

ISSN 0251-3420

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

75

IX CONGRESO MUNDIAL
DE DERECHO CONSTITUCIONAL:
NUEVOS DESAFÍOS AL DERECHO
Y A LA DEMOCRACIA



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

75
2015

IX CONGRESO MUNDIAL DE
DERECHO CONSTITUCIONAL:
NUEVOS DESAFÍOS AL DERECHO
Y A LA DEMOCRACIA



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes catálogos, directorios y bases de datos: Dialnet, Worldcat, Primo Central, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), JournalTOCS, BASE, CLASE, EbscoHost, Cengage Learning, Vlex, La Referencia y ALICIA (Concytec).

La revista *Derecho PUCP* es el vocero académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y como tal busca dar cuenta del quehacer científico de los profesores y alumnos que integran su claustro, de una parte, y, de otra, está comprometida con el debate general de ideas publicando las reflexiones de connotados investigadores en el campo jurídico principalmente, pero no de manera exclusiva, en la medida en que siempre tendrán cabida las reflexiones interdisciplinarias y las producidas en las otras ciencias y artes. *Derecho PUCP* se publica semestralmente en los meses de junio y noviembre.

La versión electrónica de la revista está disponible en
<http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Diseño de carátula e interiores: i design
Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

El contenido de los artículos publicados en DERECHO PUCP es responsabilidad exclusiva de los autores.

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISSN: 0251-3420

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868

Registro del Proyecto Editorial:

Primera edición: noviembre de 2015

Tiraje: 300 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL

Abraham Siles Vallejos

CONSEJO EDITORIAL

Armando Guevara Gil

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Ana Teresa Revilla Vergara

Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Betzabé Marciani Burgos

Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Miguel David Lovatón Palacios

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Yvan Montoya Vivanco

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Fernando Sam Chec

Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Fabio Nuñez del Prado Chaves

Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Marco Rodríguez Gamero

Alumno de la Pontificia Universidad Católica del Perú

EQUIPO EDITORIAL

Luciana Guerra Rodríguez

Luis Mendoza Choque

CONSULTOR TEMÁTICO

César Landa Arroyo

ASISTENTE ADMINISTRATIVA

Manuela Fernández Castillo

CONSEJO CONSULTIVO

Alessandro Pizzorusso

Universidad de Pisa

Antônio Cançado Trindade

Universidad de Cambridge

Antonio Ojeda Avilés

Universidad de Sevilla

César San Martín Castro

Corte Suprema de Justicia del Perú

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio
Universidad Autónoma de México

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

Jutta Limbach
Universidad de Freiburg

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Peter Häberle
Universidad de Freiburg

Pablo Lucas Verdú
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

Umberto Romagnoli
la Universidad de Bologna

CONTENIDO

IX CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL: NUEVOS DESAFÍOS AL DERECHO Y A LA DEMOCRACIA

- 11 El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional
CÉSAR LANDA ARROYO
- 31 El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
MARÍA DÍAZ CREGO
- 57 Las democracias con libertades disminuidas en Latinoamérica en el siglo XXI y la Carta Democrática Interamericana: ¿Dos modelos de democracia en la región?
DANIEL SORIA LUJÁN
- 75 La lucha antiterrorista en el Perú: agujeros negros legales, agujeros grises y el arduo camino constitucional. Lecciones peruanas para la guerra contra el terrorismo global
ABRAHAM SILES VALLEJOS
- 95 Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina
NATALIA TORRES ZÚÑIGA
- 119 Pueblos indígenas, diversidad cultural y el derecho a la autodeterminación: desde el derecho internacional al constitucionalismo latinoamericano
RODRIGO VITORINO SOUZA ALVES

- 139 Transformación jurídica de la perspectiva nacional sobre las uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica
JOSÉ MIGUEL CABRALES LUCIO
- 169 Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores
EDWIN FIGUEROA GUTARRA
- 191 Democracia directa: ¿voluntad del pueblo versus los derechos fundamentales? Análisis comparativo entre Suiza y California
CLAUDIA JOSI
- 207 Vigilancia y privilegio periodístico en la era de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones bajo la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Constitución de la República de Polonia
JAN PODKOWIK

MISCELÁNEA

- 231 Los dilemas para consumir justicia: algunos alcances de la tutela procesal del consumidor en la vía administrativa y el arbitraje de consumo
MOISÉS REJANOVINSCHI TALLEDO
- 253 Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela?
CÉSAR ABANTO REVILLA
- 283 Ley y negociación colectiva sobre jubilación en España
FERNANDO ELORZA GUERRERO

INTERDISCIPLINARIA

- 317 Las víctimas en el sistema procesal penal reformado
LUIS PÁSARA PAZOS

333 La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización
y sus múltiples inconvenientes

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

355 Regulación, política agroenergética y la evolución del
mercado de carburantes renovables en Brasil

JORGE ERNESTO RODRÍGUEZ MORALES &
FERNANDO RODRÍGUEZ LÓPEZ

CRÓNICA DE CLAUSTRO

387 Crónica de Claustro

IX CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional

The comparative constitutional law on national constitutional system: with regard to the IX World Congress of Constitutional Law

CÉSAR LANDA ARROYO*

Resumen: A partir del proceso de globalización del derecho, el derecho constitucional comparado ha ido adquiriendo un rol protagónico para una mejor comprensión y solución de los viejos y nuevos desafíos constitucionales, tanto nacionales como internacionales. Por ello, se presentan algunos presupuestos y consideraciones temáticas a tomar en cuenta para el desarrollo del ordenamiento constitucional nacional en el marco del derecho constitucional comparado, tales como la universalidad y el relativismo de los derechos humanos; el concepto de poder y democracia constitucional; los estándares de elecciones libres e independencia judicial; la libertad de expresión, la pluralidad informativa y el acceso a la información pública; los derechos económicos, sociales y culturales, y; los nuevos derechos fundamentales.

Palabras clave: Globalización del derecho – derecho constitucional comparado – universalidad y relativismo de los derechos humanos – poder y democracia constitucional – estándares de elecciones libres e independencia judicial – libertad de expresión – pluralidad informativa – acceso a la información pública – derechos económicos, sociales y culturales – nuevos derechos fundamentales

Abstract: From the process of globalization of law, the comparative constitutional law has gained a leading role for a better understanding and solving old and new constitutional national and international challenges. Therefore, some assumptions and considerations to take into account are presented for the development of the national constitutional order within the framework of the comparative constitutional law, such as universality and relativism of human rights; the concept of power and constitutional democracy; standards of free elections and judicial independence; freedom of expression, media pluralism and access to public information; the economic, social and cultural rights; the new fundamental rights.

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Correo electrónico: clanda@pucp.edu.pe

Key words: Globalization of Law – comparative constitutional law – universality and relativism of human rights – power and constitutional democracy – standards of free elections and judicial independence – freedom of expression – media pluralism – access to public information – economic, social and cultural rights – new fundamental rights

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LEGITIMIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.- II.1. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS PRINCIPIOS Y LOS DERECHOS HUMANOS.- II.2. CONCEPTOS DE PODER Y DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.- II.3. ELECCIONES LIBRES Y UN SISTEMA JUDICIAL INDEPENDIENTE.- II.4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PLURALIDAD INFORMATIVA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.- II.5. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC).- II.6. NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES.- III. PERSPECTIVAS.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación de la Constitución de 1979, el derecho constitucional en el Perú ha ido evolucionando en virtud de dos factores nacionales: uno político y otro jurídico. El primero se inicia con el retorno a la democracia como sistema político basado en el consenso y diálogo entre los partidos políticos, para garantizar un modelo de democracia fundada en la pluralidad de las ideas políticas y la alternancia en el poder. El segundo consiste en la convicción que el ejercicio del poder democrático es la mejor forma de gobierno nacional, siempre que sea legítimo, es decir, siempre que se respete y se ejerza bajo el principio de la supremacía jurídica de la Constitución y de la ley.

Pero existe, también, un factor internacional que no se puede desconocer en el proceso de desarrollo de nuestra democracia constitucional: la incorporación de la llamada «cláusula de apertura». Es decir, aquellas disposiciones constitucionales que declaran a los tratados internacionales como parte del derecho nacional y, que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; aunada a las interpretaciones que de ellos realicen los tribunales internacionales.

De modo que el desarrollo del Estado constitucional ha tenido, en la apertura a los tratados internacionales y al propio derecho y jurisprudencia comparados, sus fuentes de alimentación e impulso de la democracia constitucional en el Perú. Sin embargo, este proceso político y jurídico encuentra sus raíces ideológicas en el término de la Segunda Guerra Mundial y el establecimiento, por un lado, de las democracias constitucionales y, por otro lado, de las democracias populares. Lo cual fue, a su vez, resultado de la división bipolar del

13

mundo entre los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, división que se puso de manifiesto en la llamada «guerra fría».

Es en ese contexto, en 1980 el profesor argentino Salvador María Lozada, presidente de una desconocida Asociación Internacional Latino Americana de Derecho Constitucional, propuso a destacados juristas del mundo formar una Unión Internacional de Derecho Constitucional. Esta convocatoria permitió que se fundara la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (*International Association of Constitutional Law*) en Belgrado —en la antigua Yugoslavia— en 1981 (Fleiner, 2014). Sus fundadores fueron Claude-Albert Colliard y Patrice Gélard (Francia), Christian Starck (Alemania), Fred Neal (Estados Unidos), Boris Topornin (Unión Soviética), Zhang You Yu (China), Sylvester Zawadski y Adam Lopatka (Polonia), Pavle Nikolic, Jovan Djordjevic, Aleksandar Fira y Veljko Mratovic (Yugoslavia), Otto Bihari (Hungría), Yoichi Higuchi (Japón), Georges Kassimatis (Grecia), Thomas Fleiner (Suiza), Abiola Ojo (Nigeria), Kulsheshatha (India) y Salvador María Lozada (Argentina).

Resulta relevante dar cuenta de los miembros fundadores y de sus países de procedencia para mostrar que el hecho en virtud del cual el derecho constitucional constituya un derecho político propio de cada país mencionado —más aun en un mundo dividido ideológicamente y en combate— no fue un obstáculo para que los profesores de derecho constitucional buscaran superar sus diferencias con el propósito de analizar las constituciones de otros Estados. La finalidad de dicho estudio era comprender cómo se abordaban e interpretaban asuntos comunes a los distintos países, asumiendo o superando la idea de que «la concepción constitucional de los Estados comunistas se diferenciaba diametralmente de la idea de la democracia constitucional» (Starck, 2014).

Poco menos de una década más tarde, en 1989, terminó la guerra fría con la caída del Muro de Berlín y el establecimiento, primero en Europa del Este, de las llamadas democracias constitucionales. Estas nuevas democracias gozaban de elecciones libres, de la separación de poderes, de garantías judiciales a las libertades y derechos fundamentales, de la primacía jurídica de la Constitución, del pluralismo de los partidos políticos, y de las «cláusulas de apertura», entre otros principios. Este proceso irradió las transiciones políticas de regímenes militares dictatoriales a regímenes civiles democráticos en América Latina y, posteriormente, también alcanzó otras latitudes, como a la espasmódica llamada Primavera Árabe de la década de 2000.

En ese curso histórico internacional, el constitucionalismo peruano ha ido adquiriendo, desde la década de 1980, ciertos atributos propios de una democracia constitucional en proceso de maduración, gracias a la

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

globalización del derecho constitucional. Este proceso de mundialización constituye un ariete para transformar la realidad nacional, una herramienta para potenciar las fuerzas vitales de la sociedad de acuerdo con el carácter nacional. En efecto, la globalización no es capaz de engendrar nada que no se halle previamente establecido en el seno de una sociedad —en este caso, la peruana—, con disposición al cambio, en el marco cultural de cada ordenamiento constitucional (Häberle, 2000).

Ahora bien, el motor de dicho proceso no ha sido otro que la revalorización de la persona humana y los derechos fundamentales como eje central del Estado democrático constitucional, dicha revalorización se ha convertido en un principio universal común a diferentes sociedades, culturas e incluso religiones del mundo. Así, los desafíos del constitucionalismo contemporáneo no se limitan a superar los resabios autoritarios en la democracia, sino que implican también enfrentar la extrema pobreza, y promover el desarrollo económico sostenible, superando las amenazas ecológicas a la Tierra. Pero tampoco se puede soslayar la necesidad del respeto de los derechos humanos frente a fenómenos como las oleadas de migrantes internacionales; la lucha contra el terrorismo y el fundamentalismo religioso; el combate contra el tráfico de drogas; la producción de armas de alto poder destructivo y su uso en conflictos armados internos e internacionales; los déficits éticos en la política y en las empresas; entre otros (Díaz Müller, coord., 2003).

Estos temas no son solo parte de la agenda del derecho internacional, sino también del derecho constitucional de los Estados; por ello, las respuestas a dichos dilemas se encuentran en el proceso de internacionalización del derecho constitucional y en el proceso de la constitucionalización del derecho internacional. Sin embargo, no se trata de instaurar una jerarquía entre ambos procesos, sino de coordinación, es decir, debe buscarse la complementariedad y subsidiariedad de ambos sistemas jurídicos. De este modo sería posible no solo una integración entre los Estados a partir de un método comparado de análisis de las tradiciones nacionales constitucionales —integración horizontal—, sino, también, el establecimiento de formas de solución de casos a través de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y de los de integración económica y/o comercial —integración vertical—.

En el proceso de globalización del derecho, el derecho comparado ha ido adquiriendo un rol protagónico para una mejor comprensión y solución de los viejos y nuevos desafíos constitucionales, tanto nacionales como internacionales. Por ello, se presentan a continuación algunos presupuestos y consideraciones temáticos para el desarrollo del ordenamiento constitucional nacional en el marco del derecho constitucional comparado.

II. LEGITIMIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Los principios constitucionales comunes, como la protección de los derechos fundamentales y la división de poderes propios de todo Estado de derecho, se han constituido en elementos legitimadores de los ordenamientos jurídicos nacionales; convirtiéndose así en la pauta de interpretación de las leyes en las cortes y tribunales, constitucionales y ordinarios, acorde con el derecho nacional e internacional. Esto es así, en la medida en que el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana se encuentra en los textos constitucionales e internacionales, entendidos como el orden jurídico universal del actual Estado democrático constitucional (De Vega García, 1988, pp. 803-818).

Por ello, se puede señalar que, en el actual estadio de evolución del Estado constitucional, este descubre la pluralidad cultural interna y externa, y comienza a proyectarse hacia la «comunidad mundial de Estados constitucionales», con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant (Häberle, 2004, p. 33). En efecto, la aplicación de dicha expresión pone en evidencia una realidad a la que Häberle ya había hecho referencia cuando señaló que el método comparativo era el quinto método de interpretación jurídica, más allá de los cuatro métodos de von Savigny (Häberle, 2001, pp. 162-165). Así, el modelo de Estado constitucional contemporáneo queda caracterizado por su apertura hacia el exterior y a la recepción de los estándares y principios del derecho internacional, particularmente de los derechos humanos, debido a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales.

Por ello, se puede señalar, aunque no sin especular, que en la actualidad la Constitución es una norma incompleta o inacabada que se integra y complementa necesariamente con las interpretaciones que formulan los jueces de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de que el ordenamiento jurídico nacional adquiera coherencia y plenitud (Ruiz Manero, 2007, pp. 69ss.). Pero, la articulación jurídica nacional e internacional no se sustenta necesariamente en una relación de integración vertical, sino de diálogo e interrelación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales. Por su parte, el uso del término 'derecho constitucional comparado' se ha diseminado en la última década, de modo que se emplea para hacer referencia tanto a la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro, como para describir una situación de interacción e influencias recíprocas entre tribunales (Canosa Usera & otros, 2015).

En ese marco, el concepto de diálogo abarca y moderniza el derecho constitucional comparado en la medida en que nos replantea viejos dilemas y nos plantea algunos nuevos desafíos, los cuales señalamos a continuación.

15

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

II.1. Universalidad y relativismo de los principios y los derechos humanos

Si bien el orden democrático y constitucional contemporáneo participa de valores comunes propios de todo Estado de derecho como la defensa de los derechos humanos, la división y control del poder, el acceso a la justicia independiente, la transparencia y la responsabilidad, entre otros; lo cierto es que los valores locales de carácter histórico —culturales, religiosos o tradicionales— otorgan, muchas veces, una naturaleza relativa a dichos principios. En otras palabras, los valores locales terminan, para unos, degradando o minando los valores democráticos universales o, para otros, respetándolos de acuerdo con los contextos culturales propios de cada sociedad y Estado.

De este modo, la coexistencia entre las visiones universalistas y relativistas de la democracia constitucional se basa, en la práctica, en la observación y el diálogo gradual, los cuales tienen lugar a través de la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. Este proceso ha experimentado avances, pero también estancamientos y retrocesos. En cualquier caso, son los estancamientos y retrocesos son materia de cuestionamiento cada vez que impliquen una limitación en el progreso del respeto de los derechos fundamentales y el control de los excesos del poder (Landa, 2014b).

Por ello, en la práctica se aboga por un diálogo con carácter obligatorio y no meramente facultativo. Dicho diálogo implica que, si las medidas nacionales de los Estados soberanos incurren en graves violaciones de los estándares imprescindibles o prohibiciones mínimas señalados por el Tratado de Roma de 1998 —genocidio, crímenes de *lesa humanidad*, crímenes de guerra y crímenes de agresión—, entonces, deberá juzgarse a los responsables, incluidos los jefes de Estado, ante un Tribunal Penal Internacional Permanente, además de otros tribunales especializados por países.

La diversidad cultural pone de manifiesto los diferentes conceptos de legitimidad del Estado y de la interpretación de los derechos humanos. Así, en países asiáticos el concepto de legitimidad estatal reposa sobre el principio de autoridad o de la ley como expresión de valores objetivos, mas no en la idea de las personas como individuos (Xiaoqing, 2006a; 2006b). Mientras tanto, en muchos países del África la interpretación de los derechos tiene un fuerte contenido de protección de la *identidad cultural*, la cual es muy diversa, debido a la variedad de minorías étnicas existentes en el continente. En algunos casos dicha identidad se ha reafirmado en reacción frente al fenómeno de la globalización, no solo de la economía, sino también de los derechos (Nwauche, 2010; Piergigli, 2010).

II.2. Conceptos de poder y de democracia constitucional

El poder del Estado se expresa no solo en la forma constitucional de organización tripartita del mismo —poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, sino, también, en el ejercicio del poder mismo en asuntos tanto internos como internacionales. En el ámbito interno se concibe a la democracia como la mejor —o menos mala— forma de organización del poder. Sin embargo, en el ámbito internacional, el poder del Estado depende de la capacidad de su ejercicio, antes que de su legalidad y/o legitimidad. Por eso, cuando en 1990 el presidente Bush de los Estados Unidos de América inició una guerra contra el presidente Hassan Husein de Irak —bajo la falsa acusación de que Irak tenía armas químicas de destrucción masiva— al margen de las normas internacionales y los mecanismos establecidos por las Naciones Unidas, se puso en evidencia que el ejercicio de su poder internacional encubría la imposición de sus valores democráticos nacionales, como si fuera la ley internacional. En efecto, «los Estados Unidos se sienten libres de proyectar su economía, fuerza militar y cultura por todo el mundo, mientras se niega, cada vez más, a constituirse en parte de las convenciones internacionales o a someterse a las estructuras de gobierno multilaterales» (Rubendfeld, 2004, p. 241).

El peligro yace en concebir unilateralmente el modelo de una democracia nacional como el parámetro de control y validez de la democracia mundial. Peligro que resulta especialmente grave cuando dicha concepción está en manos de pocos países con un poder internacional real. Esto ha permitido que se lleven a cabo operaciones que varían desde «intervenciones humanitarias», en 1991, de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en los Balcanes hasta la reciente anexión por parte de Rusia, en 2014, de la península de Crimea —territorio de la República de Ucrania— sobre la base de un referéndum popular no reconocido por la comunidad internacional.

Frente a una concepción unilateral del poder internacional, corresponde comparar y fortalecer una respuesta multilateral a través del derecho internacional y las Naciones Unidas. Por ello, tanto el proceso de internacionalización del derecho constitucional como, simultáneamente, el proceso de constitucionalización del derecho internacional constituyen un tópico contemporáneo del estudio del derecho comparado (Capaldo & otros, eds., 2012).

II.3. Elecciones libres y un sistema judicial independiente

La democracia constitucional contemporánea tiene, a nivel internacional, ciertos estándares para lo que se entiende como elecciones libres y competitivas. Asimismo, tiene ciertos estándares para lo que significa que un sistema judicial sea independiente e imparcial.

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

Por ello, es importante el estudio comparado de los mismos. Las elecciones constituyen la expresión política de los derechos humanos, debido a que, con un proceso electoral, se establece legítimamente un sistema de gobierno de gobierno democrático, base de la existencia y funcionamiento del Estado de derecho. No obstante, muchos países que han transitado de regímenes dictatoriales a regímenes democráticos se encuentran rediseñando sus sistemas electorales. Dichos sistemas, sometidos a un fuerte debate, están siendo rediseñados para evitar el fraude electoral y la falta de transparencia en los procesos electorales.

En este sentido, existen estándares electorales internacionales, reconocidos en los tratados universales y regionales así como en la legislación nacional, que regulan soberanamente los procesos electorales. Pero, dichos estándares internacionales y nacionales deben asegurar el ejercicio legítimo de los derechos políticos y las libertades fundamentales de los ciudadanos como una garantía de la alternancia democrática del poder (Comisión Europea, 2007). Así, se requiere asegurar elecciones periódicas, procedimientos establecidos en la ley junto con organismos estatales electorales e instituciones independientes de observación electoral, elecciones libres y competitivas con pluralidad de partidos, financiamiento transparente estatal y/o privado y acceso plural y equitativo a los medios de comunicación social. Asimismo, se demanda del estudio de las candidaturas libres, la democracia interna de los partidos, como paso previo para su participación en igualdad de condiciones y sin discriminación. El sufragio debe ser universal, libre, secreto e informado de las opciones a elegir; para lo cual se requiere un registro o padrón actualizado de los votantes. El escrutinio del voto depositado en las urnas debe ser la fidedigna expresión de la voluntad de los electores. En consecuencia, dicha voluntad debe ponerse de manifiesto en los resultados electorales de las elecciones convocadas —uninominales o plurinominales—, a través de los métodos de conteo de los votos y su transformación en las bancas o cargos puestos a elección. Para ello, es necesario asegurar un sistema de recepción de denuncias y procesos urgentes de protección de los derechos electorales.

En materia del sistema de justicia independiente e imparcial, se puede señalar que la justicia, en muchas partes del mundo, se encuentra sometida a presiones no solo gubernamentales, sino también de los grupos de presión. Esto ocurre, sobre todo, en países que atraviesan crisis constitucionales, inestabilidad institucional o conflictos armados —o periodos postconflictos—. Por ello, la independencia judicial es una variable de la democracia constitucional (Comisión Internacional de Juristas, 2007) que sirve, sobre todo, para afrontar las presiones gubernamentales en la aplicación de medidas limitativas de derechos

contra los opositores. Se trata del poder contramayoritario del control del poder público, cuya finalidad es proteger los derechos fundamentales de las víctimas de abusos de las fuerzas de seguridad. Por ello, existen principios básicos (ONU, 1985), en el marco de la Constitución, la legislación y la práctica judicial. Esto supone que los jueces actúen con imparcialidad, en función de los hechos y el derecho a aplicar, sin intromisiones indebidas, dando un trato imparcial a la partes del proceso.

Quienes ocupen los cargos judiciales, las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales, deben actuar de forma íntegra, idónea y ética. Asimismo, la ley debe asegurar la inamovilidad de los jueces en sus cargos, así como una remuneración o pensión digna del cargo. Por otra parte, la ley debe establecer también medidas disciplinarias con las garantías de defensa de todo proceso disciplinario. Por eso, los jueces solo podrán ser suspendidos del cargo o separados del mismo si no mantienen un comportamiento adecuado o ejercen su función de forma incompetente.

II.4. La libertad de expresión, pluralidad informativa y acceso a la información pública

En muchos países del mundo, el reconocimiento de la libertad de expresión —no solo como derecho fundamental, sino también como garantía institucional para la democracia constitucional— es aún una tarea pendiente. Más aun, en algunos de estos Estados incluso existen políticas de censura y persecución a medios de comunicación y hasta asesinatos a periodistas independientes. Mientras que, en otros países, a pesar de la recuperación de la democracia y la libertad de expresión después de las dictaduras militares, aún se producen amenazas, restricciones o limitaciones a la labor independiente de los periodistas y de los medios de comunicación. Asimismo, los gobiernos democráticos tienen una tarea pendiente con el derecho al acceso a la información de interés público. Esto se debe a la falta de transparencia en el manejo gubernamental de los asuntos públicos, sobre todo, cuando hay denuncias de corrupción en las altas esferas del Estado y dichas autoridades, haciendo mal uso de sus cargos, apelan muchas veces al secreto de la información así como a las inmunidades y privilegios de la información patrimonial pública y/o privada.

Todo esto contrasta con la apertura de los mercados y la flexibilización de las reglas económicas en favor de las corporaciones, al punto que se viene produciendo en el mundo un especial proceso de concentración de la propiedad de los medios de comunicación (periódicos, televisoras y radios) en manos de grupos empresariales, lo cual pone en peligro la pluralidad informativa. Frente a esta situación, muchos gobiernos

19

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL
THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

democráticos han establecido leyes sobre la libre competencia y defensa de los usuarios y otros han aprobado normas legales especiales que establecen topes para evitar las fusiones corporativas en materia de medios de comunicación social (OEA, 2004).

Sin embargo, en las sociedades democráticas débiles, viene aumentando el peligro de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación para la libertad de expresión y el pluralismo informativo, de modo tal que la garantía de la libertad de expresión y del pluralismo informativo se torna precaria. Por otra parte, el mercado de los medios de comunicación se ha ido expandiendo a través de la tecnología digital y el uso de Internet. Así, la libertad de expresión se ha complejizado con la cada vez mayor potenciación de la difusión de los medios de comunicación a través de Internet. Esto último, a su vez, hace más gravosos los excesos que se cometen en contra de la privacidad, la imagen, el honor o la buena reputación de una persona, los cuales pueden difundirse muy rápidamente a través de la prensa digital y quedar registrados en los servidores (Google, Yahoo, Altavista, YouTube, Bing Shopping, etcétera). Todo lo anterior plantea desafíos acerca de cómo asegurar la protección de la libertad de expresión si los Estados apelan a su soberanía nacional y a la no injerencia en sus asuntos internos. Asimismo, queda por definir cómo garantizar que el derecho de acceso a la información pública sea eficaz frente al «secretismo» de los Estados que no permiten obtener información reservada y/o secreta sobre temas que son de interés público.

