacional y enseñando a la comunidad local, y no solamente aplicando y haciendo funcionar el derecho local, sino también el derecho trasnacional.

Esto para que la sociedad adquiriera conciencia que cuando hablamos del derecho de libertad de prensa, por ejemplo, estamos aplicando en realidad dos derechos: las normas locales, así como los tratados y las normas trasnacionales. En tal sentido, primero se estaría dando docencia jurídica; y segundo sería una tarea de modernización.

En Derecho Constitucional hay una vieja regla de interpretación que indica que las normas subconstitucionales o infraconstitucionales deben interpretarse, cuando admiten varias posibilidades, que se apliquen conforme a la constitución. Bueno, a esto habrá que agregarle otra cosa: que una vez terminada esta tarea habría que ver si una norma local puede interpretarse, aún constitucionalmente, de tres o cuatro modos. También debemos intentar aplicarla bajo el derecho comunitario, bajo los techos normativo e ideológico del derecho comunitario y no contra el derecho comunitario. Es decir, que además de esa primera etapa de docencia jurídica, está esa otra etapa de amoldamiento de la instituciones locales a las pautas del derecho trasnacional y esto parece intelectualmente muy simple pero fácticamente no es cosa tan sencilla.

Habría que repensar el derecho local conforme a los criterios del derecho supranacional, en la medida en que éstos sean materialmente y racionalmente factibles de ser cumplidos. Creo que hay que asumir también por las dos autori-

dades, las locales y las supra nacionales, que podemos encontrar situaciones donde un precepto no es posible, material o físicamente, o racionalmente, de ser cumplido. Es decir podemos advertir de qué manera el estado de necesidad juega en estos episodios jurídicos. Generalmente los juristas somos renuentes a asumir el problema del estado de necesidad, del derecho de necesidad, del derecho necesario. Estamos aludiendo a las pautas legitimatorias del derecho de necesidad, a casos extremos; pero hay que introducir esta idea dentro de los mercados jurídicos y hay que digerirlas con sinceridad y al mismo tiempo con audacia, llegado el caso. Lo que sí advierto es que las normas comunitarias no prevén, bueno tampoco las normas locales, estas hipótesis extremas de posibilidad de cumplimiento de una norma supranacional, sin embargo es un caso que habrá que considerar. Bueno es una empresa que va a llevar tiempo, de todos modos, creo que aquí a las universidades les corresponde gran responsabilidad que es la de enseñar esta problemática y no negarla.

BIDART CAMPOS : Me parece muy interesante la reflexión de Néstor Sagüés acerca de lo que él llama con mucha sagacidad, la «bizquera»; es decir, dirigir un ojo al derecho interno y el otro al derecho internacional, buscando la compatibilización de ambos, para que después de esa doble mirada se pueda encontrar un punto de convergencia. En ese sentido creo que podría ser útil, al procurar la armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, detectar (lo cual no siempre es fácil, sino diría que es siempre difícil) en cada uno de los derechos lo que, en Colombia por ejemplo, se llama con vocabulario de su Corte Constitucional, el núcleo esencial o fundamental, irreductible, de cada derecho. Teniendo también en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos viene a ser un derecho mínimo o subsidiario.

Para esta búsqueda del núcleo esencial e irreductible, es decir, el que no tolera ni en el derecho interno ni en el derecho internacional, ser alterado, ser violado, ser perforado, quizá también sea útil manejarse con la regla que, por suerte, el nuevo texto constitucional peruano todavía conserva (aunque la ha puesto allí entre las disposiciones finales y transitorias) y que es la regla que, tomada de la Constitución Española de 1978, yo me esfuerzo por sostener que en la Argentina, configura un principio implícito en la interpretación dinámica y actual de nuestra vieja constitución argentina; esa regla dice que las libertades y los derechos reconocidos en la constitución, se deben de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (podríamos agregar: y con la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre) y con los tratados internacionales en que cada Estado es parte.

Como bien decía Sagüés, a veces doctrinariamente las reglas pueden ser muy claras y pueden parecer de uso fácil; en la práctica hay casos que vienen embrollados con muchas dificultades, y la aplicación de la regla no resulta nada fácil sino todo lo contrario, difícil; pero, de todas maneras, me parece que siempre es un criterio de buena orientación.

LANDA : Retomando un caso jurídicamente conflictivo que podría poner en aplicación lo que se viene discutiendo, precisamente es la ampliación de la pena de muerte para el delito de terrorismo en la nueva Constitución peruana. ¿Cómo compatibilizar la extensión de los supuestos de la pena de muerte con el principio del derecho internacional de los derechos humanos que tiende hacia la derogabilidad del supuesto de aplicación de la pena de muerte?