Si bien corresponde al legislador regular la concentración de medios de comunicación para proteger las afectaciones a la pluralidad informativa, los Estados deberían definir si existe alguna modalidad de concentración que sea compatible con la pluralidad informativa. O, alternativamente y a falta de una ley, le corresponde a los órganos judiciales ordinarios o especializados de control de la constitucionalidad definir los límites de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación, incluida la propiedad cruzada de medios (Pérez Gómez, 2002). Asimismo, se abre el debate sobre cómo proteger a las personas o grupos más vulnerables, como los niños y adolescentes, para que no sean objeto de violación de sus derechos a la intimidad por los medios de comunicación en forma digital. Por otra parte, surge el problema del registro de la información: cuando la prensa recibe un pedido de rectificación a la información, puede que esta quede registrada en el servidor que se ha utilizado, a pesar de haber sido borrada o rectificada en el portal electrónico del medio en cuestión.

II.5. Derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

Los clásicos derechos y libertades propios del Estado de derecho se han visto ampliados tanto en el orden jurídico nacional como internacional, aunque no sin cuestionamientos y debates sobre su naturaleza de derechos fundamentales. Lo cierto es que las necesidades humanas básicas, de carácter económico, social e incluso cultural se han incorporado, desde la segunda mitad del siglo XX, en las constituciones nacionales y en los pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas. De este modo, dichos derechos han pasado a formar parte del acervo jurídico de las naciones desarrolladas y en vías en desarrollo (Langford, 2013, pp. 31-42). Sin embargo, las necesidades básicas humanas no están cubiertas para todos los hombres, sino que dependen, de un lado, de la redistribución de la riqueza que realizan los Estados a través de los DESC y, por otro lado, de las políticas nacionales e institucionales expresadas en las constituciones y leyes, así como en la jurisprudencia nacional e internacional.

Como es de entender, el reconocimiento jurídico de los DESC es progresivo en el tiempo. Así, su incorporación no ha sido pacífica, sino producto de las luchas sociales de los pueblos debido a la desigualdad social, caracterizada en muchas regiones por formas de discriminación racial, sexual, origen social o étnica, básicamente. Adicionalmente, la desigualdad se ve agravada en épocas de crisis económica nacional e internacional, pues los ajustes económicos y/o financieros que realizan muchos países recaen sobre los sectores más desprotegidos de sus sociedades.

Todo esto ha reabierto el debate en torno a los DESC con viejos y nuevos argumentos. Por un lado, hay quienes sostienen que los DESC no son derechos fundamentales, en la medida en que no gozan de una estructura jurídica propia de los derechos civiles y políticos, es decir, de una naturaleza estrictamente subjetiva, garantizada en la ley mediante normas prescriptivas, que permita hacerlos exigibles y justiciables ante el Poder Judicial, sin que se requiera asignar un presupuesto público especial (Böckenförde, 1993, pp. 76-78). Por otro lado, los nuevos argumentos no se han hecho esperar desde la dogmática y jurisprudencia constitucional. Así, se ha planteado que los DESC son también derechos humanos, en la medida en que el trabajo, la salud, la educación, la pensión y/o la vivienda constituyen necesidades materiales de los hombres sin las cuales no podrían ejercerse los derechos civiles y políticos. De modo que todos los derechos son propios de las sociedades democráticas contemporáneas, donde se reconoce a toda persona una vida digna.

21

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

Ello no es óbice para que se discuta acerca de la naturaleza jurídica de los DESC: habiéndose distinguido entre los ámbitos subjetivo y objetivo de los derechos al trabajo, educación, salud o vivienda; desde una perspectiva subjetiva estos derechos gozan de una estructura jurídica similar a la de los derechos civiles y políticos, pues constituyen una norma regla y no requieren de presupuesto público. Por ello, los jueces pueden tutelar subjetivamente los DESC demandados. Con lo cual se descarta la vieja idea de que los DESC solo eran derechos programáticos o intereses legítimos, y se pasa a concebirlos ahora como derechos progresivos y no regresivos, lo cual requiere de una materialización acumulativa en el tiempo. Asimismo, la ausencia de una ley que desarrolle la realización de las faz objetiva de los DESC ha otorgado a los jueces un rol activo en la declaración del derecho, ante la ausencia y vacíos del legislador. Es por esto que, los tratados y la jurisprudencia internacionales juegan un rol importante en la configuración de los DESC (Mezzetti, 2015, pp. 117-148). Esto, sin embargo, no resuelve el problema de la incapacidad del juez constitucional para disponer del presupuesto público estatal de forma sectorial, aunque sí en casos individuales.

El análisis de los DESC constituye el laboratorio de estudio de los alcances y los límites del derecho moderno. Esto ha sido posible gracias a los espacios de integración económica y social, en los que el avance del derecho comparado —mediante la expansión de la internacionalización de los derechos humanos— ha alcanzado a los DESC (Bonilla Maldonado, ed., 2015). Esto, sin embargo, no es suficiente para resolver los desafíos que quedan pendientes sobre el diseño institucional que demanda el Estado constitucional para poner en vigencia los DESC.

II.6. Nuevos derechos fundamentales

El proceso de constitucionalización de los derechos humanos ha dado lugar al reconocimiento de nuevos derechos a sujetos vulnerables. Aunque dichos sujetos han existido siempre, los Estados han empezado a reconocerles u otorgarles una protección especial a nivel nacional e internacional progresivamente. Este es el caso, por ejemplo, de la mujeres, los pueblos indígenas, los niños y adolescentes, los migrantes, los discapacitados, los adultos mayores, y las personas con una opción sexual diferente a la comúnmente aceptada. Este proceso de reconocimiento de derechos constituye un campo de investigación fértil para el derecho comparado. Así, por ejemplo, en las últimas décadas ha cobrado vital importancia el desarrollo de un *corpus iuris* en materia de los derechos de los pueblos indígenas en regiones con fuertes y supérstites tradiciones de los pueblos originarios. Esto se ha reflejado en la normativa de las Naciones Unidas así como en las constituciones y jurisprudencias de las

23

Cortes nacionales e internacionales. Lo cual resulta particularmente relevante, si se tiene en cuenta que, en los países de América Latina, la población indígena y de origen africano hoy en día es cercana a los 45 millones de personas¹.

A pesar de que la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 169 promueven que cada Estado asegure que los pueblos indígenas gocen efectivamente de todos los derechos humanos —en pie de igualdad con el respeto de la población—, dicha protección no siempre es efectiva. Esto se debe a que no se reconoce a la «comunidad indígena» como tal debido a cuestionamientos sobre la identificación de sus titulares, a la falta de existencia legal de derechos colectivos; asimismo, hace falta que se protejan su identidad cultural, la integridad de su territorio, la propiedad de los recursos naturales, el conocimiento tradicional, el derecho consuetudinario y la jurisdicción.

Por otro lado, el proceso de globalización mundial económica y política ha conllevado un alto flujo de migrantes. En la actualidad, los migrantes pueden constituir el quinto «país» más poblado del mundo (Comité Económico y Social Europeo, 2007, p. 125). Asimismo, en América Latina esta población es de más de nueve millones de migrantes (ONU, 2013). Si bien son los Estados los que regulan, sobre la base de su soberanía nacional, sus políticas migratorias y de fronteras, nos encontramos frente a un fenómeno global que requiere atención tanto no solo de los tratados internacionales, sino también de las constituciones y leyes de los Estados. No obstante el alto flujo migratorio hacia Estados centrales de Europa y los Estados Unidos básicamente, la percepción que del problema de los migrantes tienen dichos Estados es de carácter nacional. Así, están centrados en políticas migratorias de control y/o lucha contra la inmigración ilegal. Esto implica que, sobre la base de su soberanía nacional, desconocen los derechos humanos básicos que tiene toda persona y/o familia al margen de su calidad migratoria en cualquier territorio. El respeto de los derechos humanos básicos no solo de los nacionales, sino también de los extranjeros, constituye un mandato jurídico internacional para los Estados.

En este contexto de constante flujo migratorio internacional, cobran especial interés los derechos al asilo, a la residencia, al libre tránsito, a la nacionalidad, y a la unidad familiar, así como los derechos sociales y

1 La población indígena se encuentra integrada en 826 pueblos indígenas en los países de la región, con un panorama muy diverso. En un extremo, con poblaciones considerables, se ubican Brasil (donde existen 305 pueblos indígenas), Colombia (102), Perú (85) y México (78); del otro extremo tenemos países con un número bastante más pequeño de pueblos indígenas: Costa Rica (9), Panamá (9), El Salvador (3) y Uruguay (2) (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - Cepal, 2004).

económicos a la salud, a la educación, a la seguridad social y al trabajo, sobre todo porque los migrantes son grupos vulnerables (Ara Pinilla, 2004, p. 117). Por otra parte, también resulta importante el derecho al debido proceso ante las violaciones a los derechos señalados.

Finalmente, desde finales del siglo XX, el proceso de modernización democrática de las sociedades tradicionales y patriarcales, en muchas regiones del mundo, ha dado lugar a la revalorización de la mujer como un sujeto de derecho de protección nacional e internacional. En efecto, como es sabido, la subordinación y discriminación social y económica de la mujer es, en muchos casos, un fenómeno propio del modelo tradicional de sociedad y de Estado. De modo que, si bien las normas nacionales han ido incorporándolas progresivamente mediante el reconocimiento de iguales derechos que el varón, sin discriminación alguna, también se producen nuevos desafíos al rol de la mujer en las sociedades modernas con relación a la igualdad en el empleo o en el ámbito privado de los derechos sexuales y reproductivos (Ramírez Huaroto, 2013).

III. PERSPECTIVAS

El proceso de apertura constitucional ha sido una de las condicionantes del establecimiento de canales de interrelación entre los sistemas constitucionales comparados, lo cual ha ido perfilando un nuevo modelo de Estado constitucional propio de las democracias latinoamericanas. En este sentido, en el marco del proceso de apertura constitucional y las obligaciones que se derivan de este —de manera explícita o implícita—, la labor de la jurisdicción especializada u ordinaria tiene en los tratados internacionales un campo fértil para promover no solo el respeto de los derechos fundamentales y el control de los excesos del poder, sino también coadyuvar al bienestar general y al desarrollo humano. Así, en América Latina se ha empezado a concebir el concepto del diálogo judicial a partir de la aplicación de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la consideración de la jurisprudencia constitucional no solo de países latinoamericanos, sino también de España, Alemania, Italia, Estados Unidos o Sudáfrica, así como de los tribunales internacionales. En efecto, dicho diálogo es manifestación o expresión de lo que ha venido a denominarse *ius constitutionale comune* (Bogdandy, 2014). Así, en América Latina existen tres principios fundamentales que forman parte de la noción de derecho público común en construcción: los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho (Landa, 2014a).

La tutela de estos tres principios no solo se realiza en el ámbito nacional, ya que ello sería insuficiente, sino también en el ámbito internacional, lo cual abre nuevos paradigmas en el ámbito americano. Así, se puede

afirmar que en efecto hay una interacción real y potencial entre las judicaturas. Este diálogo judicial es reflejo y consecuencia de la formación de un escenario de pluralismo constitucional en el que los ordenamientos jurídicos nacionales coexistan y se articulen bajo la regla de la complementariedad. No obstante, habría que tener en cuenta que esta descripción ideal, de lo que se denomina diálogo horizontal entre las cortes supremas y/o constitucionales, también adquiere otra naturaleza cuando se trata del diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En este caso, el diálogo es vinculante y se deriva de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados soberanamente, lo cual no implica necesariamente que se trate de un proceso pacífico, sino que también ha generado conflictos (Landa, 2015). De todos modos cabe anotar que no en todos los supuestos en los que un tribunal nacional se aparta de lo dispuesto por un tribunal como la Corte IDH hay una contradicción o ausencia de diálogo entre los jueces nacionales y el tribunal interamericano. La relación entre dichos ordenamientos, el nacional y el internacional, no es una relación exclusivamente de subsidiariedad, sino también de complementariedad. Por eso, los Estados cuentan con un margen de apreciación o deferencia nacional que les permite brindar tratamiento distinto al contenido de un derecho fundamental, siempre que no se atente contra el mínimo o el contenido esencial del derecho humano (Kumm, 2013).

El mayor o menor margen de apreciación con el que cuentan los Estados para limitar un derecho o dotarlo de contenido depende de la naturaleza del derecho, pero también de razones relativas a la legitimidad democrática de la decisión o acción que restringe el derecho, así como de la práctica y/o consenso de los Estados en cuanto a determinados límites relativos a la restricción de un derecho (Legg, 2012, p. 37). Así, aunque la Corte IDH no haya abordado el concepto de «margen de apreciación» de manera expresa, como en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sí ha hecho uso del mismo en los casos contenciosos que resuelve.

Por otro lado, también se puede hacer referencia a los supuestos en los que existe solo una apariencia de diálogo. En este último caso, la judicatura nacional apela al uso de los estándares del SIDH, pero en un sentido distinto a los propios alcances y contenidos que la Corte IDH ha brindado a determinado derecho. En todo caso, se trata de un supuesto que podría calificar como fraude en la medida en que tergiversa el sentido de un fallo internacional para llegar a una conclusión, en la decisión nacional, distinta y opuesta a la que originalmente ha previsto la Corte IDH. La forma en que se aborde el tema relativo al diálogo entre tribunales en el SIDH debe involucrar o tomar en cuenta los supuestos antes mencionados para poder obtener una visión equilibrada y real sobre el proceso de apertura constitucional. Esto es necesario si es que se

25

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

pretende afianzar la relación entre órganos jurisdiccionales con miras al fortalecimiento del modelo de Estado constitucional cooperativo.

El concepto de «diálogo» debe plantearse como un proceso aún inacabado, incompleto. Las referencias al concepto de diálogo tienen una finalidad de orden normativo, o más bien, relacionada con el deber ser. El hecho de que no se pueda decir que en la actualidad tiene lugar un verdadero diálogo judicial, con los distintos actores e interlocutores, no significa que deba ser una categoría desechable, particularmente en un contexto de globalización y apertura constitucional. En este proceso a veces disruptivo, el planteamiento de un diálogo con tribunales como los internacionales no debiera estar ausente en el ejercicio jurisdiccional de los tribunales constitucionales (Føllesdal, 2013). En efecto, no debe perderse de vista que no existen titulares de la «última palabra», razón por la que eventualmente las decisiones de la justicia constitucional podrían ser revisadas por la propia Corte IDH, en caso no se siga la jurisprudencia o no haya un apartamiento justificado de la línea o los estándares interamericanos.

El diálogo es una condición existencial del modelo del Estado constitucional contemporáneo que no solo se sustenta en el mandato normativo que se deriva de las constituciones, sino también en el hecho de que los jueces son agentes de primera línea en la construcción de una América de los derechos y deben ocupar un lugar en la comunidad de intérpretes jurisdiccionales. Como fuere, tampoco debe perderse de vista que la incorporación de los estándares internacionales brinda legitimidad y fortalece el rol de la justicia constitucional en espacios de debilidad institucional (Sáiz Arnaiz, 2013, pp. 140ss.). Por ello, la participación de una significativa delegación de doce profesores e investigadores peruanos en el IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional en la Universidad de Oslo, del 16 al 20 de junio de 2014 (International Association of Constitutional Law, 2014) fue una muestra de que el derecho constitucional peruano se abre no solo a la región latinoamericana e iberoamericana, sino también a otras culturas y lenguas jurídicas, diferentes a lo usualmente estudiado y/o leído. Esta apertura ha sido posible gracias al proceso democrático constitucional que ha llevado a erigir a la norma constitucional como la fuente primaria del Estado de derecho; en virtud de que los derechos fundamentales se han constituido en la fuerza normativa que le otorga vida a la Constitución. Por ello, se publican, en este número de la revista *Derecho PUCP*, las ponencias peruanas más destacadas y algunas ponencias de ponentes extranjeros presentadas en el mencionado Congreso y que sus autores generosamente nos han facilitado para su traducción y presente publicación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Ara Pinilla, Ignacio (2004). La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes. En Laura Miraut (ed.). *Justicia, migración y derecho* (pp. 113-126). Madrid: Dykinson.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.

Bogdandy, Armin von (2014). *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. En Armin von Bogdandy & otros (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (pp. 3-23). México D.F.: UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Bonilla Maldonado, Daniel (ed.) (2015). *Constitucionalismo del sur global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Canosa Usera, Raúl & otros (2015). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos* (segunda edición). Lima: Thomson Reuters.

Capaldo, Griselda & otros (eds.) (2012). *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2004). Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile: Naciones Unidas. Recuperado el 20 de agosto de 2015 de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37222/S1420521_es.pdf?sequence=1.

Comisión Europea (2007). *Compendio de estándares electorales internacionales* (tercera edición). Bruselas: Comisión Europea/NEEDS. Recuperado el 15 de setiembre de 2015 de www.needsproject.eu/files/Compendium_of_Int_Standards_3_ES.pdf.

Comisión Internacional de Juristas (2007). *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Comité Económico y Social Europeo (2007). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Salud y migración». 2007/C256/22. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C256 (27 de octubre), pp. 123-130.

De Vega García, Pedro (1988). En torno a la legitimidad constitucional. En Autores varios, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo I: *Derecho constitucional* (pp. 803-825). México D.F.: UNAM.

Díaz Müller, Luis (coord.) (2003). *Globalización y derechos humanos*. México D.F.: UNAM.

Fleiner, Thomas (2014). The IACL: An Asset to Learn Comparative Constitutional Law. En Lidija Basta Fleiner & Tanasije Marinkovic (eds.),

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law (pp. 251-263). La Haya: Eleven International Publishing.

Føllesdal, Andreas (2013). The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory. *Theoretical Inquiries in Law*, 14 (2), 339-360. Recuperado el 20 de setiembre de 2015 de <http://ssrn.com/abstract=2261060>.

Häberle, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (segunda edición). Madrid: Tecnos.

Häberle, Peter (2001). *El Estado constitucional*. México D.F.: UNAM.

Häberle, Peter (2004). El Estado constitucional europeo. En Miguel Carbonell & Pedro Salazar (eds.), *La constitucionalización de Europa* (pp. 23-43). México: UNAM.

International Association of Constitutional Law (2014). IX World Congress of Constitutional Law. Oslo, 16-20 de junio. Recuperado el 12 de setiembre de 2015 de <http://www.uio.no/wccl>.

Kumm, Mattias (2013). Constitutionalism and the Cosmopolitan State. *NYU School of Law, Public Law Research No. 13-68*.

Landa, César (2014a). El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano. Entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. En Susana Castañeda (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos* (pp. 219-254). Lima: Adrus.

Landa, César (2014b). Latin American Constitutionalism between Universality and Cultural Particularity. En Lidija Basta Fleiner & Tanasije Marinkovic (eds.), *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law* (pp. 83-92). La Haya: Eleven International Publishing.

Landa, César (2015). ¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. En Luis López Guerra & Alejandro Sáiz Arnaiz (dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales* (pp. 187-227). Lima: Palestra.

Langford, Malcom (2013). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo/Universidad de los Andes.

Legg, Andrew (2012). *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*. Oxford: Oxford University Press.

Mezzetti, Luca (2015). *Los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1985). Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,

celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Recuperados de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2002). Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. E/CN.4/2003/65, Anexo (pp. 19-31). Recuperados de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/CN.4/2003/65>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2013). International Migration Report. Informe presentado por el la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales en diciembre de 2013. ST/ESA/SER.A/346. Recuperado el 5 de julio de 2015 de http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/migration/migrationreport2013/Full_Document_final.pdf.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2004). Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Recuperado el 4 de junio de 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=459&IID=2>.

Nwauche, Enyinna (2010). Effective Protection of Indigenous Peoples in Africa, the Constitutional Recognition of their Customary Law. Ponencia presentada en VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional: Constituciones y Principios. México, 6-10 de diciembre de 2010. Recuperado el 5 de setiembre de 2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/7/122.pdf>.

Pérez Gómez, Alberto (2002). *El control de las concentraciones de medios de comunicación*. Madrid: Dykinson.

Piergigli, Valeria (2010). Linguistic minorities and cultural diversity in the present African Constitutions. Ponencia presentada en VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional: Constituciones y Principios. México, 6-10 de diciembre de 2010. Recuperado el 5 de setiembre de 2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/4/73.pdf>.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2013). Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la sentencia en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. *Gaceta Constitucional*, 61 (enero), 366-377.

Rubendfeld, Jed (2004). Unilateralismo y constitucionalismo. *Pensamiento Constitucional*, 10, 185-244.

Ruiz Manero, Juan (2007). Una tipología de las normas constitucionales. En Josep Aguiló Regla & otros. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

Sáiz Arnaiz, Alejandro (2013). Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. En *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 131-160). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

EL DERECHO
CONSTITUCIONAL
COMPARADO
EN EL
ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL
NACIONAL: A
PROPÓSITO DEL
IX CONGRESO
MUNDIAL DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

THE COMPARATIVE
CONSTITUTIONAL
LAW ON NATIONAL
CONSTITUTIONAL
SYSTEM: WITH
REGARD TO
THE IX WORLD
CONGRESS OF
CONSTITUTIONAL
LAW

Starck, Christian (2014). Association Internationale de Droit Constitutionnel. Sa fondation et son développement dans les premières années. En Lidija Basta Fleiner & Tanasije Marinkovic (eds.), *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law* (p. 247). La Haya: Eleven International Publishing.

Xiaoqing, Bi (2006a). Ruling the Country by Law and Building a Socialist State under Rule of Law. En Li Buyun (ed.), *Constitutionalism in China* (pp. 113-126). China: Law Press.

Xiaoqing, Bi (2006b). Theoretical Basis and Significance of Ruling the Country by Law. En Li Buyun (ed.), *Constitutionalism in China* (pp. 127-162). China: Law Press.

Recibido: 21/09/2015

Aprobado: 16/10/2015

El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

The impact of the jurisprudence of the Inter- American Court on the European Court of Human Rights

MARÍA DÍAZ CREGO*

Resumen: La influencia recíproca de las jurisprudencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido objeto de muchos estudios, que han tendido a poner especial atención en el impacto de la jurisprudencia europea en su homóloga americana. En este contexto, el trabajo que se presenta propone analizar el fenómeno inverso, estudiando las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han citado de forma expresa a la Corte Interamericana, con miras a determinar las materias sobre las que la influencia interamericana en la jurisprudencia europea es más evidente, así como el alcance de esa eventual influencia.

Palabras clave: Impacto – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos

Abstract: The reciprocal influence between the Inter- American Court and the European Court of Human Rights has been analysed by several studies that have focused on the impact of the European case- law in its Inter- American counterpart. In this context, this paper aims to pay attention to the reverse phenomenon. Therefore, it studies the decisions in which the European Court of Human Rights has explicitly referred to the Inter-American Court's case law. By doing so, it attempts to elucidate the subject areas in which the European Court is most influenced by its Inter-American counterpart and the extent of this influence.

Key words: Impact – American Court of Human Rights – European Court of Human Rights

* Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Alcalá desde el año 2006, también ha impartido docencia en programas oficiales en la Universidad Carlos III de Madrid y en la *Università degli Studi di Verona*. Se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, recibiendo uno de los Premios Extraordinarios de Doctorado 2006/07, y ha desarrollado una intensa actividad investigadora, participando en numerosos proyectos de investigación internacionales y realizado varias estancias de investigación en centros extranjeros. Correo electrónico: maria.diazcrego@uah.es. Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación «El impacto de las decisiones del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un impulso hacia la globalización de los derechos» (DER2012-37637-C02-02), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español y dirigido por los profesores Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid) y Pablo Santolaya (Universidad de Alcalá, Madrid). Fecha de actualización: enero de 2014.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE RIGEN EL PROCESO ANTE EL TEDH.- III. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS).- IV. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE SUFRIR TORTURAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (ARTÍCULO 3 DE LA CEDH).- V. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (ARTÍCULO 6 DE LA CEDH).- VI. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CEDH).- VII. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 10 DE LA CEDH).- VIII. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PENAL Y DE NE BIS IN IDEM (ARTÍCULO 7 DE LA CEDH Y 4 DEL PROTOCOLO ADICIONAL NÚMERO 7).- IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hizo su primera referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH) el 16 de setiembre de 1996, en el caso *Akdivar y otros contra Turquía*, en el que se remitió a la sentencia de la Corte IDH en el asunto *Velásquez Rodríguez* (1987), a fin de resolver una cuestión relacionada con el agotamiento de las vías de recurso internas. A esta primera reseña le siguieron otras, especialmente en los últimos años, en los que las referencias del TEDH a la Corte IDH han crecido de forma exponencial.

Hasta la fecha, el TEDH se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH en un total de 24 asuntos, de los cuales 12 son de Gran Sala (TEDH, 1996; 1998; 2005a; 2005b; 2007; 2009a; 2009b; 2009d; 2009e; 2010; 2011a; 2011b) y otros 12 son de una de las Salas del TEDH (2000; 2006a; 2006b; 2008a; 2008b; 2009c; 2012a; 2012b; 2012c; 2012e; 2013b; 2013c). Además, en un número importante de asuntos, bien las partes (TEDH, 2013d), bien terceros (TEDH, 2012d; 2013d entre otros), o bien los propios jueces, en sus opiniones disidentes o concurrentes (opinión concordante común de los Jueces Tulkens, Spielmann, Sicilianos y Keller en TEDH, 2012d; opinión concordante de la Juez Yudkivska en TEDH, 2013a), hacen referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, sin que el TEDH asuma esa mención explícitamente.

Teniendo en cuenta estos elementos, puramente numéricos, podríamos afirmar que la influencia de la Corte IDH en el TEDH es débil. Sin embargo, esta observación inicial dejaría muchas preguntas en el

tintero: ¿hay alguna línea jurisprudencial de la Corte IDH que haya sido claramente adoptada por el TEDH? ¿Qué alcance real tienen las referencias a la Corte IDH realizadas por el TEDH? ¿Esas referencias son de tal envergadura que podemos hablar de un claro impacto de la Corte IDH en la jurisprudencia del TEDH referida a ciertas materias? Veamos con un poco más de detalle la jurisprudencia indicada, a fin de tratar de resolver algunas de estas cuestiones.

II. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE RIGEN EL PROCESO ANTE EL TEDH

Como hemos señalado, la primera ocasión en la que el TEDH hizo referencia a una decisión de la Corte IDH fue en el caso *Akdivar* y otros (TEDH, 1996). La referencia tenía como objeto fundamentar la toma de postura del TEDH en relación con una cuestión procesal esencial: el agotamiento de las vías de recurso internas. Tras esta primera decisión, el TEDH se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con otras dos cuestiones procedimentales: las medidas cautelares y la competencia *ratione temporis* del tribunal en casos de muerte o desaparición. Esta última jurisprudencia la valoraremos en los apartados III y IV, junto a las cuestiones sustantivas conexas.

En lo que se refiere al agotamiento de las vías de recurso internas, hay que señalar que, en el caso *Akdivar* y otros, el TEDH debía pronunciarse sobre la destrucción de los hogares de los demandantes por los cuerpos de seguridad turcos en el marco del conflicto armado que enfrentaba al Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK por sus siglas en kurdo) y al gobierno de ese país. Sin embargo, se planteó una cuestión procedimental previa, ya que el gobierno turco alegó que los demandantes no habían agotado las vías de recurso internas, pues no habían siquiera intentado iniciar un procedimiento ante los tribunales del Estado. Tras subrayar que, según su jurisprudencia, los demandantes tienen la obligación de agotar aquellas vías de recurso internas que puedan ser consideradas efectivas y accesibles, el TEDH señalaba que algunas circunstancias particulares pueden eximir a los demandantes de tal obligación, según se deduce de principios de derecho internacional reconocidos (TEDH, 1996, fundamento jurídico 67). En esa línea, el TEDH hizo referencia a las circunstancias excepcionales del caso, haciendo especial hincapié en el contexto de confrontación civil en el que se habían producido los hechos, la situación de emergencia que se vivía en esa zona de Turquía, la incapacidad del gobierno turco para presentar un solo ejemplo de decisión interna que se pronunciara sobre hechos semejantes, y la evidente falta de voluntad de las autoridades del país para investigar los hechos analizados, lo que llevaba a pensar que

33

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

una eventual demanda ante los tribunales internos sería desestimada por falta de prueba.

Para justificar su posicionamiento en el caso Akdivar, el TEDH se remitió a su jurisprudencia precedente, a la de la Comisión Europea de Derechos Humanos y a dos decisiones de la Corte IDH: la sentencia adoptada en el caso Velásquez Rodríguez (1988), y la Opinión consultiva sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos (1990). El caso Akdivar fue el primero en el que el TEDH se pronunció sobre la existencia de circunstancias excepcionales que pudieran justificar el no agotamiento de las vías de recurso internas, de modo que parecía evidente que el Tribunal trataba de justificar su toma de postura en relación con una cuestión novedosa utilizando un argumento de autoridad: la jurisprudencia de la Corte IDH. En su jurisprudencia posterior sobre esta misma cuestión, el Tribunal no ha vuelto a referirse a la Corte IDH (Harris & otros, 2009, pp. 774ss.).

La influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH también ha podido percibirse en el cambio de postura del TEDH en relación con la obligatoriedad de sus propias medidas cautelares (Salado Osuna & Corzo Sosa, 2012). La ruptura del TEDH con su anterior jurisprudencia en la materia se produjo, como es sabido, en el conocidísimo asunto Mamatkulov y Askarov (TEDH, 2005a). Hasta esa decisión, el TEDH había negado el carácter obligatorio de las medidas cautelares adoptadas por los órganos de control del Convenio Europeo. Sin embargo, en Mamatkulov, el TEDH modificaba radicalmente su jurisprudencia, aduciendo que se habían producido importantes cambios en el mecanismo de control del Convenio con la entrada en vigor del Protocolo número 11, y que numerosas jurisdicciones internacionales habían reconocido ya el carácter vinculante de sus propias medidas cautelares. Entre las decisiones de tribunales internacionales mencionadas por el TEDH, se encontraban las sentencias adoptadas por la Corte IDH en los casos Loayza Tamayo (1997) e Hilaire, Constantine, Benjamin y otros (2002), así como varias referencias a resoluciones de la Corte IDH adoptando medidas provisionales. Sin embargo, el TEDH también hacía referencia a la jurisprudencia de otros órganos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, o la Corte Internacional de Justicia. De hecho, el TEDH parecía otorgar una importancia especial a las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los casos LaGrand, de 27 de junio de 2001, y Avena y otros ciudadanos mexicanos, de 31 de marzo de 2004, a los que hacía una referencia muy extensa en la fundamentación jurídica de la sentencia. Posteriormente, el TEDH ha aplicado la jurisprudencia Mamatkulov y Askarov en multitud de ocasiones (Harris & otros, 2009, pp. 842ss.; Zwaak, 2006a, pp. 110ss.), pero el Alto Tribunal no ha vuelto a hacer mención de la jurisprudencia americana en la materia.

III. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

35

En lo que concierne al derecho a la vida, el TEDH se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la pena de muerte, a las leyes de amnistía y, sobre todo, a la determinación de la competencia *ratione temporis* del TEDH para pronunciarse sobre violaciones procedimentales del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

a) La pena de muerte

La influencia de la jurisprudencia americana sobre el tratamiento de la pena de muerte por parte del TEDH parece haber sido débil, solo existe una única referencia explícita a la Corte IDH por parte de su homólogo europeo en el asunto *Öcalan* (2005b). En este importante asunto, el TEDH debía pronunciarse sobre la eventual violación de numerosos derechos en relación con la detención y la condena a muerte del jefe del PKK en Turquía. Entre las cuestiones que fueron planteadas ante el TEDH, se encontraba la eventual vulneración del derecho a la vida que habría provocado la condena a muerte del demandante. Este alegaba así que, puesto que todos los Estados parte del Convenio habían abolido la pena de muerte en tiempo de paz (salvo Rusia), la imposición de la misma debía considerarse contraria a los artículos 2 y 3 de la CEDH (derecho a la vida y prohibición de tortura, respectivamente).

THE IMPACT OF THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT ON THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

El TEDH se pronunció sobre esta cuestión de forma indirecta, señalando que, en el caso objeto de análisis, la condena a muerte habría vulnerado los derechos indicados porque el demandante no había tenido un proceso justo, tal y como exige el artículo 6 de la CEDH. Para llegar a esta conclusión, el TEDH hacía referencia a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Corte IDH (2002; 1999), que habían afirmado en numerosas ocasiones que las garantías del debido proceso debían respetarse de forma especialmente estricta y rigurosa cuando la pena a imponer al acusado pudiera ser la condena a muerte. Esta afirmación era novedosa en la jurisprudencia de Estrasburgo (Harris & otros, 2009, pp. 59ss.).

b) Los aspectos procedimentales del derecho a la vida

La influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en relación con aspectos procedimentales asociados a la garantía del derecho a la vida (artículo 2 de la CEDH) se ha centrado en el tratamiento de las leyes

de amnistía y de la determinación de la competencia *ratione temporis* del TEDH para pronunciarse sobre estos casos.

Como es sabido, el TEDH exige a los Estados parte de la CEDH la obligación positiva de llevar a cabo una investigación oficial efectiva sobre toda muerte violenta, desde su sentencia en el caso *McCann* (1995; según el TEDH, una investigación efectiva debe ser rápida y completa, debe llevarse a cabo de forma independiente y la víctima tiene que poder participar en ella de forma efectiva). Este aspecto «procedimental» del derecho a la vida ha cobrado una importancia singular en la jurisprudencia europea, tal y como ha sido subrayado en numerosas ocasiones (Harris & otros, 2009, pp. 48ss.; Zwaak, 2006b, pp. 367ss.). La Corte IDH también ha construido una obligación procedimental semejante a partir de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Garantías Judiciales y Protección Judicial, respectivamente), lo que ha permitido a ambas Cortes hacer continuas referencias a su homólogo del otro lado del Atlántico, con el consecuente enriquecimiento mutuo.

En este sentido, hay que señalar que el TEDH se refirió por vez primera a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia en el asunto *Al-Skeini* y otros (2011a). En este asunto, el TEDH debía determinar si el Estado demandando había vulnerado el artículo 2 de la CEDH durante la ocupación militar de Irak por las fuerzas armadas de varios países y debido a las muertes causadas por los propios soldados británicos. El TEDH se refería así a la sentencia adoptada por la Corte IDH en el caso de la Masacre de Mapiripán (2005b), y a otros instrumentos internacionales, a fin de fundamentar su posición sobre la obligación de los Estados de llevar a cabo una investigación oficial efectiva en relación con la muerte de los familiares de los demandantes, a pesar de que la misma se hubiera producido en el marco de un conflicto armado. La extensión de la obligación procedimental indicada a los casos de muertes violentas producidas en el marco de conflictos armados no era nueva en la jurisprudencia de Estrasburgo (Harris & otros, pp. 48ss.), de modo que la referencia a la jurisprudencia internacional en la materia parece explicarse por la extraordinaria trascendencia del caso objeto de estudio.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDH parece quizás más evidente en el tratamiento de las leyes de amnistía, aunque la postura adoptada por los órganos de control del Convenio Europeo y la Convención Americana en la materia no parece del todo coincidente. El TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia americana en dos casos relacionados con leyes de amnistía (2012c; 2008b). Curiosamente, en ambos casos, el TEDH hubo de pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía con el Convenio desde una perspectiva indirecta, en la medida en que fue la persona amnistiada, y no las víctimas de sus crímenes, quien acudió a Estrasburgo.

En el asunto Lexa (2008b), el razonamiento del TEDH sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía con el Convenio parecía claramente deficitario. El TEDH consideró violado el derecho a la libertad del demandante (artículo 5 de la CEDH), a pesar de que este habría participado presuntamente en la desaparición de una persona. El demandante había sido amnistiado por el delito indicado, pero fue procesado y condenado, tiempo después y tras la derogación de la ley de amnistía correspondiente, por esos mismos hechos. A pesar de la gravedad de los delitos presuntamente cometidos y la impunidad de la que el demandante había disfrutado, el TEDH entendió que su privación de libertad violaba el derecho a la libertad (artículo 5 de la CEDH). El TEDH hizo referencia en su razonamiento a los casos Barrios Altos (Corte IDH, 2001) y Bulacio (2003a) de la Corte IDH, lo que parece sorprendente si se tiene en cuenta que la jurisprudencia de la Corte IDH es constante en declarar la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana.

En el caso Marguš, mucho más reciente, la posición del TEDH parecía alinearse claramente con la de su homóloga americana (2012c). En este caso, el demandante había sido amnistiado en 1997 por los crímenes que cometió durante la guerra en Croacia. Debido a modificaciones jurisprudenciales sobre la interpretación de la ley de amnistía correspondiente, el proceso penal iniciado contra el demandante fue reabierto y este fue condenado por crímenes de guerra contra la población civil. En su demanda ante Estrasburgo, el demandante alegó que había sido juzgado dos veces por los mismos hechos, lo que sería contrario al principio de *ne bis in idem* (artículo 4 del Protocolo adicional número 7). Sin embargo, el TEDH entendió que la decisión por la que el proceso penal fue archivado era contraria a las normas de derecho internacional que prohíben la amnistía de personas que hayan cometido crímenes de guerra, contra la Humanidad o genocidio. De este modo, la reapertura del proceso no podía considerarse contraria al Convenio.

A fin de justificar su decisión, el TEDH se refirió a la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Barrios Altos (2001), a varias decisiones de la CIDH, y también a la jurisprudencia de la Comisión y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. El TEDH subrayó así que, si un agente del Estado era acusado de tortura, u otros tratos contrarios al Convenio o de muerte, las medidas de amnistía o perdón no eran posibles, ya que serían contrarias a la obligación que tiene el Estado de desarrollar una investigación oficial efectiva sobre tales hechos. El alineamiento de esta postura con la mantenida por otros tribunales internacionales parece, así, más que evidente.

37

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

Finalmente, la jurisprudencia del TEDH también está claramente vinculada a la de la Corte IDH en lo que se refiere a la determinación de la competencia *ratione temporis* de Estrasburgo para analizar eventuales vulneraciones de las obligaciones procedimentales derivadas del derecho a la vida. En el asunto Šilih (TEDH, 2009b), el TEDH analizó la eventual vulneración del artículo 2 de la CEDH en relación con una muerte que se había producido antes de la entrada en vigor del Convenio para Eslovenia. A pesar de la fecha de la muerte, los padres de la víctima demandaron al Estado alegando que no había cumplido las obligaciones procedimentales derivadas del mencionado artículo, ya que la investigación desarrollada por las autoridades internas no había sido capaz de determinar si el médico que atendió a su hijo podía considerarse responsable penalmente de su muerte. En ese contexto, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre su propia competencia *ratione temporis* para pronunciarse sobre violaciones procedimentales del derecho a la vida, cuando la muerte de la víctima se ha producido antes de la entrada en vigor del Convenio para el Estado afectado. Hasta ese momento, las distintas Salas del TEDH se habían pronunciado en sentidos diferentes, e incluso, contradictorios (compárense, por ejemplo, TEDH, 2001b y TEDH, 2003). La Gran Sala zanjaba la polémica entendiéndose, en principio, competente *ratione temporis* para pronunciarse sobre la violación de las obligaciones procedimentales derivadas del derecho a la vida, aún cuando la muerte se hubiera producido antes de la entrada en vigor del Convenio para el Estado concernido. A fin de justificar esta posición de principio, el TEDH aludía a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y, sobre todo, a la Corte IDH, haciendo referencia a los asuntos Velásquez Rodríguez (1988), Godínez Cruz (1989), Hermanas Serrano Cruz (2004), y Comunidad Moiwana (2005a, fundamentos jurídicos 114-118 y 160).

La posición de principio del TEDH era, no obstante, matizada por la propia Corte, que subrayaba que su competencia temporal para entender de actos u omisiones contrarios a las obligaciones procedimentales vinculadas al derecho a la vida se limitaría a los hechos acaecidos tras la entrada en vigor del Convenio para el Estado correspondiente y siempre que existiera un razonable vínculo entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio, por ejemplo, porque una parte importante de la investigación se hubiera producido tras esa fecha.

En el asunto Šilih (2009b), el TEDH parecía así apoyar su posición de principio sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, aunque surgían dudas sobre la total coincidencia en los posicionamientos de ambas Cortes (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2007, pp. 83ss.), dados los límites que el TEDH imponía a su propia competencia *ratione temporis*.

Esos límites han sido objeto de un importantísimo pronunciamiento del TEDH en fechas recientes, aunque curiosamente, en este caso, el Alto Tribunal no realizaba mención expresa a la Corte IDH, a la que sí se referían, sin embargo, las partes demandantes. En el caso Janowiec y otros (TEDH, 2013d), el TEDH debía analizar la demanda presentada por familiares de funcionarios polacos asesinados por las fuerzas armadas rusas en Katyn durante la Segunda Guerra Mundial (1940). Los cuerpos de buena parte de las víctimas de la masacre de Katyn no fueron jamás identificados, el proceso penal contra los supuestos responsables finalizó, en Rusia, con una decisión de archivo de la causa y, además, las autoridades rusas mantuvieron durante años la decisión de calificar como ultrasecretos los documentos vinculados a la masacre. Los demandantes alegaron ante Estrasburgo la eventual vulneración del artículo 2 de la CEDH, al entender que las autoridades rusas nunca llevaron a cabo una investigación que pudiera considerarse efectiva.

En aplicación de la jurisprudencia Šilih (2009b), el TEDH entendió que no era competente *ratione temporis* para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de las obligaciones procedimentales derivadas del derecho a la vida por parte de Rusia. El Tribunal subrayaba, así, que no existía vínculo alguno entre los hechos narrados y la entrada en vigor del Convenio en relación con Rusia, dado que las muertes se produjeron muchos años antes de la fecha de entrada en vigor del texto. A pesar del dato, el TEDH subrayaba la gravedad de los hechos, que no podían considerarse una simple infracción penal, sino un grave crimen de derecho internacional. En tales casos, el TEDH parecía justificar una ampliación de su competencia *ratione temporis*, aunque solo respecto de hechos acaecidos a partir de la adopción de la Convención, esto es, el 4 de noviembre de 1950. El TEDH marcaba así un límite claro en relación con su competencia *ratione temporis* para pronunciarse sobre violaciones procedimentales del artículo 2 de la CEDH: la fecha de adopción de la propia Convención. Salvo error u omisión por mi parte, la Corte IDH no se ha pronunciado nunca sobre su competencia *ratione temporis* para entender de hechos acaecidos antes de su adopción (la Convención Americana fue adoptada el 22 de noviembre de 1969), sino tan solo sobre hechos anteriores a su entrada en vigor (la Convención Americana entró en vigor el 18 de julio de 1978 y, en el caso Gelman (2011a), la Corte IDH analizó la desaparición forzada de una mujer en 1976), lo que puede explicar quizás que el TEDH no hiciera una referencia explícita a la jurisprudencia de la Corte IDH.

39

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

IV. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE SUFRIR TORTURAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (ARTÍCULO 3 DE LA CEDH)

La influencia de la jurisprudencia americana en el TEDH puede identificarse también en el tratamiento de ciertos supuestos de violación de la prohibición de infligir torturas o tratos inhumanos o degradantes, especialmente en los supuestos de desapariciones forzadas. Sin embargo, parece que la posición adoptada por el TEDH en esta materia es más restrictiva que la de su homóloga americana.

a) Las desapariciones forzadas

El TEDH parece haber construido su jurisprudencia sobre las desapariciones forzadas y los derechos de los familiares de las víctimas de estos hechos a partir de la jurisprudencia, muy elaborada, de la Corte IDH.

La primera referencia del TEDH a la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia se halla en el asunto Kurt (TEDH, 1998), uno de los primeros casos en los que el Tribunal Europeo hubo de analizar esta problemática. En este asunto, la demandante, madre de un hombre desaparecido cuatro años antes, pidió al TEDH que analizara la desaparición no solo desde el punto de vista del derecho a la libertad personal, sino también desde la óptica del derecho a la vida y la prohibición de tortura, tal y como ya habría hecho la Corte IDH en los asuntos Velásquez Rodríguez (1988), Godínez Cruz (1989) y Caballero-Delgado y Santana (1995). Sin embargo, el TEDH consideró que no se había producido violación alguna de tales derechos, al no existir prueba de que el hijo de la demandante hubiera perdido la vida o hubiera sido sometido a tortura. El TEDH consideró violado el derecho a la libertad del desaparecido, violación evidente en todos los casos de desapariciones, así como la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes, pero solo en relación con la madre del desaparecido y debido al dolor padecido por la desaparición del hijo.

En su jurisprudencia posterior, el TEDH ha estimado, en ocasiones, que la desaparición de una persona tras su detención por agentes estatales había supuesto una vulneración de su derecho a la vida. Sin embargo, ha exigido la existencia de prueba no solo de la detención a manos de agentes estatales, sino también de la muerte del desaparecido¹. En esta línea, en el asunto Ertak (TEDH, 2000), en el que el TEDH volvía a

¹ El TEDH ha exigido la existencia de pruebas sobre la violación del artículo 3 de la CEDH en relación con las personas desaparecidas después de haber sido detenidas por las fuerzas y cuerpos de seguridad (ver, por ejemplo, TEDH, 2001a), lo que no parece conciliarse bien con la postura de la Corte IDH en la materia (ver: Canosa Usera, 2012, pp. 163ss.).

hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia (1988; 1989; 1995), el Alto Tribunal consideraba violado el artículo 2 de la CEDH tanto en su aspecto material, como procedimental, porque el hijo del demandante había sido detenido por las fuerzas de seguridad turcas, varios testimonios llevaban a pensar que habría muerto a manos de esos mismos agentes, y, además, no se había producido ninguna investigación oficial sobre la muerte. Esa exigencia probatoria, que parece distinguir la jurisprudencia del TEDH de la de la Corte IDH (sobre la exigencia de prueba en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase Canosa Usera & otros, 2012, pp. 163ss.), ha sido criticada en ocasiones por algunos de los jueces de Estrasburgo, quienes han subrayado que la carga de la prueba debía recaer sobre el Estado una vez que se hubiera probado que la persona había sido detenida por agentes estatales. Así se posicionaba el Juez Maruste en su opinión concurrente en el caso Çiçek (2001a), donde de nuevo se hacía referencia a la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez (1988).

En el mismo sentido, el TEDH también ha citado la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con la obligación procedimental de investigar sobre la suerte de una persona desaparecida tras haber sido detenida por agentes estatales o en un territorio controlado por el Estado. El TEDH era particularmente explícito sobre la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia en el asunto Varnava y otros (TEDH, 2009e), en el que la Gran Sala del TEDH aplicaba la jurisprudencia Šilih (2009b) a un caso de desapariciones forzadas que presentaba ciertas particularidades. En el caso analizado, los demandantes eran familiares de combatientes chipriotas que habían desaparecido en 1974 durante las operaciones militares llevadas a cabo por Turquía en la isla. La fecha en la que se produjeron las desapariciones era notablemente anterior a la del año en que se produjo la aceptación de la competencia del TEDH por Turquía (1987). Sin embargo, el TEDH hacía alusión a la jurisprudencia Šilih a fin de subrayar el carácter independiente de las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 2 de la CEDH y su consecuente competencia para conocer del incumplimiento de tales obligaciones incluso en aquellos supuestos en los que la muerte se había producido antes de la fecha de la entrada en vigor del Convenio.

Para sustentar su conclusión, el TEDH hacía referencia de nuevo a decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y sobre todo, a la jurisprudencia de la Corte IDH (1996; 2004; 2008). Sin embargo, el TEDH no aplicaba al caso concreto los mismos límites a su competencia *ratione temporis* que reconoció en el caso Šilih, al entender que tales límites solo resultaban de aplicación a los supuestos en que la muerte de la víctima es conocida con total certidumbre y no cuando existe únicamente una sospecha. En los casos de desapariciones forzadas puede hablarse, a ojos del TEDH, de una obligación procedimental continua

41

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

a la que no se aplicarían los límites derivados de la jurisprudencia Šilih. En esa lógica, el TEDH se consideraba competente *ratione temporis* para analizar la eventual vulneración de las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 2 de la CEDH en el caso analizado. Y, por supuesto, confirmaba la violación del artículo indicado por parte del gobierno turco, que no había realizado una investigación efectiva tendente a determinar si las personas desaparecidas habían muerto, ni las posibles causas y responsables de tales muertes.

Finalmente, el TEDH ha seguido la jurisprudencia de la Corte IDH en lo referido al tratamiento del dolor y el sufrimiento de los familiares próximos de los desaparecidos. Según la jurisprudencia de la Corte IDH, esos sufrimientos pueden derivar en una violación de la prohibición de infligir tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 de la CEDH), posición que ha sido adoptada también por el TEDH en numerosas ocasiones (hay una referencia explícita a la jurisprudencia de la Corte IDH en las sentencias TEDH, 1998; 2012e). No obstante, de entre las decisiones del TEDH en la materia, procede realizar una mención especial al caso Janowiec (2013d), ya analizado, en el que el Alto Tribunal negó la existencia de una vulneración del artículo 3 de la CEDH en relación con los demandantes, familiares próximos de las personas muertas en la masacre de Katyn. El TEDH, subrayando que el asunto no podía ser tratado como un caso de desapariciones forzadas, sino de muerte confirmada, señaló que no podía constatar la violación de la prohibición contenida en el mencionado artículo en relación con los familiares de las víctimas porque, en supuestos semejantes, solo había entendido violado el artículo en cuestión bajo circunstancias muy especiales, como, por ejemplo, en los casos en los que los familiares habían sido testigos directos del sufrimiento de la víctima.

Para justificar tal decisión, el TEDH hacía referencia a los grandes esfuerzos realizados para aclarar lo ocurrido en la masacre de Katyn. Desde su punto de vista, gracias a esos esfuerzos, los demandantes no habían permanecido en la incertidumbre sobre la suerte de sus familiares tras la entrada en vigor del Convenio en relación con Rusia (1998). Las afirmaciones del TEDH parecían olvidar, sorprendentemente, que los demandantes no conocían exactamente qué había sido de sus familiares y que no habían podido siquiera recuperar sus cuerpos. A pesar de ello, se entendió que no se había producido violación alguna del artículo 3 de la CEDH en relación con los familiares de las víctimas.

El TEDH parecía distanciarse así de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia, que en casos semejantes, como por ejemplo, en el caso Heliodoro Portugal (2008), ha negado su competencia para analizar la violación del derecho a la vida, pero se ha considerado competente para estudiar la eventual vulneración del derecho a la libertad de la víctima,

el incumplimiento de la obligación de investigar sobre la suerte de la misma, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes de sus familiares próximos. Para la Corte IDH, incluso en los casos en que podamos razonablemente pensar que un desaparecido ha muerto por el transcurso de una serie de años, la obligación de investigar permanece hasta que se averigüe su suerte.

b) La interpretación de la noción de tortura y de tratos inhumanos y degradantes

Si bien parece claro que el TEDH no ha construido, con carácter general, los conceptos de tortura y de tratos inhumanos y degradantes sobre la jurisprudencia de la Corte IDH², debemos señalar la existencia de casos concretos en los que se aprecia cierta influencia de la Corte IDH en su homólogo europeo. En el caso Gäfgen (2010), el TEDH analizó las amenazas de tortura sufridas por el demandante durante su detención, así como la posterior utilización de las pruebas obtenidas gracias a tales amenazas en el proceso penal abierto contra él. Para pronunciarse sobre tal cuestión, el TEDH analizó el contenido de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, la jurisprudencia de la Comisión y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la jurisprudencia sentada por la Corte IDH en el asunto Maritza Urrutia (2003b). En ese asunto, la Corte IDH afirmó claramente que las amenazas de tortura, en la medida en que producen una angustia moral, pueden ser consideradas una tortura psicológica. El TEDH siguió parcialmente esa postura, señalando que las amenazas sufridas por el demandante debían considerarse tratos inhumanos prohibidos por el artículo 3 de la CEDH.

Igualmente, en el caso Zontul (2012a), el TEDH siguió la jurisprudencia de varios tribunales internacionales, entre ellos, la Corte IDH (2006c) para justificar su toma de postura en relación con la introducción forzosa del arma de un policía en el ano de un detenido. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de varios tribunales internacionales había afirmado ya que la introducción de un objeto en un orificio de un detenido debía considerarse una violación y, por tanto, un acto de tortura, el TEDH concluyó que se había producido una vulneración del artículo 3 de la CEDH.

Finalmente, el TEDH realizó también una referencia explícita a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Babar Ahmad y otros (TEDH, 2012b), en el que hubo de pronunciarse, entre otras cosas,

² La situación podría describirse a la inversa, tal y como explican: Canosa Usera, Fix Zamudio, Corzo Sosa (2012), «El derecho a la integridad personal», en García Roca, Fernández Sánchez, Santolaya, Canosa Usera, *El diálogo entre los sistemas americano y europeo de derechos humanos*. Civitas: Cizur Menor, pp. 137 y ss.

sobre la reclusión en celdas de aislamiento de personas privadas de libertad. En el caso objeto de análisis, los demandantes eran supuestos terroristas que habían sido detenidos en el Reino Unido tras una petición de extradición cursada por las autoridades estadounidenses. Los demandantes recurrieron la decisión interna que acordaba la extradición, al entender que, en caso de ser efectivamente extraditados, serían detenidos en un centro penitenciario de extrema seguridad en el que permanecerían aislados la mayor parte del tiempo y serían, además, condenados a cadena perpetua o a penas extremadamente largas.