SAGÜES : Me parece que desde el punto de vista normativo la cosa es clara, el pacto impide el restablecimiento o ampliación de hipótesis no vigentes al momento de firmarse el tratado. Por lo tanto, repulsaría al pacto cualquier tentativa en tal sentido. Si se pretendiese efectivizar, el perjudicado tendría el derecho a acceder a la jurisdicción trasnacional para obtener una respuesta en pro de su derecho a la vida.

En el ámbito axiológico, de si esto está bien o está mal la respuesta podría ser así. En principio está bien, puesto que de acuerdo a esa feliz expresión de Bidart Campos el derecho natural de conocimiento progresivo de los seres humanos tendemos a un estadio del desarrollo de la cultura jurídica y general humana, a no aplicar la pena de muerte; por lo tanto la respuesta desde el derecho trasnacional parece no solamente normativamente impecable, sino axiológicamente parece aprobable y aplaudible.

Pero, veamos la otra dimensión del derecho, la fáctica, y acá la cuestión sería la siguiente: ¿Hay un auténtico estado de necesidad que exige la ampliación de la pena de muerte? Una pauta para definir esta cuestión es la siguiente: el derecho de necesidad tiene una característica básica, es un derecho inevitable. Porque si es evitable no sería un derecho de necesidad, ¿es inevitable para un país remediar su problema de seguridad interior, por ejemplo, vía la pena de muerte?

Estoy hablando de cualquier país, cada uno hará sus proyecciones al caso concreto. Si se trata de un derecho evitable, es decir si la situación crítica tensiva interna es subsanable sin recurrir a la pena de muerte, pues la respuesta sería cumplamos con la norma internacional que es a su vez intrínsecamente justa y valiosa.

Por el contrario si la respuesta sincera, leal y auténtica es: la pena de muerte es inevitable, no hay otra manera sensata de resolver el conflicto sino recurriendo a ella; bueno, en tal hipótesis emerge un derecho de necesidad legítimo puesto que está partiendo de hipótesis ciertas, no espúreas ni fabricadas ni pervertidas, de estado de necesidad. Hablo de hipótesis de trabajo, no de algo cierto, en tal caso si entra en juego la subsistencia del Estado, o la continuidad del sistema político legítimo o, entra en juego el caos social y la desaparición de una comunidad. En tal caso el adagio romano «*necessitas ius constituit*» haría surgir, como su nombre lo indica: la necesidad constituye derecho, es decir derecho de necesidad supra constitucional, supra pacto, supra convenio que legitimaría, siempre insisto que sea una auténtica y no espúrea situación de necesidad, la adopción de una norma de necesidad inevitable.

Este es un esquema muy duro, muy crudo, muy realista también, y entiendo que muy sincero. Si se dan, repito, las pautas que estamos considerando, la pregunta es si se trata de una alternativa inevitable o de una alternativa evitable, de allí partirán después la conclusiones.

LANDA : Germán, en esa hipótesis que plantea Néstor de la inevitabilidad, por las razones que argumenta, ¿cuáles serían las garantías sustantivas y procesales para las personas que entonces sean condenadas a la pena de muerte?

BIDART CAMPOS : Bueno, yo parto de un principio, de un punto de vista distinto, no creo que haya situaciones que tornen inevitable la aplicación de la pena de muerte; tal vez soy muy idealista, me resisto frontalmente a la pena de muerte. No creo que haya estados de necesidad que requieran echar mano de esta medida; yo he dicho alguna vez que la pena de muerte es la muerte como pena, y la

muerte como pena se maneja con una imagen retributiva de venganza y castigo; es la restauración de la ley del Talión: «lo que haz hecho te damos a tí», no remedia nada. Según la línea de la criminología, a la que yo me pliego sin ser criminólogo, la pena de muerte no es disuasiva. Recuerdo de mis lecturas de estudiante, el libro de Francisco Carnelutti «El Problema de la Pena», donde palabras más palabras menos, su idea es que la vida la da Dios y ningún ser humano puede privar de la vida; porque además, la muerte como pena no cumple lo que en el derecho penal actual a mí me parece la buena línea: la sanción penal debe buscar la reinserción y la rehabilitación del delincuente en conjunción con la defensa social. Pero aquí yo no veo que la sociedad se defienda a través de la pena de muerte, ni siquiera en esas hipótesis de inevitabilidad o de necesidad sin alternativa posible, de manera que mi respuesta es rotundamente contraria a la pena de muerte.

LANDA : La pregunta entonces se la trasladaría a Néstor. Bajo ese supuesto, ¿cuáles son las garantías sustantivas o procesales?