Por lo que aquí interesa, el TEDH se refería a la jurisprudencia americana en relación con la primera cuestión, al hacer una referencia explícita a la sentencia *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)* de la Corte IDH (2006a), y a la decisión de la CIDH en el caso *Víctor Rosario Congo* (1999). En ambos casos, los órganos de control de la Convención Americana subrayaron el carácter de trato inhumano del aislamiento, así como la posibilidad de aplicarlo solo si ciertas condiciones, muy estrictas, eran respetadas. Aunque el TEDH también subrayaba en su sentencia que el aislamiento solo podía ser utilizado bajo condiciones muy exigentes, en la definición de esas condiciones, el Alto Tribunal parecía atribuir una mayor importancia al contenido de las Reglas Penitenciarias Europeas y de la jurisprudencia del Comité contra la Tortura que a la jurisprudencia de su homóloga americana.

c) La violencia contra las mujeres

El TEDH también hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en dos sentencias en las que analizó sendos casos de violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico o familiar: el asunto *Bevacqua y S.* (2008a) y, sobre todo, *Opuz* (2009c), primer asunto en el que el Alto Tribunal analizaba los casos de violencia contra la mujer dentro del hogar con una perspectiva de género³. En los dos casos referidos, el TEDH hacía referencia a la sentencia adoptada por la Corte IDH en el asunto *Velasquez Rodríguez* (1988), a fin de fundamentar su posición en relación con la imposición a los Estados parte del Convenio de la obligación de responder por eventuales violaciones cometidas por terceros. Sin embargo, en el caso *Opuz*, el TEDH extendía su referencia explícita a la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 9 de junio de 1994, así como a la decisión de la CIDH en el caso *Maria da Penha* (2001), documentos referidos específicamente a la violencia contra la mujer y que permitieron al TEDH justificar su toma de postura en relación con

³ Sobre el tratamiento de esta cuestión en los sistemas europeo y americano, ver los trabajos de Argelia Queralt Jiménez, Laura Clérico y Celeste Novelli (Carmona Cuenca, ed., en prensa).

la violación de los artículos 2, 3 y 14 de la CEDH (vida, prohibición de tortura y de discriminación, respectivamente), que habría sufrido una mujer que soportó durante años los malos tratos de su marido sin que las autoridades turcas hicieran nada al respecto.

d) El derecho a la verdad: ¿un primer intento de introducirlo en la jurisprudencia del TEDH?

Finalmente, no podemos finalizar el análisis de la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el TEDH en relación con el artículo 3 de la CEDH sin hacer referencia al asunto El-Masri (2012d), en el que late una suerte de tensión entre los jueces europeos que querían introducir una referencia explícita al derecho a la verdad en el razonamiento del TEDH y aquellos que no consideraban oportuna tal inclusión.

En esta importantísima decisión, el TEDH se pronunció sobre las violaciones de los artículos 3, 5, 8 y 13 de la CEDH (prohibición de tortura, derecho a la libertad, derecho a la vida privada y familiar y derecho a un recurso efectivo ante los tribunales internos, respectivamente), en relación con un ciudadano alemán que habría sido detenido ilegalmente y torturado por las autoridades macedonias, las cuales lo pusieron a disposición de la CIA, organización que lo llevó a Afganistán en un vuelo secreto y lo mantuvo retenido ilegalmente durante varios meses en condiciones terribles hasta que se produjo su devolución a Alemania. En el asunto analizado, el TEDH concluyó que todos los derechos alegados habían sido violados. Sin embargo, desde el punto de vista de este trabajo, la parte más interesante del razonamiento del tribunal es, sin duda, aquella en la que trata de responder a las alegaciones de los terceros intervinientes respecto de la eventual violación del derecho a la verdad, que se impondría en todos los casos de graves vulneraciones de derechos humanos.

El derecho a la verdad, construido gracias a la jurisprudencia de ciertos órganos de las Naciones Unidas y de la CIDH y la Corte IDH (Burgogue-Larsen & Úbeda de Torres, 2011, pp. 704ss.; Galain Palermo, 2011; Groome, 2011), parece ir mucho más allá de las obligaciones procedimentales que el TEDH ha derivado del artículo 3 del Convenio. Así, en el asunto El-Masri, el TEDH subrayaba que las autoridades macedonias no habían desarrollado una investigación efectiva tendente a identificar y sancionar a los responsables de los hechos relatados, ya que se habían limitado a ponerse en contacto con el Ministerio del Interior del país, el cual negó los hechos. Además de esta constatación, el TEDH hacía referencia explícita a las alegaciones de los terceros intervinientes sobre el derecho a la verdad y subrayaba la trascendencia del caso objeto de análisis no solo para el demandante

45

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

y sus allegados, sino también para otras víctimas de crímenes similares y el gran público, que «tiene derecho a saber qué ha ocurrido» (TEDH, 2012d, §191).

El TEDH parecía así imponer una obligación de aclarar los hechos referidos a graves violaciones de los derechos humanos que iba más allá de los intereses de las víctimas y se dirigía directamente al gran público, lo que fue criticado por los Jueces Casadevall y López Guerra en su opinión concurrente. No obstante, el TEDH no hizo referencia alguna a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia. La parte de «Textos de Derecho Internacional y otros documentos pertinentes» contenía expresa referencia a otros documentos internacionales, de modo que, para encontrar una referencia explícita a la jurisprudencia de la Corte IDH, era necesario acudir a la Opinión concurrente de los Jueces Tulkens, Spielmann, Sicilianos y Keller, que criticaron al tribunal por no haber establecido vínculo alguno entre el derecho a la verdad y el artículo 13 de la CEDH (los jueces hicieron referencia a ONU, 2006; 2005; 2008; 2009; Corte IDH, 1988; 2011b; Consejo de la Unión Europea, 2001; Consejo de Europa, 2011). Sin duda, una decisión interesante, cuyo alcance deberá ser determinado en posteriores resoluciones del Tribunal.

V. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO (ARTÍCULO 6 DE LA CEDH)

La influencia de la Corte IDH sobre la jurisprudencia del TEDH referida al derecho al debido proceso ha sido residual. El TEDH ha hecho alusión a la jurisprudencia de su homóloga americana solo en dos asuntos: Ergin (TEDH, 2006a) y Maszni (2006b). En estos asuntos, el TEDH se pronunciaba sobre la condena de los demandantes —que eran dos civiles— por tribunales militares tras la comisión de un delito. La cuestión, que no era totalmente nueva en la jurisprudencia de Estrasburgo (Harris & otros, 2009, pp. 289ss.), fue resuelta por el tribunal afirmando que los civiles no podían ser juzgados por tribunales militares más que en circunstancias muy excepcionales, las cuales no se daban en el caso concreto. Para fundamentar su decisión, el TEDH hacía referencia de nuevo a la jurisprudencia de la Comisión y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, así como a la de la Corte IDH (2000). No obstante, el Tribunal no parecía adoptar la misma posición que la Corte IDH, que tiende a circunscribir la competencia de la jurisdicción militar al personal militar, sin excepción (Salmón & Blanco, 2012).

VI. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (ARTÍCULO 8 DE LA CEDH)

La influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la construcción del derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 de la CEDH, ha sido también muy débil. De hecho, el TEDH solo ha seguido una línea jurisprudencial claramente construida por la Corte IDH en el caso Sabanchiyeva y otros (TEDH, 2013c), en el que se analizaba la decisión de las autoridades rusas de no restituir los cuerpos de una serie de personas asesinadas en un ataque terrorista en la República de Kabardia-Balkaria a sus familiares.

El TEDH fundamentaba su decisión utilizando explícitamente la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso de la Comunidad Moiwana (2005a). En ese asunto, la Corte IDH concluyó que las autoridades de Surinam infligieron un trato inhumano a los demandantes al impedirles recuperar los cuerpos de sus familiares próximos, muertos durante un ataque de agentes del Estado en su comunidad. Utilizando ese precedente, así como decisiones de la Corte Suprema de Israel y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el TEDH analizó la cuestión desde la óptica de los artículos 3 y 8 de la CEDH (prohibición de tortura y derecho a la vida privada y familiar, respectivamente). Si bien el TEDH entendió que no se había producido vulneración alguna del artículo 3 de la CEDH, el Alto Tribunal consideró que la decisión de las autoridades rusas tenía una incidencia clara en el derecho a la vida privada y familiar de los familiares de las personas fallecidas, quienes no habían tenido la oportunidad de participar en el funeral de sus familiares, ni de conocer la localización de sus restos, ni de visitar su tumba. En opinión del tribunal, esta decisión se tomó de forma automática en relación con todos los fallecidos en el atentado, sin tener en cuenta elemento alguno de tipo personal o familiar y sin considerar siquiera otras medidas que pudieran ser menos lesivas de los derechos de las víctimas. Por lo tanto, el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes debía entenderse violado (en el mismo sentido, véase TEDH, 2013b).

VII. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 10 DE LA CEDH)

El TEDH ha hecho referencia a la jurisprudencia de su homóloga americana solo en dos asuntos referidos a la libertad de expresión. Además, esas referencias han sido tímidas o no han tenido gran incidencia en el razonamiento del TEDH, de modo que no parece que podamos hablar de un gran impacto de la jurisprudencia americana en este ámbito.

47

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE IMPACT OF THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT ON THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

En el caso Stoll (2007), el TEDH hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con la difusión de informaciones y documentos públicos (2006b), a fin de enfatizar el vínculo estrecho que existe entre la democracia, el respeto a la libertad de expresión y el acceso libre a la información pública. El TEDH hacía referencia expresa a este posicionamiento para justificar la aplicación de su jurisprudencia habitual sobre los límites a la libertad de expresión en un caso en el que se habían publicado informaciones confidenciales y el periodista responsable había sido condenado penalmente al pago de una multa. A pesar de este posicionamiento de principio, el TEDH justificaba la imposición de la sanción correspondiente al periodista, valorando la relevancia de los intereses nacionales en juego. No obstante, desde un punto de vista estrictamente formal, el TEDH afirmaba que la publicidad debía ser la regla y la confidencialidad la excepción en lo referido a los documentos en manos de los poderes públicos, como parece confirmar la jurisprudencia de la Corte IDH.

El TEDH también hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH en un caso singular, en el que el Alto Tribunal hubo de pronunciarse por vez primera sobre los límites que cabe imponer a la libertad de expresión cuando esta es ejercida por los sindicatos. En el caso Palomo Sánchez y otros (TEDH, 2011b), el TEDH no consideró vulnerada la libertad de expresión en relación con una serie de personas que formaban parte de la dirección de un sindicato y fueron despedidos después de la publicación, en el boletín sindical de esa organización, de una caricatura en la que aparecían directivos y empleados de la empresa en la que trabajaban en actitudes con claro contenido sexual. Siguiendo la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte IDH (1985), el TEDH subrayaba el importante nexo existente entre la libertad de expresión y la libertad sindical y la trascendencia de garantizar la libertad de expresión de los sindicatos como un mecanismo de acción de los mismos. Sin embargo, el razonamiento del tribunal no permitía entrever que otorgara tanta importancia al conflicto laboral en el marco del cual se produjeron los hechos, ni tampoco a la condición sindical de los demandantes. Por el contrario, el TEDH justificó su decisión de no violación en el hecho de que las caricaturas eran claramente ofensivas, conclusión que fue criticada en la opinión disidente de los jueces Tulkens, David Thor, Björgvinsson, Jociene, Popovic y Vucinic, quienes hicieron especial hincapié en el contexto sindical del asunto, así como en el carácter satírico de los contenidos publicados —la solución aportada por el TEDH en este asunto ha sido criticada en innumerables ocasiones (Marguenaud & Mouly, 2010; Voorhoff & Englebort, 2010)—.

VIII. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PENAL Y DE *NE BIS IN IDEM* (ARTÍCULO 7 DE LA CEDH Y 4 DEL PROTOCOLO ADICIONAL NÚMERO 7)

El TEDH ha hecho también referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con dos cuestiones de gran relevancia: la retroactividad de la ley penal favorable y la interpretación del principio de *ne bis in idem*.

El TEDH hizo referencia al artículo 9 de la Convención Americana en el asunto Scoppola (2009d), en el que decidió modificar su jurisprudencia precedente sobre la retroactividad de la ley penal favorable. Hasta esa decisión, tanto la Comisión Europea como el TEDH habían afirmado que el derecho indicado no podía derivarse del artículo 7 de la CEDH, que reconoce el principio de legalidad penal, la irretroactividad de la norma penal desfavorable, pero no hace alusión expresa al principio de retroactividad de la norma penal favorable (ver TEDH, 2004). Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH se modifica notablemente a partir del caso Scoppola, en el que el tribunal se refirió no solo a la Convención Americana, sino también al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a las jurisprudencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, a fin de justificar su toma de postura al respecto.

La interpretación dada por el TEDH al principio de *ne bis in idem* también ha estado influenciada por la jurisprudencia de la Corte IDH. En el asunto Sergey Zolotukhin (TEDH, 2009a), el Alto Tribunal clarificó su jurisprudencia sobre el principio de *ne bis in idem* utilizando la jurisprudencia de varios tribunales internacionales, entre los que destacaban el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte IDH (1997). Los dos tribunales habían afirmado que el principio de *ne bis in idem* impediría a un Estado sancionar o juzgar a una persona por los mismos hechos en más de una ocasión. La jurisprudencia precedente del TEDH no era tan clara, en la medida en que el Alto Tribunal había afirmado que ese principio no impedía que una persona fuera sancionada o juzgada en más de una ocasión por los mismos hechos si estos constituían infracciones distintas y se daban una serie de condiciones (Harris & otros, 2009, pp. 774 ss.). A partir del asunto Sergey Zolotukhin, el TEDH adoptaba el criterio más estricto del Tribunal de Justicia y la Corte IDH, subrayando claramente que los mismos hechos no podían nunca ser objeto de una doble sanción.

49

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE IMPACT OF THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT ON THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

IX. CONCLUSIONES

Tras una revisión de las sentencias del TEDH que hacen explícita referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, parece poder confirmarse nuestra idea de partida: la influencia de la Corte IDH sobre el TEDH es más bien débil y no se extiende, en absoluto, a todos los derechos reconocidos por el Convenio Europeo. La influencia es más clara en lo referido a la interpretación del derecho a la vida (artículo 2 de la CEDH) y la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 de la CEDH). Sin embargo, es mucho menos importante en relación con otros derechos, como la libertad de expresión o el derecho a la vida privada y familiar, y es inexistente en relación con la mayoría de los derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos adicionales.

Igualmente, parece innegable que la doctrina sentada por la Corte IDH ha tenido cierta influencia en la modificación de la jurisprudencia del TEDH sobre cuestiones complejas, como el tratamiento de las leyes de amnistía (TEDH, 2012c), el carácter obligatorio de las medidas cautelares adoptadas por el propio TEDH (2005a) o la interpretación del principio de *ne bis in idem* (TEDH, 2009a). En la misma lógica, también parece poder afirmarse que el TEDH ha hecho uso de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando ha debido afrontar cuestiones novedosas para el sistema europeo, como el tratamiento de las desapariciones forzadas (TEDH, 1998) o las violaciones procedimentales de los artículos 2 y 3 de la CEDH que plantean problemas desde el punto de vista de la competencia *ratione temporis* del Tribunal (TEDH, 2009b). De hecho, parece poder afirmarse que el TEDH se refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH como una suerte de argumento de autoridad a utilizar a fin de justificar modificaciones de su propia jurisprudencia anterior o tomas de postura en relación con cuestiones novedosas de cierta trascendencia. Las referencias a la jurisprudencia de la Corte IDH no se encuentran nunca en sentencias repetitivas, sino solo en sentencias de principio.

A pesar de esta afirmación, resulta difícil medir exactamente cuál ha sido la influencia del razonamiento de la Corte IDH en la toma de postura del TEDH, esto es, el impacto real de la jurisprudencia americana en el sistema europeo. La respuesta a esta cuestión resulta compleja porque el TEDH acompaña las reseñas a la jurisprudencia de la Corte IDH de remisiones a otros textos o jurisprudencias internacionales. Sin embargo, en ocasiones, el propio razonamiento del TEDH permite entrever la importancia que el tribunal atribuye a las fuentes internacionales citadas. Así, parece claro que en la decisión del TEDH de modificar su jurisprudencia sobre el principio de *ne bis in idem*, la doctrina sentada previamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte IDH eran determinantes. Igualmente, la influencia de la Corte IDH y de la jurisprudencia de ciertos órganos de Naciones Unidas parecía

muy clara en las sentencias del TEDH referidas al tratamiento de las desapariciones forzadas, las leyes de amnistía, y la negativa de las autoridades a devolver los cuerpos de fallecidos a sus familiares. No parecía poder alcanzarse la misma conclusión, por ejemplo, en relación con la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares dictadas por el TEDH, porque, en el caso Mamatkulov y Askarov, el Alto Tribunal parecía atribuir una importancia crucial a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en detrimento de la Corte IDH.

En fin, si bien queda claro que la jurisprudencia de la Corte IDH es un argumento recurrente en la jurisprudencia del TEDH sobre ciertas cuestiones, especialmente en los últimos tiempos, el alcance de la influencia de la Corte IDH en Estrasburgo parece difícil de valorar, dado el importante número de fuentes internacionales y nacionales que este tribunal suele utilizar al momento de justificar su posicionamiento sobre cuestiones novedosas o espinosas.

X. BIBLIOGRAFÍA

Burgorgue-Larsen, Laurence & Amaya Úbeda de Torres (2011). *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Canosa Usera, Raúl & otros (2012). El derecho a la integridad personal. En Javier García Roca & otros (eds.), *El diálogo entre los sistemas americano y europeo de derechos humanos* (pp. 138-184). Cizur Menor: Civitas.

Carmona Cuenca, Encarnación (ed.) (en prensa). *La perspectiva de género en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1999). Caso 11.427 Víctor Rosario Congo. Informe 63/99. Ecuador, 13 de abril de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2001). Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. Informe 54/01. Brasil, 16 de abril de 2001.

Consejo de Europa (2011). Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations. Líneas directrices adoptadas por el Comité de Ministros. 30 de marzo de 2011.

Consejo de la Unión Europea (2001). 2001/220/JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L82 (22 de marzo de 2001), 1-4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1985). La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Opinión Consultiva OC-5/85. 13 de noviembre de 1985.

51

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia. 26 de junio de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia. 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1989). Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia. 20 de enero de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1990). Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90. 10 de agosto de 1990.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1995). Caso Caballero-Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia. 8 de diciembre de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1996). Caso Blake vs. Guatemala. Excepciones preliminares. Sentencia. 2 de julio de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1997). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia. 17 de setiembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de octubre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2000). Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia. 16 de agosto de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia. 14 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2002). Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia. 21 de junio de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2003a). Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia. 18 de setiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2003b). Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Sentencia. 27 de noviembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004). Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia. 23 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005a). Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia. 15 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005b). Caso de la «Masacre de Mapiripán» vs. Colombia. Sentencia. 15 de setiembre de 2005.

53

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006a). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia. 5 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006b). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia. 19 de setiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006c). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia. 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2008). Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia. 12 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011a). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia. 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011b). Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia. 31 de agosto de 2011.

Galain Palermo, Pablo (2011). Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Christian Steiner (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (pp. 249-282). Berlín/México D.F./Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

Groome, Dermot (2011). The Right to Truth in the Fight against Impunity. *Berkeley Journal of International Law*, 29 (1), 175-199.

Harris, David & otros (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press.

Marguenaud, Jean-Pierre & Jean Mouly (2010). La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie. *Recueil Dalloz*, 23, 1456-1460.

Medina Quiroga, Cecilia & Claudio Nash Rojas (2007). *Sistema interamericano de derechos humanos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006). Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. A/RES/61/177.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2008). 9/11. El derecho a la verdad. Resolución adoptada por el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/RES/9/11. 24 de setiembre de 2008.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2009). 12/12. El derecho a la verdad. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/RES/12/12. 12 de octubre de 2009.

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

Salado Osuna, Ana & Edgar Corzo Sosa (2012). Las medidas provisionales. En Javier García Roca & otros (eds.), *El diálogo entre los sistemas americano y europeo de derechos humanos* (pp. 351-421). Cizur Menor: Civitas.

Salmón, Elizabeth & Cristina Blanco (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP/ Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1995). Case of McCann and others v. the United Kingdom. Solicitud 18984/91. Sentencia. 27 de setiembre de 1995.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1996). Case of Akdivar and others v. Turkey. Solicitud 21893/93. Sentencia. 16 de setiembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1998). Case of Kurt v. Turkey (15&1997/799/1002). Solicitud 24276/94. Sentencia. 25 de mayo de 1998.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2000). Case of Ertak v. Turkey. Solicitud 20764/92. Sentencia. 9 de mayo de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2001a). Case of Çiçek v. Turkey. Solicitud 25704/94. Sentencia. 27 de febrero de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2001b). Case of Moldovan and others and Rostaş and others v. Romania. Solicitudes 41138/98 & 64320/01. Decisión parcial. 13 de marzo de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2003). Balasoiu contre la Roumanie. Solicitud 37424/97. Decisión. 2 de setiembre de 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2004). Case of Le Petit v. The United Kingdom. Solicitud 35574/97. Sentencia. 15 de junio de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2005a). Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey. Solicitudes 46827/99 & 46951/99. Sentencia. 4 de febrero de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2005b). Öcalan v. Turkey. Solicitud 46221/99. Sentencia. 12 de mayo de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2006a). Case of Ergin v. Turkey (No. 6). Solicitud 47533/99. Sentencia. 4 de mayo de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2006b). Affaire Maszni c. Roumanie. Solicitud 59892/00. Sentencia. 21 de setiembre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2007). Case of Stoll v. Switzerland. Solicitud 69698/01. Sentencia. 10 diciembre de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2008a). Case of Bevacqua and S. v. Bulgaria. Solicitud 71127/01. Sentencia. 12 de junio de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2008b). Case of Lexa v. Slovakia. Solicitud 54334/00. Sentencia. 23 de setiembre de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009a). Case of Sergey Zolotukhin v. Russia. Solicitud 14939/03. Sentencia. 10 de febrero de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009b). Case of Šilih v. Slovenia. Solicitud 71463/01. Sentencia. 9 de abril de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009c). Case of Opuz v. Turkey. Solicitud 33401/02. Sentencia. 9 de junio de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009d). Case of Scoppola v. Italy (No. 2). Solicitud 10249/03. Sentencia. 17 de setiembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009e). Case of Varnava and others v. Turkey. Solicitudes 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 & 16073/90. Sentencia. 18 de setiembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2010). Case of Gäfgen v. Germany. Solicitud 22978/05. Sentencia. 1 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2011a). Case of Al-Skeini and others v. the United Kingdom. Solicitud 55721/07. Sentencia. 7 de julio de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2011b). Case of Palomo Sánchez and others v. Spain. Solicitudes 28955/06, 28957/06, 28959/06 & 28964/06. Sentencia. 12 de setiembre de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012a). Affaire Zontul c. Grèce. Solicitud 12294/07. Sentencia. 17 de enero de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012b). Case of Babar Ahmad and others v. the United Kingdom. Sentencia. 10 de abril de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012c). Case of Marguš v. Croatia. Solicitud 4455/10. Sentencia. 13 de noviembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012d). Case of El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia. Solicitud 39630/09. Sentencia. 13 de diciembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012e). Case of Aslakhanova and others v. Russia. Solicitudes 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10. Sentencia. 18 de diciembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013a). Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine. Solicitud 21722/11. Sentencia. 9 de enero de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013b). Case of Maskhadova and others v. Russia. Solicitud 18071/05. Sentencia. 6 de junio de 2013.

55

EL IMPACTO DE LA
JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE
INTERAMERICANA
SOBRE EL
TRIBUNAL
EUROPEO DE
DERECHOS
HUMANOS

THE IMPACT
OF THE
JURISPRUDENCE
OF THE INTER-
AMERICAN COURT
ON THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN
RIGHTS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013c). Case of Sabanchiyeva and others v. Russia. Solicitud 38450/05. Sentencia. 6 de junio de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013d). Case of Janowiec and others v. Russia. Solicitudes 55508/07 & 29520/09. Sentencia. 21 de octubre de 2013.

Voorhoff, Dirk & Jacques Englebert (2010). La liberté d'expression syndicale mise à mal par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 83, 733-748.

Zwaak, Leo (2006a). Chapter 2. The Procedure before the European Court of Human Rights. En Pieter Van Dijk & otros (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (pp. 95-290). Oxford: Intersentia.

Zwaak, Leo (2006b). Chapter 6. Right to Life (Article 2). En Pieter Van Dijk & otros (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (pp. 351-404). Oxford: Intersentia.

Recibido: 08/09/2015
Aprobado: 10/10/2015

Las democracias con libertades disminuidas en Latinoamérica en el siglo XXI y la Carta Democrática Interamericana: ¿Dos modelos de democracia en la región?

21st Century illiberal democracies in Latin America and the Inter-American Democratic Charter: Two models of democracy in the region?

DANIEL SORIA LUJÁN*

Resumen: La Carta Democrática Interamericana (CDI) fue adoptada en el año 2001 por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) como un instrumento renovado para la defensa de la democracia, no sólo contra el golpe de Estado tradicional, sino también para hacer frente a las graves violaciones de la responsabilidad horizontal. El segundo supuesto consideró, como precedente, la situación política en el Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori (1995-2000), el cual fue definido por los académicos de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional como un régimen autoritario competitivo. Sin embargo, durante la última década hasta la actualidad hemos hallado en América Latina varios países con gobiernos en donde el principio de equilibrio de poderes ha erosionado como resultado de las medidas adoptadas por sus respectivas ramas ejecutivas. Esta situación sugiere las siguientes preocupaciones: ¿El modelo democrático liberal de la CDI se encuentra en crisis? ¿Este modelo ha sido vencido por los gobiernos liberales lo cuales privilegian a los derechos económicos y sociales y restringen los derechos civiles y políticos? ¿O ambos modelos están condenados a coexistir en la región?

Palabras clave: Democracia en América Latina – OEA – UNASUR – autoritarismo competitivo – Carta Democrática Interamericana – pesos y contrapesos – *Accountability* horizontal – democracias con libertades disminuidas

Abstract: The Inter-American Democratic Charter (IDC) was adopted in 2001 by member states of the Organization of American States (OAS) as a renewed instrument for the defense of democracy, not only against traditional coup d'état but also to face serious violations to horizontal accountability. The second assumption took into consideration, as a precedent, the political situation in Peru during Alberto Fujimori's administration (1995-2000), defined as a competitive authoritarian regime by Political Science and

* Abogado y magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en esta casa de estudios desde el año 2000. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: daniel.soria@pucp.edu.pe. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) bajo el título «21st Century Illiberal Democracies in Latin America and the Inter-American Democratic Charter: Two Models of Democracy in the Region?».

Constitutional Law scholars. However, during the last decade to the present we find in Latin America several countries with governments where the principle of checks and balances has been eroded as a result of measures adopted by their respective executive branch. This situation suggests the following concerns: The liberal democratic model of the IDC is in crisis? This model has been overcome by illiberal governments that privileges economic and social rights and restraints civil and political rights? Or both models are condemned to coexist in the region?

Key words: Democracy in Latin America – OAS – UNASUR – competitive authoritarianism – Inter American Democratic Charter – check and balances – horizontal accountability – illiberal democracies

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DEMOCRACIA CON ADJETIVOS EN LATINOAMÉRICA.- III. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: SU DEFINICIÓN DE DEMOCRACIA Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN.- IV. LA UNASUR Y LA DEFENSA DE LAS DEMOCRACIAS SUDAMERICANAS.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En una conferencia de prensa con medios de comunicación extranjeros el 21 de febrero de 2014, el presidente venezolano Nicolás Maduro acusó a los presidentes de Chile, Colombia y Panamá de ceder a la presión del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América difundiendo opiniones contra el gobierno de Venezuela. Maduro manifestó a sus colegas lo siguiente: «Respeten la diversidad de América Latina a fin de mantener la unión [de los países latinoamericanos]». También afirmó que, por ejemplo, él no emitió juicios sobre la represión estatal contra estudiantes universitarios chilenos, quienes protestaban contra las matrículas educativas, a pesar de que él consideraba que la educación no debía tener costos, como en Venezuela.

Las palabras de Maduro fueron un requerimiento de respeto al principio internacional de no intervención. Pero, ¿fueron también una exigencia de respeto a lo que para él son diferentes modelos de democracia en Latinoamérica, especialmente el modelo que enfatiza los derechos económicos y sociales frente al modelo que privilegia los derechos civiles y políticos? ¿Estaría hablando entonces de dos modelos de democracia en la región?

El presente artículo es un esfuerzo académico por mostrar, una vez más, que América Latina necesita romper con su pasado y liberarse, de una vez por todas, de sus lazos autoritarios. Para tal propósito, la Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001) podría ser la hoja de ruta hacia la democracia del siglo XXI.

II. DEMOCRACIA CON ADJETIVOS EN LATINOAMÉRICA

De acuerdo con algunos politólogos, varios países de América Latina son democracias «con adjetivos», es decir, parafraseando a Abraham Lincoln, democracias del pueblo, pero no necesariamente por el pueblo ni para el pueblo. En efecto, el proceso democratizador de las últimas décadas del siglo XX produjo autoridades electas y amplia representación, pero sin *accountability*¹ ni efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

Al respecto, Fareed Zakaria (1997) acuñó la frase «illiberal democracy» («democracia con libertades disminuidas»)². El término «illiberal» está referido a derechos políticos (elecciones libres y justas), mientras que el término «democracy» hace referencia a dos aspectos: el Estado de derecho («rule of law») y la separación de poderes, y la protección de libertades fundamentales como las de expresión, reunión, religión y propiedad—derechos individuales que aseguran la autonomía personal frente a la coerción estatal, de la iglesia o de la sociedad—. Zakaria establece un espectro de democracias con libertades disminuidas, «oscilando entre modestos violadores como Argentina y cuasi-tiranías como Kazakstán y Bielorrusia, con países como Rumania y Bangladesh en el medio» (p. 23). Todos estos países tienen en común un nivel mínimo de participación popular a través de elecciones periódicas, pero difieren en el grado de violaciones al Estado de derecho, a la *accountability*, y a los derechos civiles y políticos.

La mencionada definición de Zakaria ha sido posteriormente criticada. Al respecto, Jørgen Møller afirma que se trata de una definición puramente electoral de democracia: «La denominación “democracia” por consiguiente denota la presencia de elecciones libres y justas, y nada más» (2008, p. 556). Asimismo, Steven Levitsky y Lucan A. Way consideran que clasificar regímenes híbridos como subtipos de democracia, como hizo Zakaria, es un error. Siguiendo a Juan Linz, creen que, en esos casos, es mejor añadir el adjetivo «autoritario» que «democrático» por lo que prefieren hablar de «regímenes autoritarios competitivos» (Levitsky & Way, 2010, p. 15). Para los referidos autores, dichos regímenes

[...] son regímenes civiles en los que existen instituciones democráticas formales que son ampliamente reconocidas como medios primarios para la obtención del poder, pero en los cuales los abusos del poder

1 El término inglés *accountability* no es fácil de traducir al español. En este se entenderá por ella lo siguiente: un atributo de control que permite exigir a una persona o entidad la responsabilidad o rendición de cuentas por el ejercicio de sus funciones públicas.

2 Esta traducción personal del término expresa mejor, a nuestro entender, lo que manifiestan los autores citados. De otro lado, a efectos de guardar coherencia, entenderemos como «liberal democracy» (democracia liberal o régimen liberal) al régimen político en el que se goza plenamente de los derechos civiles y políticos; asimismo, la frase «libertades civiles» comprenderá, en algunos casos, tanto a los derechos civiles como a los políticos.

estatal por parte de sus detentadores los ubican en una ventaja significativa frente a sus oponentes. Tales regímenes son competitivos en la medida que los partidos de oposición utilizan las instituciones democráticas para competir seriamente por el poder, pero no son democráticos porque el campo de juego está muy inclinado a favor de los detentadores del poder. La competencia es, por consiguiente, real pero injusta (p. 5).

De acuerdo con esa definición, los regímenes autoritarios competitivos tienen elecciones regulares y los partidos de oposición no están prohibidos de participar, pero se producen medidas arbitrarias contra ellos. Sin embargo, «tal abuso no es suficientemente severo o sistemático como para impedir a la oposición que realice una campaña nacional». En segundo lugar, en estos regímenes las libertades civiles están «nominalmente garantizadas y al menos parcialmente respetadas», aunque son vulneradas con acciones abiertas y sutiles, como acosos, detenciones y ataques violentos en el primer caso, o el uso de represión «legal» en el segundo caso —por ejemplo, mediante inspecciones tributarias selectivas y subsecuentes denuncias por la comisión de delitos tributarios, campañas de difamación, etcétera—. En tercer lugar, los regímenes autoritarios competitivos se caracterizan por un «terreno de juego desnivelado» en tres aspectos, todos a favor de los detentadores del poder: acceso a recursos públicos, a los medios de comunicación y a las instancias legales —en este caso a través de la manipulación de la judicatura o de los órganos electorales utilizando el chantaje, el soborno y/o la intimidación— (Levitsky & Way, 2010, pp. 8-12).

Maxwell A. Cameron, en un reciente artículo, manifiesta una postura crítica de la literatura sobre autoritarismo competitivo, en el sentido de que este concepto «pone el estándar de democracia excesivamente alto. Toma a la democracia liberal como su punto de referencia valorativo» (2014). Este politólogo piensa, citando un artículo de 2012 de Yonatan L. Morse, que «Levitsky y Way emplean una definición muy estricta de democracia, donde cualquier violación de la imparcialidad de las elecciones, de las libertades civiles o del nivel del terreno de juego político convierte a un régimen en no democrático». Cameron pone el ejemplo de las antiguas políticas sobre derechos de las minorías en Canadá aplicadas a su pueblo aborigen y en los Estados Unidos hacia los afroamericanos. Al respecto, señala que «[el nivel de] protección de los derechos debe influenciar nuestra clasificación de una democracia como más o menos liberal, o de alta o baja calidad, pero no podemos excluir del grupo de democracias a cada país que viola cualquier derecho de las minorías». Por esta razón, concluye que «necesitamos ser claros respecto del punto de quiebre que utilizamos, justificarlo teóricamente y aplicarlo consistentemente».

Guillermo O'Donnell es otro académico que puso un adjetivo a la palabra «democracia». Este politólogo señaló que la democracia «delegativa» «descansa en la premisa de que quien quiera que gane la elección a la presidencia está, de esta manera, autorizado a gobernar como él o ella lo vea conveniente, restringido solo por la cruda realidad de las relaciones de poder existentes y por el periodo de mandato limitado constitucionalmente». El punto clave de este tipo de democracia es la ausencia o tenue presencia de la *accountability* horizontal³. En palabras de O'Donnell, «la *accountability* horizontal, característica de la democracia representativa, es extremadamente débil o inexistente en las democracias delegativas» (1994, pp. 59-61).

En suma, las posiciones académicas que consideran a las democracias con adjetivos como una clasificación válida para categorizar a los regímenes latinoamericanos, utilizan un concepto de democracia relacionado básicamente a los derechos políticos. Apreciamos, entonces, la influencia de la definición de «poliarquía» del politólogo estadounidense Robert A. Dahl: «Un orden político con ciudadanía extendida, derechos políticos y derechos necesarios para participar en las elecciones, tales como la libertad de expresión o el acceso a la información» (1989, p. 221)⁴. De acuerdo con Dahl, «todas las instituciones de la poliarquía son necesarias para la máxima viabilidad del éxito del proceso democrático en el gobierno de un país». Sin embargo, precisa que «decir que todas las siete instituciones son necesarias no quiere decir que ellas son suficientes» (p. 222).

El sociólogo francés Alain Touraine tiene la misma opinión. Él considera que un mercado político abierto y competitivo no es plenamente identificable con la democracia, precisando que «no podemos contentarnos con una democracia de deliberación; necesitamos una democracia de liberación». En tal sentido, define al régimen democrático como «la forma de vida política que da la mayor libertad al mayor número, que protege y reconoce la mayor diversidad posible» (2006, pp. 15, 20, 23).

Luego de tomar nota de los conceptos y definiciones previamente mencionados, podríamos decir que, si tenemos elecciones libres y justas, y los derechos políticos y civiles relacionados con estas, entonces, tenemos un régimen democrático. Sin embargo, solo tendríamos los cimientos y el primer piso de nuestro edificio, por lo que necesitaríamos un segundo piso para conseguir el ejercicio pleno de todos los derechos

3 La *accountability* es horizontal porque este atributo de control se ejerce entre poderes públicos que no se encuentran en relaciones jerárquicas unos respecto de otros.

4 Dahl específicamente señala que la poliarquía es un orden político que se distingue por la presencia de siete instituciones: autoridades electas, elecciones libres y justas, sufragio inclusivo, derecho a competir por un cargo público, libertad de expresión, acceso a fuentes de información alternativas y autonomía asociativa.

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como para tener un gobierno que los proteja y promueva. En tal sentido, la primera mitad del segundo piso podría ser el resto de derechos civiles no incluidos en el primer piso, así como los derechos económicos, sociales y culturales y, en general, todo tipo de derechos fundamentales que podrían aparecer en el futuro en respuesta a nuevas formas de agresión a la dignidad humana.

Por su parte, la segunda mitad del segundo piso podría incorporar los mecanismos de control del ejercicio del poder político, como la *accountability* horizontal y social. *Accountability* horizontal es el término de la ciencia política para definir lo que en el derecho constitucional es el sistema de *checks and balances* y, de acuerdo con Guillermo O'Donnell, se divide en la *accountability* horizontal de balance y la *accountability* horizontal de encargo o mandato. La primera es una prerrogativa de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que estos ejercen uno contra otro para dejar sin efecto trasgresiones contrarias a derecho que afecten sus respectivas competencias. La segunda es un atributo de control de ciertas entidades públicas distintas a los clásicos poderes del Estado, muchas de ellas órganos constitucionales autónomos, como la Defensoría del Pueblo, consejos de Estado o contralorías, «que están legalmente encargadas de supervisar, prevenir, disuadir, promover una sanción o sancionar presuntos actos u omisiones contrarios al ordenamiento jurídico, realizados por otras entidades estatales, nacionales o subnacionales» (O'Donnell, 2003, pp. 44-45).

De otro lado, la *accountability* social es definida por Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz como un mecanismo de control de las autoridades políticas, vertical, pero no electoral⁵, basado en un amplio espectro de acciones que adoptan elementos de la sociedad civil, así como medios de comunicación. Estos autores también señalan que la *accountability* social «está respaldada por las acciones de sectores organizados de la sociedad civil y de medios de comunicación, interesados en ejercer influencia en el sistema político y en las burocracias públicas», por ejemplo, monitoreando la conducta de los servidores públicos, exponiendo y denunciando actos ilegales de estos servidores, y activando el control horizontal de las entidades públicas (2002, pp. 32-33).

5 Las elecciones políticas son la expresión de la *accountability* vertical.

De esta manera, nuestro «edificio» podría verse como esta figura:

democracia (suficiente)	<ul style="list-style-type: none"> • el resto de libertades civiles no incluidas en el primer piso • derechos económicos, sociales y culturales • derechos fundamentales del futuro 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>accountability</i> horizontal • <i>accountability</i> social
democracia (necesaria)	<ul style="list-style-type: none"> • elecciones libres y justas, derechos políticos (<i>accountability</i> vertical) • libertades civiles relacionadas con las elecciones y los derechos políticos en general 	

En la vida real no podemos erigir el segundo piso antes que los cimientos y el primer piso de un edificio. A nuestro entender, este hecho físico podría ser una metáfora de la construcción de la democracia. Al respecto, algunos gobiernos latinoamericanos dan mayor importancia a la inversión en educación, salud o alimentación, pero violan derechos civiles y políticos —especialmente los de sus opositores políticos—, tales como la libertad personal, de expresión, de reunión, e incluso la integridad personal o la vida en algunos casos; asimismo, organizan elecciones parcializadas y erosionan tanto la *accountability* horizontal como la social. Estos países se definen a sí mismos como democracias, pero no existe deliberación o crítica sobre las políticas públicas relacionadas con el adecuado ejercicio de los derechos económicos y sociales, y tampoco se desarrollan mecanismos de control de los recursos públicos, por lo que no puede saberse si hay corrupción en las entidades públicas. Si la deliberación y el control existen, son débiles o están neutralizados por sutiles acciones gubernamentales —por ejemplo, por medio de procedimientos legales de fiscalización por funcionarios de la administración tributaria o el acoso a los opositores políticos—. Consecuentemente, en estos regímenes la democracia puede concebirse como aquella casa construida sobre la arena, descrita por Jesucristo, que se vino abajo luego de que descendiera la lluvia, vinieran las inundaciones y soplara el viento (*San Mateo, 7, 26-27*). Tarde o temprano, la falta de un pleno ejercicio de los derechos fundamentales y de la *accountability* demolerá esa democracia, más parecida, entonces, a un castillo de naipes.

Asimismo, una democracia con un primer piso como el referido en los párrafos precedentes, donde no hay planes para construir los pisos superiores, es una democracia incompleta, con espacio insuficiente para

63

LAS DEMOCRACIAS CON LIBERTADES DISMINUIDAS EN LATINOAMÉRICA EN EL SIGLO XXI Y LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: ¿DOS MODELOS DE DEMOCRACIA EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY ILLIBERAL DEMOCRACIES IN LATIN AMERICA AND THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER: TWO MODELS OF DEMOCRACY IN THE REGION?

incluir todas las necesidades y aspiraciones ciudadanas. Este espacio es muy importante en Latinoamérica porque aunque esta región no es la más pobre del mundo, sí es la más desigual. Así, para lograr el efectivo ejercicio de los derechos económicos y sociales, no es necesario sacrificar los derechos civiles y políticos. Libertad e igualdad no son términos contradictorios o incompatibles.

A pesar de lo anteriormente señalado, varios regímenes democráticos latinoamericanos se podrían agrupar de acuerdo con una suerte de división propia de la guerra fría, en materia de ejercicio de los derechos humanos. Sobre el particular, como recuerda Nico Schrijver, cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada en 1948, «la intención original fue establecer una declaración de derechos en la forma de una trinidad: una declaración, una convención y un órgano de monitoreo. Sin embargo, poco después de la adopción de la Declaración Universal, la guerra fría empezó a intensificarse». Como consecuencia de ello, debido a la división entre el Este y el Oeste, se decidió establecer no uno, sino dos tratados para implementar la Declaración Universal (2011, pp. 257-258). De esta manera, en 1966 se crearon el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¿Qué tipo de democracia define la Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001)? ¿Este documento mantiene la división de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas? ¿Solo está relacionada con la democracia liberal?

III. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA: SU DEFINICIÓN DE DEMOCRACIA Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN

La Carta Democrática Interamericana (CDI) fue adoptada en Lima por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 11 de setiembre de 2001. Fue iniciativa del Gobierno de Transición del Perú, instalado después del escape del presidente Alberto Fujimori al Japón en noviembre de 2000. Dicho escape se dio como consecuencia de la difusión de un video que mostraba a Vladimiro Montesinos —asesor presidencial y líder, al igual que Fujimori, de una organización criminal dentro del gobierno— cometiendo un soborno a través del pago de US\$ 15 000 en efectivo a un congresista electo de la oposición a fin de que se incorporara al grupo político fujimorista.

Para el Gobierno de Transición, esta iniciativa tenía dos objetivos fundamentales: reintegrar al Perú a la comunidad interamericana y proponer un medio efectivo que permita la acción colectiva de los países de la región en la difusa área que se ubica entre el clásico

golpe de Estado y las medidas antidemocráticas de gobiernos legítimos (Cooper, 2004, p. 97). Es importante especificar que la CDI es un instrumento internacional que tiene una débil fuerza vinculante (*soft law*), principalmente porque no cuenta con cláusulas especiales relativas a su cumplimiento efectivo. El artículo 1 de la CDI señala que «los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla». Si revisamos otros artículos de este instrumento internacional, podemos encontrar elementos de la democracia «de primer piso»:

- La CDI precisa cuáles son los elementos de la democracia representativa, los cuales incluyen, por ejemplo, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y el secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3).
- Enfatiza que la libertad de expresión y de prensa son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4).
- Señala que el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia (artículo 5).
- Puntualiza la importancia de la participación ciudadana como condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia (artículo 6).

Asimismo, encontramos en la CDI elementos de la democracia de la primera mitad de nuestro segundo piso:

- Refiere que la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas (artículo 1).
- Precisa que el respeto por los derechos sociales es un componente fundamental del ejercicio de la democracia (artículo 4).
- Resalta que la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos (artículo 7).
- Declara que los Estados miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos

65

LAS DEMOCRACIAS
CON LIBERTADES
DISMINUIDAS EN
LATINOAMÉRICA
EN EL SIGLO
XXI Y LA CARTA
DEMOCRÁTICA
INTERAMERICANA:
¿DOS MODELOS
DE DEMOCRACIA
EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY
ILLIBERAL
DEMOCRACIES IN
LATIN AMERICA
AND THE INTER-
AMERICAN
DEMOCRATIC
CHARTER: TWO
MODELS OF
DEMOCRACY IN
THE REGION?

humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio (artículo 8).

- Señala que la eliminación de toda forma de discriminación —especialmente la discriminación de género, étnica y racial— y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana (artículo 9).
- Menciona que la promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas (artículo 10).
- Considera que la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio (artículo 13).

Finalmente, encontramos también elementos de la democracia de la segunda mitad de nuestro segundo piso:

- Reconoce como elementos esenciales de la democracia representativa la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3).
- Establece que la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (artículo 4).

Como podemos apreciar, la CDI considera a la democracia no solo como un régimen liberal que pone el acento en el disfrute de los derechos políticos (*accountability* vertical) y algunos derechos civiles como la libertad de reunión o de expresión. También incluye el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, así como la necesidad de *accountability* horizontal y social. Es decir, utilizando la metáfora bíblica anteriormente señalada, la CDI promueve la construcción de un sólido edificio multinivel edificado sobre roca, que no puede derribarse como consecuencia de la lluvia, las inundaciones y el viento (*San Mateo*, 7, 24-25). Ninguna división de la guerra fría se percibe en la CDI, tal como en los pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas.

La CDI también establece procedimientos para el fortalecimiento y preservación de las instituciones democráticas. Al respecto, dos tipos de acciones pueden ser adoptadas por la OEA en el marco de este

instrumento internacional: preventivas y correctivas. Las acciones preventivas están reguladas en los artículos 17 y 18, con relación a las siguientes situaciones:

- cuando el gobierno de un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder (artículo 17);
- cuando en un Estado miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder (artículo 18).

En el primer caso, el gobierno del Estado miembro involucrado en la situación podrá recurrir al secretario general o al Consejo Permanente a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. En el segundo caso, el secretario general o el Consejo Permanente podrán, con el consentimiento previo del gobierno afectado, disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación. Posteriormente, el secretario general elevará un informe al Consejo Permanente y este realizará una apreciación colectiva de la situación y, en caso necesario, podrá adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento. Es importante notar que la primera acción preventiva es motivada por la voluntad del gobierno y la segunda es una iniciativa propia de la OEA, pero, en ambos casos, es indispensable el consentimiento del gobierno.

El artículo 17 fue invocado, por primera vez, en el año 2009 por el presidente de Honduras, Manuel Zelaya (Legler, 2011, p. 42), debido a la oposición del Congreso, la Corte Suprema y su propio partido político a la propuesta de convocar a un referéndum para la instalación de una asamblea constituyente que cambiaría la Constitución para permitir la reelección presidencial. El enviado de la OEA públicamente apoyó la iniciativa presidencial y aquellos que se opusieron al referéndum interpretaron la presencia de la OEA como un acto de legitimación de la propuesta de Zelaya. Días después, un golpe de Estado destituyó al presidente a través de la fuerza militar (Perina, 2012, p. 81).

Por otra parte, el artículo 18 también fue invocado aparentemente por gobiernos, a pesar de que esta cláusula literalmente permite a la OEA tomar iniciativa con el fin de realizar acciones preventivas. Respecto de esta práctica, Rubén M. Perina señala que «bajo esta disposición, a pedido de los gobiernos de Nicaragua (2005), Ecuador (2005 y 2010), Bolivia (2008), Guatemala (2009), Honduras (2009) y Haití (2010-2011), el Consejo Permanente y el secretario general actuaron diligente y efectivamente, aprobando las correspondientes resoluciones y enviando misiones políticas que exitosamente evitaron una crisis

67

LAS DEMOCRACIAS
CON LIBERTADES
DISMINUIDAS EN
LATINOAMÉRICA
EN EL SIGLO
XXI Y LA CARTA
DEMOCRÁTICA
INTERAMERICANA:
¿DOS MODELOS
DE DEMOCRACIA
EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY
ILLIBERAL
DEMOCRACIES IN
LATIN AMERICA
AND THE INTER-
AMERICAN
DEMOCRATIC
CHARTER: TWO
MODELS OF
DEMOCRACY IN
THE REGION?

política de ruptura del orden democrático» (2012, p. 80). Cabe precisar que el autor señala que estas acciones de la OEA evitaron golpes de Estado, por lo que no necesariamente fueron acciones para prevenir la progresiva erosión de las instituciones democráticas.

Con relación a las acciones correctivas, el artículo 19 fue establecido para enfrentar dos situaciones:

- la ruptura del orden democrático en un Estado miembro;
- la alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro.

La primera situación es el clásico golpe de Estado. En este caso, el artículo 21 señala que la OEA deberá impulsar gestiones diplomáticas. Si estas fracasan, la Asamblea General podrá suspender al Estado miembro en el ejercicio de su derecho de participación en la OEA, con el voto afirmativo de dos tercios de los Estados miembros. Este procedimiento fue aplicado, por primera vez, en el golpe de Estado perpetrado en Venezuela en abril de 2002 por un grupo de militares y civiles contra el presidente Hugo Chávez. Sin embargo, al final no hubo necesidad de aplicar el artículo 21 de la CDI porque Chávez fue reinstalado en el cargo algunos días después. El referido procedimiento fue aplicado, por segunda vez, siete años después (2009) como consecuencia del golpe contra Manuel Zelaya, presidente de Honduras. En este caso, la Asamblea General de la OEA suspendió a Honduras del ejercicio de sus derechos como Estado miembro. No obstante, Zelaya nunca regresó a su cargo, se llevaron a cabo nuevas elecciones, fue elegido Porfirio Lobo como nuevo presidente y, finalmente, la suspensión fue levantada.

La segunda situación es, hoy en día, más frecuente que los golpes de Estado en muchos países de América Latina. Al respecto, ¿cómo podríamos definir la palabra «alteración»? De acuerdo con Perina, algunas alteraciones son fáciles de detectar —por ejemplo, elecciones manipuladas o actuaciones contrarias al derecho del Congreso, el Poder Judicial o de los militares contra el gobierno legítimo—, pero otras no. Este autor refiere que

[...] una «alteración» más controvertida es el proceso de incremento de la autocracia y del monopolio del poder del Poder Ejecutivo, el cual lentamente socava el proceso democrático, todo en el nombre de la democracia participativa, el socialismo o el anti-imperialismo, y utilizando medios democráticos como las elecciones o los referéndums. Este proceso de alteración por erosión comúnmente vacía de contenido y suprime instituciones democráticas esenciales, valores y prácticas tales como los pesos y contrapesos, límites al poder, respeto a la oposición política, el Estado de derecho y las libertades fundamentales, entre otras. Más específicamente, podría involucrar la remoción de jueces que

no están políticamente alineados con el gobierno, la desobediencia de fallos judiciales o de legislación emitida por un Congreso controlado por la oposición, ignorar o manipular a los otros poderes del Estado, cerrar o atacar a la prensa independiente, o perseguir oponentes políticos, tal como ocurre hoy, de diversas maneras, en Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela. La naturaleza de este fenómeno político, sin embargo, no es fácil de aceptar o condenar, un hecho que dificulta una defensa colectiva de la democracia (2012, p. 80).

El artículo 20 de la CDI establece que, si esta situación ocurre, cualquier Estado miembro o el secretario general podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime convenientes. Se agrega en el referido artículo que, si las gestiones diplomáticas promovidas por la OEA fracasaran, o la urgencia del caso lo aconsejare, el Consejo Permanente convocará de inmediato a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que esta adopte las decisiones que estime apropiadas. Sin embargo, no se señala específicamente cuáles serían estas decisiones, salvo, nuevamente, las gestiones diplomáticas.

El hecho concreto es que «la alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro» es, ante todo, una definición política. Como señaló Maxwell A. Cameron en una conferencia internacional sobre la CDI, citando al jurista peruano Diego García Sayán, la decisión sobre qué tipo de situaciones afectan gravemente el orden democrático es un juicio de naturaleza política, no un juicio académico; por ello, los académicos solo podrían aportar evidencia empírica sobre el estado de la democracia basados en indicadores. Cameron añade que «para que se pueda aplicar la Carta, tiene que haber fundamentos sólidos que nos permitan concluir que este o aquel país no es una democracia, que no se respeta la separación de poderes y que el sistema electoral es fraudulento o, simplemente, está tan degradado que no puede ser avalado por parte de la comunidad internacional, como fue el caso del Perú en el año 2000» (2011, p. 33). En tal sentido, este autor considera que es importante tener una definición precisa de lo que significa «alteración del orden democrático».

Por otra parte, Cameron refiere que la CDI es débil porque sus mecanismos de cumplimiento son débiles; y son así porque la OEA es básicamente un club de Estados o, más precisamente, un club de ejecutivos, en el sentido de que sus miembros solo son los poderes ejecutivos de los Estados (p. 32). Esta es la razón de que las decisiones sean esencialmente políticas. En general, observamos que las acciones preventivas y correctivas solo podrían ser impulsadas por los Estados

69

LAS DEMOCRACIAS
CON LIBERTADES
DISMINUIDAS EN
LATINOAMÉRICA
EN EL SIGLO
XXI Y LA CARTA
DEMOCRÁTICA
INTERAMERICANA:
¿DOS MODELOS
DE DEMOCRACIA
EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY
ILLIBERAL
DEMOCRACIES IN
LATIN AMERICA
AND THE INTER-
AMERICAN
DEMOCRATIC
CHARTER: TWO
MODELS OF
DEMOCRACY IN
THE REGION?

miembros, esto es, por los jefes de Estado o jefes de gobierno de los países de las Américas.