SAGÜES : Claro, es un tema no sólo de derecho procesal penal, es un tema de derecho procesal constitucional. Aclaro que no soy un propagandista de la pena de muerte. Dios me guarde, no la estoy propiciando, ni auspiciando su multiplicación, aclaro, por el contrario que considero que si alguna vez en una situación muy extrema puede ser una situación inevitable, es en casos ultra excepcionales.

Bien, vamos a la cuestión de las garantías. Vamos a enunciar la tesis teórica y después una práctica, vamos, es decir una tesis concreta, un caso específico.

Teóricamente hay que prever un procedimiento mínimo que respete las garantías del debido proceso constitucional, y diría, con cuidados más extremos que en otros casos, puesto que aquí sí que el perjuicio es irremediable. Bien, puesto que una sentencia de pena privativa de libertad injusta teóricamente algún día puede revisarse, e inclusive por el llamado recurso de revisión, que permite atacar procedimientos aún firmes en favor del condenado (por ejemplo si demuestra que el difunto está vivo y que el homicidio no se perpetuó, en fin) en el caso de la pena de muerte esto es irremediable, no podemos hacer resucitar al ajusticiado, es decir que teóricamente los resguardos, el debido proceso, la oportunidad de presentar las pruebas, de contestar la acusación, de alegato, de tener una sentencia razonable, debieran observarse mucho más, y más todavía, los recursos extraordinarios vigentes en distintos países, léase casación, inconstitucionalidad, recurso extraordinario, como se le denomine, deben tener una instrumentalización más flexible, porque muchos de ellos se conciben habitualmente con efecto devolutivo, y o por el contrario mientras no se sustancien, no se otorguen, no tienen efecto suspensivo, en el caso de la pena de muerte esto provoca una situación casi absurda, porque teóricamente se tramita un recurso, pero mientras tanto se ejecuta y de qué vale abrir un recurso extraordinario en favor de un reo condenado a muerte que ya ha sido ejecutado. Es decir que también hay que prever mecanismos recursivos especiales con efectos suspensivos hasta tanto el último órgano de la jurisdic-

*No creo que
haya situaciones
que tornen
inevitable la
pena de muerte,
me resisto
frontalmente a
la pena de
muerte.*

ción, sobre todo de la jurisdicción constitucional, se expida definitivamente.

Ahora bien, dentro de los marcos concretos asistimos a múltiples escenarios, vuelvo a plantear hipótesis de una situación de estado de necesidad y de derecho inevitable, si esto efectivamente así ocurre, cosa que no creo que sea moneda corriente, sino yendo como digo a casos últimos, es probable que las reglas del debido proceso en un marco de agitación colectiva, en un paisaje jurídico político de violencia, de terror, de caos, es probable que eso no pueda plasmarse del modo ideal en que teóricamente debiera desarrollarse. Es decir, que aquí estamos tocando los temas más ingratos y generalmente eludidos por los juristas, que es el de no contemplarlos. Bidart Campos lo ha asumido, es decir, él niega que pueda haber una situación de inevitabilidad que exige la pena de muerte, perfecto, eso me parece una respuesta, pero hay otros que no dicen eso, que se contentan con dar una respuesta diplomática que eluden la definición. Si se admite por alguien, que la pena de muerte puede ser un remedio inevitable, en tal caso, también las reglas del debido proceso, deberán ajustarse a lo que el marco situacional razonablemente permita, claro que repito, estoy aludiendo situaciones que en mi país no se presentan y que por lo tanto no podría siquiera implementarse la pena de muerte en este momento. Pero si la comunidad atraviesa por un estado crítico y se dispone la ley marcial, una alternativa que el derecho norteamericano permite —que la jurisprudencia estadounidense ha consentido, no obstante que la constitución no la menciona— es que el cúmulo de garantías rigen en la medida en que las circunstancias permitan instrumentarlo. Naturalmente habrán ciertos topes mínimos que hay que satisfacer; en todo caso, esto es un problema de realidades que los códigos de justicia militar por lo común lo absorben y lo asumen con todo lo ingrato, duro y categórico que esto significa, pero habrá que compaginarlo con el principio de la dignidad del hombre, el debido proceso con el escenario fáctico donde esto se presente.

BIDART CAMPOS : Quería añadir solamente que alguna constitución de provincia en Argentina (no la cito porque no recuerdo ahora con exactitud cuál) establece que en el caso que la legislación estableciera la pena de muerte, la sentencia condenatoria requerirá unanimidad de todos los integrantes del tribunal que la aplique.

Miraflores, 15 de noviembre de 1993