En suma, en la CDI tenemos una amplia definición de democracia —nuestro edificio multinivel— pero un cuello de botella en sus órganos de cumplimiento, controlados por presidentes, embajadores o ministros de relaciones exteriores, todos ellos como parte del Poder Ejecutivo de sus respectivos países. Tal vez por esta razón, desde la academia y la sociedad civil, se expresa la necesidad de implementar reformas institucionales dentro de la OEA y de reformar la CDI para permitir, por ejemplo, que los otros poderes del Estado —Congreso y Poder Judicial—, las entidades de *accountability* horizontal de encargo o mandato —como las Defensorías del Pueblo—, organismos no gubernamentales (ONG) o partidos de oposición puedan ser escuchados por el secretario general, el Consejo Permanente o incluso la Asamblea General. Sin embargo, la *Realpolitik* está presente en la OEA. En efecto, por ejemplo, como se ha podido constatar recientemente, el Consejo Permanente, por mayoría de votos, denegó el pedido de una lideresa de la oposición política venezolana, María Corina Machado, para hablar en una sesión de este órgano sobre la situación política de su país. ¿Es la OEA, a pesar de sus defectos, la única alternativa para fortalecer y preservar la democracia en América Latina?

IV. LA UNASUR Y LA DEFENSA DE LAS DEMOCRACIAS SUDAMERICANAS

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) es una organización intergubernamental creada como consecuencia del tratado firmado en el año 2008 por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

De acuerdo con el artículo 2 del referido Tratado Constitutivo, el objetivo de la UNASUR es

[...] construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

En el año 2010, los Estados miembros de la UNASUR suscribieron el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo sobre Compromiso con la Democracia, que entró en vigencia el 19 de marzo de 2014.

71

Su artículo 1 señala que dicho protocolo «se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos». Asimismo, el artículo 4 establece las siguientes medidas si se producen los eventos referidos en el artículo 1:

- a. Suspensión del derecho a participar en los distintos órganos e instancias de la UNASUR, así como del goce de los derechos y beneficios conforme al Tratado Constitutivo de la UNASUR.
- b. Cierre parcial o total de las fronteras terrestres, incluyendo la suspensión y/o limitación del comercio, tráfico aéreo y marítimo, comunicaciones, provisión de energía, servicios y suministros.
- c. Promover la suspensión del Estado afectado en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales.
- d. Promover, ante terceros países y/o bloques regionales, la suspensión de los derechos y/o beneficios del Estado afectado, derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.
- e. Adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales (UNASUR, 2010).

Jorge Santistevan, el primer defensor del Pueblo del Perú, comentando una ponencia presentada por Jennifer McCoy en la misma conferencia sobre la CDI en la que intervino Maxwell A. Cameron (cuya intervención se cita líneas arriba), refirió que, a primera vista, el protocolo pareciera ser más completo que la CDI. Sin embargo, advirtió que si la UNASUR se convirtiera en un club de autodefensa de los titulares del Poder Ejecutivo, «no sería viable la cláusula democrática de UNASUR para hacer frente a las amenazas que se producen desde el Ejecutivo contra otros poderes del Estado o contra los órganos constitucionales autónomos» (Santistevan, 2011, p. 20).

El desempeño de la UNASUR en algunos eventos políticos de la región pareciera confirmar el argumento de Santistevan. Por ejemplo, en la sesión extraordinaria realizada el 19 de abril de 2013 en Lima, el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR respaldó los resultados de la elección presidencial venezolana que se llevó a cabo el 14 de abril de 2013 y que puso al vicepresidente Nicolás Maduro en la presidencia. Como sabemos, esa elección se llevó a cabo en medio de una delicada situación política generada como consecuencia de la muerte del presidente venezolano Hugo Chávez el 5 de marzo de 2013.

Asimismo, en respuesta a la violenta situación política ocurrida en Venezuela, los ministros de relaciones exteriores de la UNASUR aprobaron una resolución el 12 de marzo de 2014, mediante la cual acordaron

LAS DEMOCRACIAS
CON LIBERTADES
DISMINUIDAS EN
LATINOAMÉRICA
EN EL SIGLO
XXI Y LA CARTA
DEMOCRÁTICA
INTERAMERICANA:
¿DOS MODELOS
DE DEMOCRACIA
EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY
ILLIBERAL
DEMOCRACIES IN
LATIN AMERICA
AND THE INTER-
AMERICAN
DEMOCRATIC
CHARTER: TWO
MODELS OF
DEMOCRACY IN
THE REGION?

«respaldar los esfuerzos del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela para propiciar un diálogo entre el Gobierno, todas las fuerzas políticas y actores sociales con el fin de lograr un acuerdo que contribuya al entendimiento y la paz social». La mencionada resolución también designó, a solicitud del gobierno venezolano, una comisión de ministros de relaciones exteriores de la UNASUR que acompañe, apoye y asesore el diálogo político en ese país (UNASUR, 2014).

Con el transcurso del tiempo podremos saber si este club podrá convertirse en una institución internacional que promueva y defienda efectivamente la democracia en la región.

V. CONCLUSIONES

En hojas de papel, es decir en constituciones y acuerdos internacionales, los países de Latinoamérica tienen regímenes democráticos en buena forma. Sin embargo, como señaló Robert A. Dahl, «ninguna Constitución [a lo que agregamos también ningún instrumento internacional] puede asegurar la democracia en un país donde las condiciones favorables a ella están ausentes» (Dahl, 2003, p. 142). En este tipo de países, podemos encontrar más constituciones nominales y semánticas que normativas, conforme a la clásica tipología de Karl Loewenstein, donde las primeras y las segundas siempre alardean de ser normativas. Es por ello que Loewenstein afirma que es necesario penetrar en la realidad del proceso político (1979, p. 219).

Después de analizar varios procesos políticos en América Latina, más allá de las constituciones y los tratados, encontramos dos tendencias: democracias que descansan en la tradición liberal, y democracias con libertades disminuidas que se preocupan esencialmente de los derechos económicos, sociales y culturales. El problema radica en que las democracias liberales a menudo se contentan con un edificio de un solo piso, sin espacio para satisfacer las necesidades de los ciudadanos; mientras que, por su parte, las democracias con libertades disminuidas desean erigir un sólido segundo piso sobre un primer piso construido en la arena.

Finalmente, encontramos que entidades intergubernamentales como la OEA y la UNASUR no cuentan con instrumentos efectivos y/o voluntad política para hacer cumplir los acuerdos que promuevan una democracia «totalmente equipada», necesaria para dejar, de una vez por todas, el siglo XX (o incluso el siglo XIX).

VI. BIBLIOGRAFÍA

Cameron, Maxwell (2014). *The Myth of Competitive Authoritarianism in the Andes*. Manuscrito. 13 de febrero de 2014. Expreso mi gratitud al profesor Sinesio López de la PUCP por haberme proporcionado una copia de este artículo y haberme autorizado, en nombre del autor, a utilizarlo en este trabajo.

Cooper, Andrew (2004). The making of the Inter-American Democratic Charter: A case of complex multilateralism. *International Studies Perspectives*, 5(1), 92-113.

Dahl, Robert (1989). *Democracy and Its Critics*. New Haven/Londres: Yale University Press.

Dahl, Robert (2003). *How Democratic is the American Constitution?* New Haven/Londres: Yale University Press.

Legler, Thomas (2011). Lecciones de la crisis hondureña. En Santiago Mariani (ed.), *La democracia en el marco de la Carta Democrática Interamericana* (pp. 42-45). Lima: IDEA International.

Levitsky, Steven & Lucan Way (2010). *Competitive Authoritarianism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Loewenstein, Karl (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona/Caracas/México: Ariel.

Mariani, Santiago (ed.) (2011). *La democracia en el marco de la Carta Democrática Interamericana*. Lima: IDEA International.

Møller, Jørgen (2008). A Critical Note on «The Rise of Illiberal Democracy». *Australian Journal of Political Science*, 43 (3), 555-561.

O'Donnell, Guillermo (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5 (1), 55-69.

O'Donnell, Guillermo (2003). Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust. En Scott Mainwaring & Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America* (pp. 34-54). Oxford: Oxford University Press.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2001). Carta Democrática Interamericana. Lima, 11 de setiembre de 2001. Recuperado de http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm.

Perina, Rubén (2012). The Inter-American Democratic Charter: An Assessment and Ways to Strengthen It. En *The Road to Hemispheric Cooperation: Beyond the Cartagena Summit of the Americas* (pp. 77-87). Washington D.C.: The Brookings Institution.

Peruzzotti, Enrique & Catalina Smulovitz (2002). Accountability social: la otra cara del control. En Enrique Peruzzotti & Catalina Smulovitz (eds.) *Controlando la política* (pp. 23-52). Buenos Aires: Temas.

Santistevan, Jorge (2011). Comentario de Jorge Santistevan. Comentario a la exposición de Jennifer McCoy en el Primer panel: Las respuestas internacionales

73

LAS DEMOCRACIAS
CON LIBERTADES
DISMINUIDAS EN
LATINOAMÉRICA
EN EL SIGLO
XXI Y LA CARTA
DEMOCRÁTICA
INTERAMERICANA:
¿DOS MODELOS
DE DEMOCRACIA
EN LA REGIÓN?

21ST CENTURY
ILLIBERAL
DEMOCRACIES IN
LATIN AMERICA
AND THE INTER-
AMERICAN
DEMOCRATIC
CHARTER: TWO
MODELS OF
DEMOCRACY IN
THE REGION?

frente a las crisis democráticas en las Américas. En Santiago Mariani (ed.), *La democracia en el marco de la Carta Democrática Interamericana* (pp. 17-21). Lima: IDEA International.

Schrijver, Nico (2011). Paving the Way Towards... One Worldwide Human Rights Treaty!. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29 (3), 257-261.

Touraine, Alain (2006). *¿Qué es la democracia?* México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (2008). Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. Recuperado de <http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>.

Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (2010). Protocolo adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre Compromiso con la Democracia. Recuperado de <http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Protocolo-Adicional-al-Tratado-Constitutivo-de-UNASUR-sobre-Compromiso-con-la-Democracia-opt.pdf>

Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) (2014). UNASUR/CMRE/RESOLUCIÓN N° 2/2014. Santiago de Chile, 12 de marzo de 2014. Recuperado de <https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content?noderef=26c42049-01db-4300-88b6-337485b9d63d>.

Zakaria, Fareed (1997). The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, 76 (6), 22-43.

Recibido: 08/09/2015

Aprobado: 05/10/2015

La lucha antiterrorista en el Perú: agujeros negros legales, agujeros grises y el arduo camino constitucional. Lecciones peruanas para la guerra contra el terrorismo global

The anti-terrorist fighting in Peru: legal black holes, gray holes and the arduous constitutional way. Peruvian lessons for the war on global terrorism

ABRAHAM SILES VALLEJOS*

Resumen: El presente trabajo examina, desde el paradigma del Estado constitucional de derecho, la estrategia antiterrorista que desarrolló el Perú. Una de las expresiones de esta lucha antisubversiva fue la instauración casi permanente de los regímenes de excepción y la aprobación de las leyes penales de emergencia, las cuales son analizadas críticamente, pues propiciaron graves afectaciones a los derechos fundamentales. En ese sentido, se muestra, con grave preocupación, la creación por parte del Estado peruano de «agujeros negros» y «agujeros grises» legales en desmedro de las víctimas de desaparición forzada. Finaliza el autor haciendo un balance de la postura de los órganos jurisdiccionales y el reto que tienen en la construcción del modelo democrático y constitucional de lucha contra el terrorismo.

Palabras clave: Lucha antiterrorista – régimen de excepción – legislación antiterrorista – fuerzas armadas

Abstract: This paper examines the anti-terrorist strategy developed by Peru from the paradigm of the constitutional rule of law. One expression of this counter-insurgency fight was the nearly permanent establishment of states of emergency and the adoption of criminal emergency laws, which are critically analyzed, because they led to serious results on fundamental rights. In that sense, it is shown, with severe concern, the establishment by the Peruvian Government of legal “black holes” and “gray holes” at the expense of victims of enforced disappearance. The author concludes by assessing the position of the courts and the challenge they have in elaborating a democratic and constitutional model for combating terrorism.

Key words: Anti-terror fight – state of emergency – anti-terrorist legislation – military forces

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Correo electrónico: asiles@pucp.pe. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) con el título original «The Anti-Terrorist Fighting in Peru: Legal Black Holes, Grey Holes and the Arduous Constitutional Road. Peruvian Lessons for War against Global Terrorism», dentro del Workshop on Constitutional Responses to Terrorism.

CONTENIDO: I. DOS MODELOS DE LUCHA ANTITERRORISTA RIVALES Y LA EVOLUCIÓN DEL TERRORISMO PERUANO.– II. MAL USO DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMALIZACIÓN DE LA EMERGENCIA.– III. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA Y GRAVES VULNERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.– IV. EL ROL DE LOS TRIBUNALES Y LA ARDUA AFIRMACIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE LUCHA ANTITERRORISTA.– IV.1. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA.– IV.2. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS DURANTE EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN.– IV.3. LA CONDENA AL EX PRESIDENTE FUJIMORI.– V. BIBLIOGRAFÍA.

I. DOS MODELOS DE LUCHA ANTITERRORISTA RIVALES Y LA EVOLUCIÓN DEL TERRORISMO PERUANO

El Perú padece acciones terroristas desde el año 1980, cuando «Sendero Luminoso», un grupo subversivo de orientación maoísta, inició la lucha armada para capturar el poder estatal con un simbólico acto de sabotaje electoral en Chuschi, un pueblito de Ayacucho, en los Andes peruanos (CVR, 2004, p. 97; Gorriti, 2009, pp. 43-44). Poco después, en 1984, el «Movimiento Revolucionario Túpac Amaru» (MRTA), de otra vertiente comunista (inspirada en las guerrillas clásicas latinoamericanas) pero con similares métodos violentos, abrió un nuevo flanco de acción insurgente y terrorista en el país (CVR, 2003, II, pp. 384-385, 387; Manrique, 2002, pp. 121, 46; Chiabra, 2009, p. 343), aumentando la complejidad del desafío que enfrentaba la democracia peruana, recién restaurada tras doce años de régimen militar (1968-1980).

La ineficacia policial ante el rápido incremento de la violencia subversiva y el amplio uso de métodos terroristas que causaban pánico entre la ciudadanía determinó al Gobierno a poner en marcha una estrategia contra el terrorismo cualitativamente distinta al primer ensayo de respuesta, el cual se había apoyado básicamente en la labor policial bajo condiciones más o menos ordinarias. Los principales elementos de la nueva estrategia antiterrorista —una estrategia belicista o militarista— fueron los siguientes: el ejercicio de poderes de emergencia por el presidente de la República; la proclamación y el mantenimiento prolongado de un régimen de excepción constitucional; la militarización de la respuesta estatal y la abdicación de la autoridad democrática en las Fuerzas Armadas; la aprobación y aplicación de leyes antiterroristas violatorias de los derechos fundamentales de las personas; y la ausencia de controles parlamentarios y judiciales.

77

La nueva estrategia fue una estrategia de «guerra contra el terrorismo» (CVR, 2003, II, pp. 247, 249 y 251; de la Jara, 2008, pp. 235, 239 y 240) y estuvo centrada en los poderes de emergencia constitucional ejercidos por el presidente de la República, quien los delegó de manera irrestricta en las Fuerzas Armadas, a las que encomendó derrotar militarmente a los movimientos terroristas. La sobrereacción estatal llevó a la «guerra sucia» y a las graves violaciones de los derechos fundamentales, victimizando de modo especial a la población civil, la cual se halló así entre dos fuegos. Se respondió, pues, a la barbarie con la barbarie (de la Jara, 2008, pp. 240, 247). La crueldad del terrorismo fue replicada con atrocidades por las fuerzas del orden.

Los daños producidos por la guerra entre los años 1980 y 2000 han sido enormes. Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), que empleó la categoría de «conflicto armado interno», se trató del «episodio de violencia más intenso, más extenso y más prolongado de toda la historia de la República», y la cifra más probable de víctimas fatales es 69 280 personas (CVR, 2003, VIII, p. 353). Además, la guerra abarcó una gran proporción del territorio nacional, causando grandes pérdidas económicas e involucrando al conjunto de la sociedad (CVR, 2003, VIII, pp. 353-354). Las principales víctimas fueron las poblaciones del Perú rural, andino y selvático, quechua y asháninka, campesino, pobre y con poca educación formal (CVR, 2003, VIII, p. 354), por lo que su tragedia no fue sentida como propia por el resto del país, lo que delata el velado racismo y desprecio hacia ellas que subsisten en el Perú hasta hoy (CVR, 2003, VIII; Lerner Febres, 2011, pp. 61 y 63-64)¹.

En opinión de algunos analistas, el avance de la subversión terrorista, en particular de Sendero Luminoso, llegó a amenazar con derribar al régimen democrático, configurándose como un peligro existencial para la continuidad del Estado peruano o la comunidad nacional². Una auténtica guerra civil pareció desencadenarse por momentos en el país, en particular durante los períodos que la CVR (CVR) llamó de «despliegue nacional de la violencia» (junio de 1986-marzo de 1989) y «crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal» (marzo de 1989-septiembre de 1992) (CVR, 2004, pp. 109 y 113).

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISOS Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

1 La respuesta al terrorismo global en Estados Unidos de América ha tenido también un perfil racial y étnico, de raíces históricas, que ha sido advertido por algunos autores. Véase Cole (2005, pp. 47-56).

2 En abril de 1992, el subsecretario de Estado para América Latina sostuvo ante la Cámara de Representantes de su país que los Estados Unidos de América debían contemplar la posibilidad de una intervención militar multinacional en el Perú, a fin de impedir el triunfo eventual de Sendero Luminoso, el cual podría acarrear el tercer genocidio del siglo, luego del perpetrado por la Alemania nazi y del cometido por el *Khmer Rouge* en Camboya. Véase Manrique (2002, pp. 62 y 227). También de la Jara opina que Sendero Luminoso estuvo a punto de ganar la guerra (2008, pp. 239, 240, 241, 243 (nota 7) y 249).

Desde muy pronto, empero, surgió en el Perú un modelo constitucional y democrático de combate al terrorismo, con las siguientes características: conducción de la lucha antiterrorista por la autoridad civil democrática, de suerte que la eventual intervención de las Fuerzas Armadas se hallara siempre subordinada a aquella; legitimidad del recurso al régimen de excepción constitucional, pero sujeto a límites constitucionales y legales; respuesta estatal no exclusivamente militar, sino de naturaleza integral, que pudiera ganar la adhesión de las poblaciones aterrorizadas por Sendero Luminoso y el MRTA; aprobación y aplicación de legislación antiterrorista respetuosa de los derechos fundamentales de las personas; papel destacado del Parlamento y de los tribunales para ejercer controles democráticos y jurisdiccionales.

Tras un tímido intento de cambio para reconducir la estrategia antiterrorista bajo pautas constitucionales y democráticas, ocurrido al inicio del gobierno del presidente Alejandro Toledo (agosto de 2001-mayo de 2004) (Basombrío & Rospigliosi, 2006, pp. 179-183), el presente siglo ha visto resurgir el modelo del militarismo —aunque atemperado— para enfrentar los remanentes terroristas que subsisten en dos zonas focalizadas de la Amazonía peruana: el valle del Alto Huallaga (VAH) y el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM) (Sánchez Montenegro, 2011, pp. 139-140; Soberón Garrido, 2013, p. 118). Las circunstancias actuales, sin embargo, son muy distintas de las que existieron durante las dos décadas finales del siglo pasado. No solo los remanentes de Sendero Luminoso (el MRTA ha dejado de operar desde hace varios años) no representan una amenaza existencial para el Estado peruano —debido al número limitado de sus militantes, a la precariedad de su fuerza militar, a su falta de consistencia ideológica y a su carencia de liderazgo político—, sino que han establecido una alianza estratégica con grupos dedicados al narcotráfico (Basombrío & Rospigliosi, 2006, pp. 188-189 y 191; Chiabra, 2009, pp. 354-355; Agüero, 2009, pp. 60-63).

De cualquier modo, no parece fácil poner fin al fenómeno terrorista focalizado y débil que subsiste en el Perú. Los remanentes de Sendero Luminoso mantienen un discurso político subversivo (Chiabra, 2009, pp. 362-365; Agüero, 2009, p. 62) y realizan acciones armadas que siguen causando pérdida de vidas humanas y bienes materiales y provocando miedo y zozobra entre la ciudadanía, a nivel local y nacional (Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 7 y 8). Con todo, en este nuevo escenario terrorista, la reintroducción y el mantenimiento de una estrategia antiterrorista basada en la prolongación de la emergencia constitucional y la militarización (atenuada) de la respuesta del Estado parecen, además de ineficaces, del todo injustificados desde el punto de vista constitucional.

II. MAL USO DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMALIZACIÓN DE LA EMERGENCIA

En el Perú, el modelo constitucional de gobierno de crisis, de acuerdo con el marco conceptual propuesto por Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, es el «modelo de la adaptación», conforme al cual «cuando una nación es confrontada con emergencias, su estructura legal, y aun constitucional, debe ser relajada en algo (y quizá incluso suspendida en partes)» (Gross & Ní Aoláin, 2006, p. 17). Tanto la Constitución peruana en vigor desde 1993 como su antecesora de 1979 previeron un «régimen de excepción», con dos modalidades de respuesta estatal según la naturaleza y gravedad de la amenaza: el «estado de emergencia» para el caso de perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación, y el «estado de sitio» para supuestos de invasión, guerra exterior y guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan. Ambas modalidades facultan al presidente a suspender el ejercicio de determinados derechos fundamentales y a ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas para hacerse cargo del control del orden interno.

El que la estrategia de lucha antiterrorista incluyera como uno de sus componentes esenciales la instauración del «estado de emergencia» ha sido considerado como plenamente legítimo (CVR, 2003, VI, p. 494; de la Jara, 2003, p. 53), en particular, en aquellos momentos en los que el accionar de las organizaciones terroristas supuso una «amenaza existencial» para el Estado o la comunidad nacional³. Los problemas, más bien, derivaron de la manera en la que los poderes presidenciales de crisis fueron ejercidos y el régimen excepcional fue aplicado, pues ello conllevó una grave distorsión de principios fundamentales del orden constitucional, favoreciendo la comisión de graves violaciones de los derechos fundamentales de las personas (CVR, 2003, VI, 494-495; Lerner Febres, 2011, p. 60).

Una somera presentación de algunas cifras extraídas de una «Base de Datos sobre Estados de Emergencia en el Perú entre los años 1980 y 2011», elaborada en el marco de una investigación que actualmente desarrolla el autor de esta ponencia⁴, brinda una idea aproximada de la dimensión y las características de la problemática. En efecto, en los 32 años bajo estudio, se dictaron 866 decretos presidenciales de «estado de emergencia», casi todos los cuales proclamaron o prorrogaron sucesivamente el mencionado régimen excepcional (839 decretos, equivalentes al 96,9%). De ese número, 672 decretos (77,6%)

3 Sobre el concepto de «amenaza existencial» como amenaza política al sistema constitucional o a la independencia de la República, o como peligro para la vida de la nación, véase Ackerman (2007, pp. 35, 36, 39, 82-83 y 87) y Pérez Royo (2010, p. 9).

4 Colaboraron en la tarea de diseñar la base de datos y recolectar y procesar la información, el ingeniero Javier Márquez y los alumnos Gonzalo Monge, Alonso Hidalgo, Joseline Pérez y Margarita Romero.

79

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISOS Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

corresponden a la causal de perturbación de la paz o del orden interno. Desde la aparición del desafío terrorista en 1980, en ningún año se ha prescindido del gobierno de crisis constitucional para hacerle frente.

De otro lado, la potestad presidencial de ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno fue ampliamente utilizada. Así, las Fuerzas Armadas intervienen en más de dos tercios de los casos (603 decretos, iguales al 69,6%). Además, la modalidad de intervención es casi siempre la que les encomienda tomar por completo el control del orden interno, en reemplazo de la Policía (548 casos, equivalentes al 90,9%). Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, los casos en los que el presidente determinó su suspensión fueron 635 (equivalentes al 73,3%). Por último, respecto de la duración prevista —considerando solo aquellos decretos que instauran o prorrogan el estado de emergencia (839 decretos)—, la gran mayoría estipuló el máximo constitucional de 60 días (722 decretos, que corresponden al 86,1% del subconjunto).

En definitiva, las cifras muestran que el régimen de excepción, como parte esencial de la estrategia antiterrorista aplicada, ha devenido en permanente en el Perú, pues se lo mantiene en vastos sectores del territorio nacional y para importantes grupos poblacionales, durante los 32 años estudiados⁵. Con ello, se lo ha convertido en práctica ordinaria, contraviniendo el carácter provisorio de la institución⁶ y produciendo la «normalización de la emergencia» (sobre este concepto, véase Ackerman, 2007, p. 70; Gross & Ní Aoláin, 2006, pp. 228ss; de Vergottini, 2004, p. 23; Dyzenhaus, 2002, pp. 28-29), lo que distorsiona gravemente el Estado constitucional y democrático de Derecho.

Por lo demás, resulta claro que el empleo del «estado de emergencia» ha supuesto la aplicación del máximo de severidad que la Constitución habilita: renovación incesante del estado de emergencia, por hechos vinculados a la causal de perturbación de la paz o del orden interno, durante el mayor tiempo permitido, con suspensión de derechos fundamentales, y con intervención de las Fuerzas Armadas, en sustitución de la Policía, para hacerse cargo del control del orden interno.

Ahora bien, este modo de entender el régimen de excepción y de aplicarlo era portador de una serie de rasgos autoritarios y antidemocráticos, así como violatorio del Estado constitucional de derecho. Y es que, desde que el presidente Fernando Belaunde, en diciembre de 1982, reinstauró el estado de emergencia en Ayacucho y encargó el combate del terrorismo a las Fuerzas Armadas, se reintrodujo la figura, no contemplada en la

5 Sobre la recurrencia de los regímenes de excepción en la historia constitucional peruana, véase Landa Arroyo (2012, p. 220).

6 Los requisitos de necesidad y temporalidad son señalados como esenciales desde los autores clásicos. Véase Rossiter (2011, pp. 300, 303 y 306; Friedrich, 1975, II, pp. 589-590).

Constitución sino heredada del régimen castrense anterior (1968-1980), de los «Comandos Político-Militares» a cargo de un jefe militar (CVR, 2003, VI, p. 497; Manrique, 2002, p. 15)⁷.

El otorgamiento de poderes políticos a las Fuerzas Armadas excedía los cauces constitucionales y careció de apoyo legislativo hasta junio de 1985, cuando el Parlamento aprobó la ley 24150, la cual reguló las imprecisas competencias de los Comandos Político-Militares durante los estados de excepción, convalidando su rol inconstitucional. Unos años más tarde, la situación normativa empeoró. Las atribuciones desmesuradas de los Comandos Político-Militares fueron ampliadas mediante el decreto legislativo 749, de noviembre de 1991, dictado por el Gobierno en virtud de una delegación expresa de potestades legislativas por el Parlamento.

De otro lado, la ley 23506, de diciembre de 1982, contra lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —confirmado unos años más tarde por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 1987a; 1987b)—, estipuló la improcedencia de las demandas de hábeas corpus y amparo respecto de las garantías o derechos cuya suspensión hubiese sido dispuesta al declarar o prorrogar un estado de excepción constitucional. Ello llevó a los fiscales y jueces peruanos, sobre la base de una interpretación errónea de la Constitución y del desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), a rechazar mayoritariamente las numerosas demandas de hábeas corpus y amparo presentadas por los allegados de las víctimas de las graves violaciones de los derechos fundamentales causadas por la represión estatal (CVR, 2003, VI, pp. 511-512; Eguiguren Praeli, 2002, pp. 54-58).

Fueron creadas así las condiciones para un ejercicio abusivo de los poderes de emergencia, al «abdicar la autoridad democrática» y delegar indebidamente en las Fuerzas Armadas la conducción de la «guerra contra el terrorismo» (CVR, 2003, VIII, pp. 364-366; Lerner Febres, 2011, p. 60), no poner en vigor ni ejercer mecanismos de control sobre dichos poderes de emergencia, y, por el contrario, aprobar legislación que, contra los principios recogidos en la Constitución y el DIDH, impedía brindar adecuada protección judicial a los derechos fundamentales de las personas. De ese modo, se configuró un «agujero negro legal», entendido, según lo que plantea David Dyzenhaus, como una situación creada por la ley, en particular para personas sujetas

81

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

7 En realidad, la concesión de amplios poderes «políticos y militares» a un caudillo militar para enfrentar emergencias políticas, en particular situaciones bélicas o conflictos armados, se remonta en el Perú hasta el mismo momento fundacional de la República, con los poderes reconocidos al Protector José de San Martín en 1821 y al Libertador Simón Bolívar entre 1823 y 1825. Me ocupo del tema en un trabajo en elaboración titulado *El Derecho Constitucional peruano frente a las emergencias provocadas por la violencia política* (pp. 26-29).

a detención administrativa o prejudicial, en la cual «no hay Derecho» o se impide la revisión judicial, o que «no puede ser controlada por el Estado de Derecho», o que «es inmune a una revisión por una corte o un fuero independiente» (Dyzenhaus, 2006, pp. 3, 123 y 166)⁸.

Pero no solo durante las dos primeras décadas de terrorismo en el Perú (1980-2000), cuando este fenómeno llegó a agobiar a la sociedad peruana como un decisivo asunto de supervivencia, los estados de excepción han sido manipulados y su propósito y sus características constitucionales distorsionados de manera grave. Incluso en el presente siglo, cuando el accionar terrorista se halla focalizado en dos zonas de la selva y no constituye una amenaza existencial para el Estado o la nación, se lo sigue empleando (ONU, 2010, párrafo 31; el relator especial constata la continuidad de la práctica de declarar el estado de emergencia en el VRAE). Desde luego, la principal distorsión consiste ahora en que no se configura ninguna causal constitucional que habilite la proclamación del régimen excepcional.

Aunque en la retórica oficial del Estado se recurre a la expresión «guerra contra el terrorismo» para justificar el mantenimiento del estado de emergencia y la participación preeminente de las Fuerzas Armadas en el combate contra los rezagos senderistas en el VRAEM⁹, tal uso resulta excesivo e inadmisibles desde el punto de vista del derecho constitucional peruano. No existe en la actualidad una situación bélica ni de insurgencia, ni un accionar terrorista que constituyan una amenaza existencial para el Estado o la nación, ni siquiera debido a la alianza de Sendero Luminoso con narcotraficantes.

Más bien, el empleo de la retórica belicista parece servir a las Fuerzas Armadas, pese a sus numerosos fracasos operativos, para el desmedido incremento de su poder en la sociedad y para su propósito de recuperación institucional (Sánchez Montenegro, 2011, pp. 101, 114-119 y 142-143) tras su involucramiento en la red de corrupción y violación de derechos fundamentales durante el gobierno autoritario del presidente Fujimori (CVR, 2003, II, p. 376; Durand, 2003, pp. 421ss.). Salvadas las distancias, parece estar ocurriendo en el Perú algo parecido a lo que observa Mark Brandon para el caso de Estados Unidos de América, y es que se constituye como un «Estado guerrero», esto es, como «un régimen para el cual el uso de la fuerza militar es un aspecto regular de la vida de la nación» (2006, p. 12).

Como se sabe, la manipulación del concepto de guerra —guerra interna, en el caso peruano— conlleva serios peligros para la democracia

8 Para una referencia al uso del concepto «agujero negro legal» en el caso Abbasi, decidido por una corte británica, véase Cole (2005, p. 40).

9 Mediante decreto supremo 074-2012-PCM (Presidencia del Consejo de Ministros, 2012), se convirtió el VRAE en VRAEM, al agregársele nuevos territorios de la zona del río Mantaro.

constitucional, como el uso abusivo de los poderes presidenciales de excepción, la violación de los derechos fundamentales de los sospechosos de terrorismo y el debilitamiento de los controles jurisdiccionales y parlamentarios, con la ulterior erosión permanente del Estado de Derecho y el régimen constitucional (Ackerman, 2007, pp. 25-29).

III. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA Y GRAVES VULNERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La aprobación de «legislación penal de emergencia» (CVR, 2003, VI, pp. 421 y 422; Landa, 2006, p. 94; Ugaz Sánchez-Moreno, 1996, p. 55) para hacer frente al terrorismo en el Perú, desde el temprano decreto legislativo 46, de marzo de 1981, hasta los draconianos decretos ley antiterroristas puestos en vigor por el presidente Alberto Fujimori tras su autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, produjo una profunda alteración del Estado constitucional y democrático de derecho. Como ha señalado la CVR, las leyes antiterroristas causaron «un desborde permanente del modelo garantista» y generaron «una cultura de la emergencia y una práctica de la excepción como regla», originando una involución del derecho penal peruano hasta estándares pre-modernos (CVR, 2003, VI, p. 422; Ugaz Sánchez-Moreno, 1996, pp. 55-56).

Las leyes penales de emergencia incurrieron en numerosas violaciones de los derechos fundamentales de las personas: tipificación imprecisa de los delitos de «terrorismo» y «traición a la patria»; violación de las libertades de pensamiento y expresión mediante la tipificación del delito de «apología del terrorismo»; ampliación indebida de los poderes de investigación criminal concedidos a la Policía, sustraídos en la práctica a controles por fiscales y jueces; potestad de mantener en situación de incomunicación bajo detención preventiva (administrativa) a los sospechosos de terrorismo, sin debidos controles fiscales y jurisdiccionales; facilitación de la detención fuera de los supuestos de flagrancia y orden judicial previstos en la Constitución, y por plazos excesivos; facilitación de la realización de arrestos y aun actuaciones probatorias por las Fuerzas Armadas en las zonas declaradas bajo estado de excepción constitucional; juzgamiento por jueces «sin rostro»; juzgamiento de civiles ante tribunales militares; aplicación del proceso militar «en el teatro de operaciones» (escenario bélico), con plazos exigüos (CVR, 2003, VI, pp. 425-463; CIDH, 2000, especialmente el capítulo II, párrafos 1-254; Ugaz Sánchez-Moreno, 1996, p. 55; Comisión Goldman, 1994, pp. 45-78).

Cabe detenerse, empero, a modo de ilustración, en una de las peores prácticas de violaciones masivas de los derechos fundamentales de las personas cometidas durante la guerra contra el terrorismo en

83

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

el Perú, a saber, la práctica de la detención arbitraria (administrativa) y la posterior desaparición forzada de los sospechosos de terrorismo, con el probable resultado de su ejecución extrajudicial (CVR, 2003, VI, pp. 111 y 122; Defensoría del Pueblo, 2002, p. 143). La legislación penal de emergencia, y su aplicación por el sistema de justicia conforme a criterios laxos que omitieron todo control de constitucionalidad, favoreció la perpetración de los crímenes.

Según la CVR, las Fuerzas Armadas recurrieron a la desaparición forzada de personas con la finalidad de derrotar militarmente a las organizaciones subversivas y terroristas, y procuraron como objetivos inmediatos los siguientes: obtener información de los sospechosos; eliminar a los presuntos subversivos o simpatizantes; y, en ciertos períodos, intimidar a la población y obligarla a ponerse del lado del Estado en los territorios declarados bajo régimen de emergencia (CVR, 2003, VI, p. 131). Por otra parte, se trató de una práctica generalizada y sistemática en ciertos períodos y lugares, en particular, entre los años 1983 y 1984 o 1985, y entre los años 1989 y 1993 (CVR, 2003, VI, pp. 126-128; de la Jara, 2003, p. 58). Las cifras registradas dan cuenta de la barbarie, pues fluctúan entre 8558 y 15 731 los casos estimados de víctimas de desaparición forzada (Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 148-149).

La CVR y la Corte IDH han calificado los hechos del caso La Cantuta —donde nueve estudiantes universitarios y un catedrático fueron desaparecidos y asesinados, con el posterior ocultamiento de sus cadáveres— como «crímenes de lesa humanidad» (CVR, 2003, VI, p. 129; Corte IDH, 2006, párrafo 225). Y es que nada parece igualar a la experiencia de desvalimiento y falta de protección legal en que son colocadas las víctimas de desaparición forzada (Cassese, 1993, pp. 186-191; CVR, 2003, VI, pp. 96-112; Defensoría del Pueblo, 2002, pp. 114-125). En consecuencia, de los desaparecidos puede decirse, en el sentido más radical, que se hallan en un auténtico «agujero negro», en la medida en que se encuentran en una situación de desprotección jurídica total, sin que ni siquiera su arresto y detención sean reconocidos, ni aun su misma personalidad jurídica.

En efecto, por constituir la desaparición forzada de personas un hecho pluriofensivo (CVR, 2003, VI, pp. 75-76 y 130; Abad Yupanqui, 2004, pp. 120-121), la creación de «agujeros negros» y «agujeros grises» legales en torno a ella, como consecuencia de la legislación antiterrorista aprobada y del rol desempeñado por el sistema de justicia para asegurar la impunidad de los perpetradores (CVR, 2003, III, pp. 258-261 y 276-279; de la Jara, 2003, pp. 52-60), es algo que hay que deplorar y cuya repetición, en el Perú y en cualquier otro país, debe ser evitada por todos los medios moral y jurídicamente admisibles.

Algunas de estas leyes y actuaciones jurisdiccionales configuraron «agujeros grises legales», ya que adoptaron una careta de legalidad, esto es, usurparon la legitimidad del Estado constitucional y democrático de derecho, pero negaron toda protección sustantiva. Para David Dyzenhaus, los «agujeros grises legales» son «agujeros negros disfrazados» y solo brindan la «fachada o forma del Estado de derecho», siendo «más peligrosos» que los mismos agujeros negros, ya que encubren su falta de sustancia y configuran espacios que no son adecuadamente controlados por la legalidad (por ejemplo, los tribunales militares estadounidenses tras el 11 de septiembre de 2001). En consecuencia, Dyzenhaus opina que los tribunales de justicia deben evitar convertirse en meros órganos limitados a «rubricar» las decisiones del Ejecutivo (2006, pp. 3, 42, 50, 205 y 210).

En la experiencia peruana, un ejemplo extremo de este fenómeno lo constituye lo ocurrido en los casos de la matanza de Barrios Altos y las desapariciones forzadas de La Cantuta; ambos, crímenes atroces perpetrados por el escuadrón de aniquilamiento estatal denominado «Grupo Colina», en 1991 y 1992. Y es que el Grupo Colina, que actuaba en el marco de la estrategia militarista de lucha contra el terrorismo, fue sometido a un relativamente temprano encausamiento penal en el fuero ordinario, durante el año 1995, por las ejecuciones extrajudiciales cometidas en el caso Barrios Altos. Reaccionando a la persecución penal y para sellar una política estatal de impunidad, el Congreso, de mayoría gobiernista, aprobó entonces una inconstitucional ley de amnistía por los delitos contra los derechos fundamentales cometidos en la lucha antiterrorista (ley 26479 de junio de 1995). No obstante, la jueza que instruyó la causa, en una decisión de inusual integridad y valentía, declaró inaplicable la ley de «autoamnistía» al proceso penal por el caso Barrios Altos, ejerciendo su potestad de control difuso de constitucionalidad. Ante ello, el Parlamento aprobó una nueva ley que prohibía la revisión judicial de la ley de amnistía (ley 26492 de julio de 1995). En un fallo vergonzoso, la Corte Suprema confirmó la revocación del control difuso de constitucionalidad aplicado por la jueza y avaló las leyes de «autoamnistía», sometiéndose a la política de impunidad del Gobierno y su mayoría parlamentaria (CVR, 2003, III, 161-164; VII, pp. 485-503 y 626-639; Defensoría del Pueblo, 2001).

El remedio a esta situación de impunidad solo llegaría años más tarde, cuando la Corte IDH dictó las sentencias de los casos Barrios Altos (2001) y La Cantuta (2006), declarando que las leyes de autoamnistía peruanas carecían de efectos jurídicos, por resultar incompatibles con la CADH (Corte IDH, 2001, punto resolutivo 4; 2006, punto resolutivo 7). Poco antes, en septiembre del año 2000, el presidente Fujimori se había visto obligado a anunciar la interrupción de su tercer mandato, obtenido en un proceso electoral fraudulento, al verse envuelto en una

85

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

gran escándalo de corrupción (Murakami, 2012, pp. 517-537 y 550-562; Burt, 2009, pp. 345-351 y 386-390). Tras la primera sentencia de la Corte IDH, los tribunales nacionales reabrieron los procesos penales que habían sido sobreesidos en aplicación de las aberrantes leyes de autoamnistía (Defensoría del Pueblo, 2005, pp. 115-129 y 314).

IV. EL ROL DE LOS TRIBUNALES Y LA ARDUA AFIRMACIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE LUCHA ANTITERRORISTA¹⁰

IV.1. Inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista

David Dyzenhaus asevera que el ordenamiento jurídico contiene un «proyecto de Estado de derecho» (un «ideal al cual se aspira»), a cuya realización están llamados a contribuir no solo los jueces, sino también la Legislatura y el Ejecutivo (2006, pp. 3, 7, 8, 147, 150, 195-196 y 211). Eso es, precisamente, lo que ha ocurrido en el caso peruano con ocasión de la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista, en enero de 2003.

El problema que se arrastraba, por cierto, era el de los numerosos juicios penales contra sospechosos de terrorismo, sustanciados tanto en el fuero civil como en el fuero militar, en aplicación de la legislación penal de emergencia, completamente reñida con los estándares constitucionales y del DIDH. Inclusive, la aplicación de las leyes antiterroristas, en especial de las aprobadas durante el régimen del presidente Fujimori, produjo una gran cantidad de inocentes condenados de manera injusta (CVR, 2003, VI, pp. 463-471; Comisión Ad-Hoc a favor de los Inocentes en Prisión, 2000; de la Jara, 2001).

Ante la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, liberado ya de ataduras políticas, emitió una sentencia declarando la inconstitucionalidad parcial de la legislación antiterrorista (Tribunal Constitucional, 2003). La decisión jurisdiccional declaró que las leyes antiterroristas impugnadas eran parcialmente inconstitucionales y estableció una serie de criterios interpretativos vinculantes, a fin de reconducir dentro del marco constitucional determinadas disposiciones legales.

Así, entre los principales contenidos de la sentencia figuran los siguientes: el establecimiento de los criterios interpretativos a observar por los jueces respecto de la tipificación del delito de «terrorismo», a

¹⁰ Con todo lo importante que son las sentencias que se comentan en este acápite, debe lamentarse que llegaron tarde para impedir o aminorar el vaciamiento del Estado constitucional de derecho y la vulneración de los derechos fundamentales durante la peor época. Sobre la idea de «ciclos judiciales» relacionados con las emergencias en Estados Unidos de América, con una etapa «permisiva» y otra «revisionista», véase Ackerman (2007, pp. 87-91 y Tushnet (2006, pp. 127 y 134-136).

fin de reducir sus indeterminaciones y no colisionar con el principio constitucional de legalidad¹¹; la declaración de inconstitucionalidad del delito de «traición a la patria» y del delito de «apología del terrorismo»; la declaración de inconstitucionalidad de los procesos penales realizados ante tribunales militares; las interpretaciones correctas, desde el punto de vista del derecho constitucional, de la regulación legal sobre la potestad jurisdiccional de expedir mandatos de prisión preventiva y del derecho de los detenidos a no ser incomunicados sino en casos indispensables; la declaración de que la sentencia no generaba derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas juzgadas inconstitucionales por el fallo (Tribunal Constitucional, 2003; Landa Arroyo, 2006, pp. 95-105; Francia, 2006, pp. 141-142).

Al fundamentar la decisión, el Tribunal Constitucional se ciñó a diversos criterios jurisprudenciales fijados por la Corte IDH en varias sentencias emitidas en casos seguidos contra el Estado peruano (en los fundamentos jurídicos 39, 98, 100, 129 y 155 remite a Corte IDH, 1999; en el fundamento jurídico 99, a Corte IDH, 2000; en el fundamento jurídico 219, a Corte IDH, 1997a) y contra otros Estados (en el fundamento jurídico 172 remite a Corte IDH, 1997b), así como en sus opiniones consultivas (en el fundamento jurídico 181 remite a Corte IDH, 1994). Con ello, se produjo un enriquecedor proceso de diálogo interjurisdiccional sostenido entre la justicia constitucional peruana y el máximo tribunal de las Américas en materia de protección internacional de derechos humanos.

De otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional cuidó, asimismo, de no generar consecuencias negativas por la aplicación inmediata de su fallo. En tal sentido, decretó un período de *vacatio sententiae*, durante el cual ella aún no surtiría efectos, y exhortó al Congreso de la República a legislar entre tanto sobre las materias examinadas, conforme a lo decidido por el supremo intérprete de la Constitución, de suerte que no se produjeran vacíos o lagunas del derecho que pudieran perjudicar la política penal y penitenciaria del Estado. El Parlamento, por su parte, aprobó una ley de delegación de potestades legislativas al Gobierno. Poco después (entre enero y febrero de 2003), los decretos legislativos de reforma de la legislación antiterrorista fueron puestos en vigor, permitiendo la revisión de los procesos penales inconstitucionales y su adaptación a la Constitución y el DIDH.

Así, se produjo un interesante proceso de cooperación entre poderes públicos, dirigido tanto al establecimiento de un modelo normativo de

11 No obstante, el relator especial de la ONU ha llamado la atención acerca del mantenimiento de disposiciones de carácter abierto, que contravienen el principio de legalidad, en la legislación antiterrorista peruana aun después del fallo del Tribunal Constitucional en esta causa (ONU, 2010, párrafos 21, 24 y 44).

lucha antiterrorista respetuoso de la Constitución, como a la corrección de las peores medidas violatorias de los derechos fundamentales de los sospechosos de terrorismo.

IV.2. Inconstitucionalidad de la legislación sobre la intervención de las Fuerzas Armadas durante el régimen de excepción

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra la ley 24150 y el decreto legislativo 749, el Tribunal Constitucional ha anulado diversas disposiciones legales que vulneraban de modo flagrante el marco constitucional y el DIDH, al atribuir funciones excesivas y carentes de control a las Fuerzas Armadas durante el régimen de excepción, así como al otorgarles blindaje legal y limitar severamente la responsabilidad por sus actos (Tribunal Constitucional, 2004).

Entre los principales contenidos de la sentencia se hallan los siguientes: la declaración de la inconstitucionalidad de los «Comandos Político-Militares», señalando que en ningún caso las Fuerzas Armadas pueden ejercer funciones políticas, debido a su carácter «no deliberante» estipulado por la Constitución; la nulidad de las disposiciones que permitían a los Comandos Político-Militares la conducción de acciones de desarrollo, sojuzgando a las autoridades políticas de organismos públicos y de gobiernos regionales y locales; la declaración de inconstitucionalidad de la potestad militar de reemplazar a las autoridades civiles en el territorio bajo régimen de excepción; la declaración de nulidad de la cláusula legal que extendía el fuero militar a actos ajenos al cumplimiento de funciones militares en las zonas declaradas bajo régimen de excepción (en la práctica, un mecanismo de impunidad).

Lamentablemente, la sentencia no abordó la cuestión de las renovaciones continuas del estado de emergencia en el Perú, que traen como consecuencia el surgimiento del fenómeno de la «permanencia de lo excepcional» o «normalización de la emergencia». Si bien en esta resolución el Tribunal Constitucional no exhortó al Parlamento a legislar de manera integral sobre los regímenes de excepción, una petición que sí había hecho la CVR en su *Informe Final* (2003, VI, p. 522), incluyó esta exhortación en una sentencia posterior (de septiembre de 2009), en la que declaró la inconstitucionalidad parcial de la legislación regulatoria del empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional y se pronunció sobre diversos aspectos relacionados con la intervención de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno, mediara o no la declaración de un régimen de excepción constitucional (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento jurídico 31 y punto resolutivo 6).

Esta última sentencia, sin embargo, tiende a favorecer la ampliación del rol de las Fuerzas Armadas en las funciones de control del orden interno, inclusive frente a eventuales manifestaciones de «protesta social» y aunque no mediara la instauración del régimen de excepción, lo que resulta incompatible con la Constitución (ONU, 2010, párrafos 34, 37 y 47; Pérez Aguilar, 2012, pp. 17-25). Es claro, entonces, que el proceso de afirmación del modelo constitucional y democrático de lucha antiterrorista muestra nuevamente en este episodio las dificultades que lo caracterizan.

IV.3. La condena al expresidente Fujimori

También la judicatura ordinaria ha ayudado a apuntalar el modelo democrático y constitucional de lucha contra el terrorismo en el Perú. Además de distintos casos de graves violaciones de los derechos fundamentales de las personas seguidos contra miembros de las fuerzas del orden, los cuales han sido judicializados con suerte diversa —en general, se observa retraso y dificultades en los procesos (Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 123-146; Cáceres Valdivia, 2014, pp. 30-33)—, el caso más relevante es el que atañe al expresidente Alberto Fujimori. El ex mandatario de la nación, en efecto, ha recibido una condena a veinticinco años de prisión efectiva por parte de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia que lo juzgó, en abril de 2009 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, 2009). La decisión fue confirmada en segunda instancia por la Primera Sala Penal Transitoria del máximo tribunal de la jurisdicción común, en diciembre de aquel mismo año (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

Ambas sentencias consideraron probada la responsabilidad de Fujimori en la comisión de homicidio calificado en agravio de veinticinco personas y de lesiones graves contra cuatro víctimas, en los casos de la matanza de Barrios Altos y las desapariciones forzadas y posteriores ejecuciones extrajudiciales de La Cantuta, así como en la comisión de secuestro agravado de dos personas en el caso de los Sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE). La responsabilidad penal de Fujimori estuvo fundamentada en su papel como «autor mediato» de un aparato de poder organizado al interior del Estado peruano, con la finalidad de perpetrar crímenes atroces, como parte de la lucha antiterrorista, a través del escuadrón de aniquilamiento conocido como «Grupo Colina». Tal responsabilidad, además, no se basó en prueba incriminatoria directa, sino en una serie de indicios que los jueces consideraron suficientes en número, coherencia y verosimilitud.

Interesa destacar aquí que el enjuiciamiento y la posterior condena fueron posibles gracias a un proceso de extradición que finalmente resolvió, a favor de realizar el proceso penal, la Corte Suprema de

89

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

Chile, país adonde Fujimori había arribado en su viaje de regreso al Perú (Ambos, 2010, pp. 57-61; Román, 2009, pp. 117-143). Poco antes había dejado, por razones desconocidas, la protección legal de que gozaba en Japón, país del que Fujimori es también nacional, desde que se refugiara allí cuando el Parlamento declaró su vacancia en el cargo de presidente de la República por «incapacidad moral» (noviembre de 2000).

Las sentencias condenatorias de Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta, que las dos Salas de la Corte Suprema que intervinieron calificaron de «crímenes de lesa humanidad» (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, 2009, párrafos 653, 675 y 717; Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2009, p. 110) —como antes lo había hecho la Corte IDH (según se indicó en el acápite III de esta ponencia)—, han sido celebradas por importantes analistas como «históricas» (véase Ambos, 2010, p. 87; Meini, 2010, p. 213; Lerner Febres, 2011, pp. 66-68). No obstante, estudiosos igualmente serios han formulado dudas acerca del examen particularizado de cada uno de los requisitos exigibles en el marco de la teoría del autor mediato referida antes, y han observado que la «extrema concisión» de la primera sentencia en este punto «puede llegar a considerarse, incluso, como un supuesto de motivación defectuosa o insuficiente» (García Caveró, 2010, p. 209).

Como quiera que fuere, analizado el juicio y condena del expresidente Fujimori desde el punto de vista de los esfuerzos por afirmar una perspectiva constitucional y democrática de lucha antiterrorista, es claro el mensaje enviado por el sistema de justicia peruano. En efecto, con su eficaz recurso a la cooperación y la jurisprudencia internacionales —participación de las autoridades chilenas en el proceso de extradición y rol relevante de la Corte IDH en el establecimiento de estándares jurídicos, en especial, en los casos Barrios Altos y La Cantuta—, Perú muestra ante la comunidad de Estados constitucionales que la perpetración de graves violaciones de los derechos fundamentales de las personas y aun de «crímenes de lesa humanidad», como parte de una estrategia de guerra contra el terrorismo que quebrante los principios básicos del Estado constitucional, no ha de quedar impune.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel (2004). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ackerman, Bruce (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempo de terrorismo*. Barcelona: Península.

Agüero, José Carlos (2009). Situación de derechos humanos en la zona del VRAE-Vizcatán. En Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2008. El difícil camino hacia la ciudadanía*. Lima.

Ambos, Kai (2010). Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex Presidente peruano Alberto Fujimori. En Kai Ambos & Iván Meini (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Lima: Ara.

Basombrío, Carlos & Fernando Rospigliosi (2006). *La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI: reformas democráticas o neomilitarismo*. Lima: IEP.

Brandon, Mark (2006). War and the American Constitutional Order. En Mark Tushnet (ed.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham/Londres: Duke University Press.

Burt, Jo-Marie. *Violencia y autoritarismo en el Perú: bajo la sombra de Sendero y la dictadura de Fujimori*. Lima: SER/IEP.

Cáceres Valdivia, Eduardo (2014). Renovar el compromiso con la memoria y la justicia. En Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012-2013: Diez años del Informe Final de la CVR*. Lima.

Cassese, Antonio (1993). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.

Chiabra, Roberto (2009). *La seguridad nacional en el siglo XXI: políticas y estrategias*. Lima: UIGV.

Cole, David (2005). *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*. Nueva York: The New Press.

Comisión Ad-Hoc a favor de los Inocentes en Prisión (2000). *La labor de la Comisión Ad-Hoc a favor de los Inocentes en Prisión. Logros y perspectivas (agosto de 1996–diciembre de 1999)*. Comisión creada por ley 26655. Lima: Defensoría del Pueblo.

Comisión de Juristas Internacionales (Comisión Goldman) (1994). *Informe sobre la administración de justicia en el Perú*. Lima: IDL.

Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) (2003). *Informe final*. 9 volúmenes. Lima: CVR.

Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) (2004). *Informe final*. Tomo I. Lima: UNSM/PUCP.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000). Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. Washington D.C.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987a). El hábeas corpus bajo suspensión de garantías. Opinión Consultiva 8/87. 30 de enero de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987b). Garantías judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva 9/87. 6 de octubre de 1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1994). La responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva 14. 9 de diciembre de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1997a). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia. 17 de septiembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1997b). Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia. 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1999). Caso Castillo Petrucci vs. Perú. Sentencia. 30 de mayo de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2000). Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia. 18 de agosto de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001). Caso Barrios Altos. Sentencia. 14 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2006). Caso La Cantuta. Sentencia. 29 de noviembre de 2006.

Defensoría del Pueblo (2001). Amnistía vs. derechos humanos: buscando justicia. Informe 57. Lima.

Defensoría del Pueblo (2005). A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe 97. Lima.

Defensoría del Pueblo (2002). La desaparición forzada de personas en el Perú (1980-1996). Informe 55. Lima.

Defensoría del Pueblo (2013). A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso. Informe 162. Lima.

De la Jara, Ernesto (2001). *Memoria y batallas en nombre de los inocentes (Perú 1992-2001)* (segunda edición). Lima: IDL.

De la Jara, Ernesto (2003). El sistema de justicia durante los años de violencia: abdicación de funciones. En *Ensayos sobre justicia y derechos humanos*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

De la Jara, Ernesto (2008). El papel de la sociedad política frente a la violencia política. En Luis Pásara (ed.), *Perú en el siglo XXI*. Lima: PUCP.

De Vergottini, Giuseppe (2004). La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo. *Revista de Derecho Político*, 61, 11-36.

Durand, Francisco (2003). *Riqueza económica y pobreza política. Reflexiones sobre las elites del poder en un país inestable*. Lima: PUCP.

Dyzenhaus, David (2002). The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be normalized? En Ronald J. Daniels y otros (eds.), *The Security of Freedom: Essay on Canada's Anti-Terrorism Bill* (21-38). Toronto: University of Toronto Press.

Dyzenhaus, David (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press.

Eguiguren Praeli, Francisco (2002). El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias. En *Estudios constitucionales*. Lima: Ara Editores.

Francia, Luis (2006). Los procesos penales contra las organizaciones terroristas. En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.), *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*. Lima: CIJT/IDEHPUC.

Friedrich, Carl (1975). *Gobierno constitucional y democracia*. 2 tomos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

García Cavero, Percy (2010). La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori. En Kai Ambos & Iván Meini (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Lima: Ara.

Gorriti, Gustavo (2009). *Sendero. Historia de la guerra milenaria en el Perú* (segunda edición). Lima: Planeta.

Gross, Oren & Fionnuala Ní Aoláin (2006). *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Nueva York: CUP.

Landa Arroyo, César (2006). Estado constitucional y terrorismo en el Perú. En *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores.

Landa Arroyo, César (2012). Executive Power and the Use of the State of Emergency. En Ana María Salinas de Frías y otros (eds.), *Counter-terrorism: International Law and practice* (205-231). Nueva York: Oxford University Press.

Lerner Febres, Salomón (2011). ¿Se aprendió la lección del conflicto armado interno? En Luis Pásara (ed.), *Perú ante los desafíos del siglo XXI*. Lima: PUCP.

Manrique, Nelson (2002). *El tiempo del miedo: la violencia política en el Perú, 1980-1996*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República.

Meini, Iván (2010). El dominio de la organización de Fujimori. En Kai Ambos & Iván Meini, *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Lima: Ara.

Murakami, Yusuke (2012). *Perú en la era del Chino: la política no institucionalizada y el pueblo en busca de un salvador* (segunda edición). Lima: CIAS (Kyoto University)/IEP.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2010). Informe sobre la misión al Perú del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/16/51/Add. 3. 15 de diciembre de 2010.

Pérez Aguilera, Mar (2012). Conflictividad social y vulneración de derechos. En Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Informe anual 2010-2011. Un año del gobierno de Ollanta Humala*. Lima.

93

LA LUCHA ANTI-TERRORISTA EN EL PERÚ: AGUJEROS NEGROS LEGALES, AGUJEROS GRISES Y EL ARDUO CAMINO CONSTITUCIONAL. LECCIONES PERUANAS PARA LA GUERRA CONTRA EL TERRORISMO GLOBAL

THE ANTI-TERRORIST FIGHTING IN PERU: LEGAL BLACK HOLES, GRAY HOLES AND THE ARDUOUS CONSTITUTIONAL WAY. PERUVIAN LESSONS FOR THE WAR ON GLOBAL TERRORISM

Pérez Royo, Javier (2010). La democracia frente al terrorismo global. En Javier Pérez Royo (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 7-12). Madrid: Marcial Pons.

Presidencia del Consejo de Ministros (2012). Decreto supremo 074-2012-PCM. *Diario Oficial El Peruano*, 10 de julio de 2012.

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2009). Expediente 19-2001-09-AV. Sentencia. 30 de diciembre de 2009.

Román, Marlene (2009). La extradición de Alberto Fujimori: los aportes del derecho penal internacional y del derecho internacional de los Derechos Humanos. En Manuel Bermúdez Tapia (coord.), *El caso Fujimori: análisis y comentarios*. Lima: Caballero Bustamante.

Rositter, Clinton (2011). *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nueva Jersey: Transaction Publishers.

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia (2009). Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. Expediente AV 19-2001 (acumulado). Sentencia. 7 de abril de 2009.

Sánchez Montenegro, Juan Pablo (2011). *Las Fuerzas Armadas y el estado de emergencia como instrumento de su recuperación institucional durante el período 2001-2010*. Tesis de Licenciatura en Ciencia Política. Lima: PUCP.

Soberón Garrido, Ricardo (2013). VRAEM: narcotráfico, terrorismo y militarización. En Werner Jungbluth M. (comp.), *Perú hoy. El Perú subterráneo* (pp. 103-132). Lima: DESCO.

Tribunal Constitucional (2003). Caso de la inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista. STC 010-2002-AI/TC. 3 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional (2004). Caso de la inconstitucionalidad de la legislación sobre el rol de las Fuerzas Armadas durante los regímenes de excepción. STC 0017-2003-AI/TC. 16 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional (2009). Caso de la inconstitucionalidad de la legislación sobre empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. STC 00002-2008-PI/TC. 9 de septiembre de 2009.

Tushnet, Mark (2006). *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*. En Mark Tushnet (ed.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham/Londres: Duke University Press, 2006.

Ugaz Sánchez-Moreno, José (1996). Libertad, seguridad personal y debido proceso. En Autores varios, *La Constitución de 1993: análisis y comentarios III*. Lima: CAJ/Konrad Adenauer Stiftung.

Recibido: 27/08/2015
Aprobado: 30/09/2015

Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina

Justiciability of regressive measures of social rights. Some reflections about their judicial protection in Latin America

NATALIA TORRES ZÚÑIGA*

Resumen: El presente artículo tiene por propósito plantear una reflexión sobre la protección jurisdiccional que reciben los derechos sociales frente a la adopción de medidas regresivas en Latinoamérica por parte de los Estados, así como de los diversos grados de tutela jurisdiccional que aquellos reciben. El artículo desarrolla la noción de regresividad y los alcances del principio de prohibición de regresividad, así como la experiencia de las Cortes Constitucionales de Perú y Colombia y de los órganos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno a la protección de los derechos sociales.

Palabras clave: Derechos sociales – prohibición de regresividad – justiciabilidad – cortes fuertes – cortes débiles – test de proporcionalidad – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Cortes Constitucionales

Abstract: This article has as aim to reflect about the protection of economic, social and cultural rights before the regressive measures adopted by governments in Latin America, as well as of the different levels of jurisdictional tutelage that those receive. The document develops the concept of a regressive measure and the scope of the non-regression principle, furthermore, it shows the experience of the Constitutional Courts from Peru and Colombia and the organs of the Interamerican System of Human Rights regarding the protection of social rights.

Key words: Social rights – non regression principle – justiciability – weak courts – strong courts – proportionality test – Inter-American Court of Human Rights – Constitutional Courts

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.- III. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD.- IV. LA RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL O «MINIMUN CORE».- V. TEST PARA

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudiante del Máster en Derecho Constitucional (2013-2014) de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Correo electrónico: n.torres@pucp.pe. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) bajo el título «Justiciability of regressive measures of social rights. Some reflections about their judicial protection in Latin America» en la mesa *Workshop on Social Rights Group*.

ANALIZAR LAS MEDIDAS REGRESIVAS: EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD.— V.1. LIMITACIÓN A TRAVÉS DE UNA LEY FORMAL.— V.2. PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.— V.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.— VI. JUSTICIABILIDAD DE LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.— VII. UNA REFERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.— VIII. CONCLUSIONES.— IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de crisis económica, el modelo de Estado Social advierte un retroceso en la protección de derechos sociales (DESC), ya que los Estados toman medidas que limitan el contenido de los mismos, incluso a través de legislación de urgencia —por ejemplo, en España se ha planteado una serie de medidas regresivas en materia laboral (Jefatura del Estado, 2012)—. En razón de ello, el presente documento tiene por propósito analizar los alcances del principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales y la justiciabilidad de los mismos en América Latina, ya que diversos tribunales latinoamericanos han desarrollado algunos casos sobre la materia —precisamente debido a los recursos económicos limitados de los países latinoamericanos—.

II. REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Las medidas regresivas son «aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido» (OEA, 2005, nota al punto 11). Por ello, el concepto de regresividad puede entenderse en dos sentidos. El primero de ellos es el normativo y se refiere al retroceso de contenidos que una norma posterior modifica respecto de una norma previa. No obstante, conviene aclarar los alcances de una norma regresiva, los cuales pueden entenderse en el siguiente sentido: «(1) cuando [se] recorta o limita el ámbito sustantivo de protección de un derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho» (Corte Constitucional de Colombia, 2008b).

En ambos casos, la regresividad normativa a la que se ha hecho referencia se materializa a través de la derogación o suspensión de normas (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1999, párrafo 19; 2000, párrafo 45; 2002, párrafo 42; 2005, párrafo 34; 2007b, párrafo 64), o la adopción de normas cuyo contenido sea manifiestamente incompatible con derechos reconocidos en el ámbito del derecho interno. Una norma regresiva sería, por ejemplo, aquella que exige mayor tiempo de aportes para la jubilación o para acceder a alguna prestación de la seguridad

social; o una que disminuya el monto de pensión que percibe un jubilado; entre otras (Suárez Franco, 2006, p. 369).

El otro sentido es el de regresividad por resultados de las políticas públicas en materia de derechos sociales. Este se refiere a aspectos como el de la disminución o desviación de los recursos públicos destinados a la satisfacción de cierto derecho; o al deterioro de determinados servicios o prestaciones a las que el Estado se encuentra obligado (Corte Constitucional de Colombia, 2004a).

Ahora bien, existen algunos criterios o estándares que permiten medir de modo cualitativo y cuantitativo la progresividad y/o regresividad normativa, entendida como aquella relativa a las medidas políticas, y que podrían ser aplicados en la práctica de la justicia constitucional —aunque eventualmente se planteen críticas a la falta de especialización de los jueces para llevar a cabo el control sobre políticas estatales— (ONU, 2006).

Estos indicadores pueden ser estructurales, de procesos y de resultados (ONU, 2006). Los primeros guardan relación con la regresividad normativa —aunque también con los mecanismos institucionales para asegurar la eficacia de un derecho—, mientras que los indicadores de procesos y resultados, con la regresividad referida a las políticas adoptadas por los Estados en materia de derechos sociales. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, algunos indicadores posibles serían los siguientes: i) estructurales —existencia de una ley o política nacional para los discapacitados físicos y mentales, el alcance y cobertura de dicha políticas—; ii) de proceso y de resultado —porcentaje de discapacitados físicos o mentales que tienen acceso a servicios de instituciones públicas o sociales— (Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, 2008).

El uso de las categorías relativas a la regresividad o progresividad tiene sus detractores, pues se considera que estas necesariamente deben fundamentarse en criterios estadísticos que son ajenos a la función judicial y que no colocan el acento en la dimensión individual del derecho social, sino únicamente en la colectiva (Melish, 2005a, pp. 60-61). Sin embargo, como bien señala Uprimny a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana, se puede afirmar que el litigio en relación con los derechos sociales se ha articulado sobre la base de la noción de regresividad, aunque también admite que los casos resueltos por la Corte Constitucional, en mayor o menor medida, se han referido a supuestos de regresividad normativa, antes que de análisis de otro tipo de medidas (Uprimny & Guarnizo, 2006).

97

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

III. PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

El principio de prohibición de regresividad es un correlato del principio de progresividad, en efecto, podría definirse como la dimensión reactiva del mismo (Pisarello, 2006, p. 317). La progresividad se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Protocolo de San Salvador de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Ella puede definirse como el principio que establece que los Estados tienen la obligación de hacer efectivos los derechos sociales, de modo paulatino (OEA, 2005), lo que, además, implica que el Estado tome medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles, tal como lo señalan el artículo 1 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) y el artículo 2.1. del PIDESC (ONU, 1966). De otro lado, los pactos en mención hacen referencia a medidas regresivas —artículo 5 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) y artículo 4 del PIDESC (ONU, 1966)— y al hecho de que el Estado debe llevarlas a cabo siempre que se promueva el bienestar general. Esto implica que, en dichos tratados, se admita la aplicación del principio de proporcionalidad como el criterio que determina la procedencia de la limitación¹.

Desde la doctrina constitucional, el concepto de regresividad se ha empleado para definirla como límite frente a las decisiones del legislador y la administración (Hesse, 1978, pp. 86-87). Además, también constituye una garantía de carácter sustantivo a favor del individuo, pues tiende a proteger el contenido de los derechos sociales de los que gozan los individuos (Diez Picazo, 2013, pp. 180ss.). En efecto, en la medida en que el legislador no puede disminuir los logros alcanzados en materia de derechos sociales —y, en ese sentido, los derechos cumplen un rol defensivo—, también debe mantener y/o promover su eficacia plena en el ordenamiento jurídico —rol de garantía—. En ese sentido, negar la existencia del principio significaría admitir que los poderes estatales tienen un amplio margen de apreciación para tomar decisiones de orden regresivo en relación con los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), las cuales podrían calificarse como arbitrarias y, además, desnaturalizarían el principio de fuerza normativa de la Constitución (Sarlet, 2006, pp. 347ss.).

Asimismo, en el modelo de Estado Social, los motivos por los que la prohibición de regresividad debe operar se sustentan en el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (Courtis, 2006, p. 18). Igualmente, aunque un texto constitucional no establezca de

¹ De hecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se ha referido a la prohibición de regresividad en las Observaciones generales 3 y 14 (ONU, 1990; 2000), mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha recogido una definición del principio de regresividad en el fallo del caso *Acevedo Buendía contra Perú* (2009).

forma concreta la prohibición de regresividad, esta se sustenta en el principio de dignidad de la persona humana. Ahora bien, la prohibición de regresividad no es absoluta, sino que las medidas regresivas pueden ser legítimas, siempre que sean justificadas. Una primera razón se fundaría en el hecho de que los derechos no son absolutos y admiten limitaciones cuando se debe proteger otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicamente relevantes para un ordenamiento jurídico (Tribunal Constitucional - Perú, 2005a, fundamento jurídico 85).

Así, en el caso de la ley de reforma de la Constitución peruana del año 2004 —ley 28389—, el Tribunal Constitucional peruano analizó si dicha norma atentaba contra el derecho a la pensión debido al hecho de que eliminase el régimen pensionario del decreto ley 20530, impusiera una pensión máxima (tope), y eliminase el beneficio de la «nivelación» de las pensiones de los jubilados adscritos al régimen en cuestión. La norma fue declarada constitucional, pues el derecho a la pensión no es absoluto, y tenía por finalidad asegurar la universalidad de la seguridad social y la propia sostenibilidad del sistema pensionario, el cual padecía un gran desequilibrio en su sostenibilidad. En la medida en que existían dos regímenes diferenciados: el del decreto ley 20530 y el del decreto ley 19990, solo los que pertenecían al primero de ellos cobraban pensiones que no estaban sujetas a un tope de pensión máxima, lo que generaba una amplia inequidad en el monto de pensiones percibidas por los jubilados del decreto ley 19990 (Tribunal Constitucional - Perú, 2005a, fundamentos jurídicos 87ss.).

De otro lado, conviene señalar que existen dos niveles o ámbitos de diferenciación en relación con los límites a la regresividad de un derecho social. Así, la prohibición de progresividad encuentra uno de sus límites en la proporcionalidad de la medida, pues puede que haya una medida desproporcional, aunque no afecte necesariamente el núcleo esencial de un derecho; de modo que una medida de este tipo no debiera ser admitida. En otro sentido, un segundo límite es el relacionado con el contenido esencial del derecho social en sí mismo. Se trata de un «límite de límites» frente al legislador y consiste en una garantía que impide que el derecho se desnaturalice en su esencia o sea irreconocible dentro del ordenamiento jurídico. En el acápite siguiente se profundizará sobre la materia.

Por otra parte, es importante hacer referencia a la obligación de los Estados de respetar el principio de igualdad y no discriminación en épocas de reajuste, especialmente con relación a los grupos vulnerables. Si bien este puede ser un elemento que podría definirse como un límite al legislador, también puede plantearse como una obligación complementaria, precisamente porque es de naturaleza relacional (véanse, por ejemplo, las Observaciones generales del Comité DESC

99

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

referidas la protección de los grupos en desventaja y al principio de no discriminación: ONU, 1990; 1991; 1994; 1999). Así, lo planteado por dichos órganos se puede leer como una obligación negativa del Estado de no adoptar medidas que afecten directa o indirectamente a estos grupos, pero también, en sentido positivo, como la exigencia de que el Estado adopte medidas que protejan a dichos grupos, mediante la adopción de programas de relativo bajo costo, incluso en situaciones de crisis económica (ONU, 1990, párrafo 12).

IV. LA RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL O «MINIMUN CORE»

Desde el Sistema Universal de Derechos Humanos, se ha planteado que los Estados tienen la obligación de asegurar mínimamente² un derecho social. Sin embargo, a partir de la Observación general 14 (ONU, 1991), el Comité PIDESC ha indicado que existen obligaciones básicas que son inderogables, incluso en épocas de crisis económicas. En relación con esto, podría afirmarse que la perspectiva del Comité PIDESC acerca del tratamiento del contenido mínimo de los derechos sociales se ha modificado con el paso del tiempo (Rossi, 2006). En un inicio, la posición del Comité PIDESC estaba mucho más ligada a un concepto de progresividad más flexible, ya que admitía la posibilidad de que el Estado argumentara la ausencia de cumplimiento de los estándares por falta de recursos o que indicara que hacía los mejores esfuerzos para cumplir con los estándares correspondientes. La posición expresada en la Observación general 14, en cambio, no acepta la falta de recursos o la crisis económica como excusas para no garantizar al menos la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la protección de un derecho social (Parra, 2006, p. 59). Esta última sería una tesis absoluta de tutela de los derechos.

En otro sentido, se podría aludir al concepto de contenido esencial derivado de la teoría constitucional, el cual puede fungir de límite ante un eventual caso de regresividad (de hecho, Häberle, por ejemplo, considera que el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn tiene naturaleza de garantía institucional, pues funciona precisamente como límite al legislador en épocas de crisis, 2013, pp. 221-222.). Podría afirmarse que el concepto de contenido esencial aplicable a los derechos sociales tiene dos elementos: i) las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría, y ii) las atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que, al limitarlas,

2 «[...] el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos» (ONU, 1990, párrafo 10).

el derecho fundamental se hace impracticable (Corte Constitucional de Colombia, 2008c).

Aunque los conceptos del derecho internacional y el derecho constitucional no son necesariamente equiparables, podrían articularse, ya que ello permitiría definir los alcances de un derecho social en los distintos ordenamientos (Corte Constitucional de Colombia, 2008c). Así, por ejemplo, cabría señalar que la incorporación o adopción del contenido del derecho a la salud por parte del Comité PIDESC permitiría contribuir a fortalecer la judicialización de los DESC en el seno de las judicaturas nacionales. Ahora bien, conviene indicar que el contenido esencial del derecho se define en función de cada contexto, por ello, dicha concepción no es trascendental ni abstracta, sino que se construye a partir de cada ordenamiento (Porter, 2005, p. 53), a través del examen de ponderación que tiene una función defensiva y una aplicación dirigida a definir los contenidos de un derecho (Bernal Pulido, 2005).

Al respecto, se puede mencionar el caso peruano y la configuración del contenido esencial del derecho a la pensión a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que ha servido para determinar si las actuaciones del legislador que limitan el tratamiento legislativo del derecho a la pensión son constitucionales o no. Así, se puede señalar que el contenido esencial del mismo, consistiría en (a) el aseguramiento del acceso a un sistema de pensiones, (b) el establecimiento de los requisitos para el acceso a una pensión, (c) el establecimiento de un mínimo vital, y (d) la igualdad (Tribunal Constitucional de Perú, 2005a; 2005b, fundamento jurídico 37). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado fundadas acciones de amparo de pensionistas a los que se les restringía el derecho en cualquiera de estas dimensiones (Tribunal Constitucional - Perú, 2005b, fundamentos jurídicos 37ss.).

Habría que señalar que la teoría del contenido esencial en modo alguno se asume desde el punto de vista de la tesis absoluta, sino desde la perspectiva relativa. Es decir, este debe definirse a partir de cada caso en concreto. De lo contrario, la teoría absoluta y/o abstracta en realidad establecería una jerarquización de contenidos de un derecho respecto de otros bienes, lo cual contradice el igual tratamiento de los mismos.

En efecto, en el caso peruano, existen otros supuestos en los que el contenido esencial del derecho a la pensión se ha ampliado (sobre el concepto de contenido esencial y su aplicación en el ordenamiento peruano, véase Landa Arroyo, 2011). Por ejemplo, el Tribunal Constitucional indicó que, si bien las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sí son tutelables en supuestos en los que se deniegue la pensión de sobrevivencia, aun cuando cumplieren con los requisitos legales para ser beneficiarios de ella (Tribunal Constitucional

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

de Perú, 2005b, fundamento jurídico 37, d). La relatividad del contenido esencial se ha corroborado en el caso Tueros del Risco, en el que un reclamante de 90 años, si bien percibía una pensión, reclamaba un reajuste que sea conforme a la cantidad de años que realizó aportes al sistema pensionario (Tribunal Constitucional -Perú, 2006). Aunque esta era una cuestión de mera legalidad —para determinar la norma que se le aplicaba en el cálculo de la pensión— y el caso habría resultado improcedente, dada la avanzada edad del demandante, la sentencia se declaró fundada.

Esta sentencia refleja que el concepto de contenido esencial en realidad se define en cada situación concreta. Así, se puede apreciar que, en los ejemplos señalados, la tutela de los derechos ha permitido que el derecho a la pensión no se desnaturalice ni quede irreconocible por causa del concepto de pensión que se asume en razón del lenguaje común y de los intereses que se protegen a través del derecho en mención, y que se delimita, en última instancia, en función de situaciones específicas (Tribunal Constitucional de España, 1981). Finalmente, conviene señalar que el uso del concepto de contenido esencial como límite a la función restrictiva de los legisladores se corresponde con una categorización del control de las medidas regresivas en sentido fuerte, en tanto y en cuanto, a partir de este, se puede lograr que los tribunales planteen medidas bastante específicas a los legisladores o al Poder Ejecutivo en aras de revertir una medida regresiva (Young, 2012, p. 84).

V. TEST PARA ANALIZAR LAS MEDIDAS REGRESIVAS: EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

En el presente texto, se plantea que el *test* de proporcionalidad es la técnica que no solo permite defender contenidos de derechos, sino también definirlos. Para mostrar esto, es preciso plantear algunos de los pasos aplicables en el caso de los derechos sociales. Ahora bien, tanto el Comité PIDESC, como la CIDH y la Corte IDH han planteado criterios a tomar en cuenta en la evaluación de una medida regresiva. Sin embargo, estos elementos reconducen al examen de proporcionalidad que se plantea en las líneas que siguen, ya que de algún modo reflejan, o se traducen en, cada uno de los pasos del mencionado *test*.

Así, las reglas planteadas en la Observación general 19 del Comité PIDESC hacen referencia a la necesidad de justificar la medida regresiva, a la existencia de alternativas posibles, a la consideración de si las medidas eran directamente o indirectamente discriminatorias, entre otros puntos (ONU, 2007b). También la Observación general 3 del Comité PIDESC incorpora una serie de criterios a tomar en cuenta en el caso de medidas regresivas (ONU, 1990). Precisamente, la Corte IDH, en el caso Acevedo Buendía contra Perú, ha apelado a esta

observación para señalar que, en el caso de que se aduzca una limitación de un derecho social, se tendrá en cuenta si la medida ha afectado a grupos vulnerables, la situación económica del Estado, si se analizó la posibilidad de plantear medidas alternativas, y si la medida respetó los estándares de derecho internacional (Corte IDH, 2009, nota 87). Con todo, como se ha señalado, estos elementos responden, de una u otra manera, a cada uno de los pasos del *test* de proporcionalidad.

V.1. Limitación a través de una ley formal

La limitación de un derecho social a través de la ley es un requisito asentado en la teoría constitucional e internacional de los derechos. La ley es una garantía primaria de satisfacción de un derecho civil y social, pero también un límite formal al legislador. Así, la legislación de desarrollo de un derecho podrá establecer de manera detallada y específica los alcances de un derecho en un ordenamiento (Liebenberg, 2001, pp. 79-80). Este requisito ha sido planteado en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988), el cual señala, en concreto, que las medidas regresivas solo se pueden adoptar a través de una ley siempre que ello apunte a promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Empero, en el modelo de Estado Social, uno de los problemas que es necesario enfrentar es el de la deslegalización del mismo³. Tal como lo plantea Ferrajoli, la refundación del principio de legalidad de este modelo de Estado es compleja, ya que debe enfrentar el proceso de inflación legislativa, el de descodificación legislativa y el tratamiento de materias, «incluso de índole penal, bajo el signo de la emergencia y la excepción» (2003, p. 16).

V.2. Presunción de inconstitucionalidad e inversión de la carga de la prueba

Algún sector de la doctrina ha planteado que el principio de prohibición de regresividad genera una presunción de inconstitucionalidad respecto de la medida que ocasiona el retroceso en la prestación de un derecho social (Courtis, 2006, pp. 29ss.). Ello se debe al hecho de que el Comité PIDESC ha esbozado, en diversas Observaciones generales, que en el caso de las medidas regresivas «existe una fuerte presunción de que su adopción está prohibida por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales

3 De hecho, el artículo 5 del Protocolo de San Salvador, establece que los Estados solo pueden establecer limitaciones a los derechos sociales «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos» (OEA, 1988).

y Culturales» y que en todo caso corresponde al Estado «justificarlas adecuadamente» (ONU, 2000; 2002; 2007b).

Ahora bien, aquellos que proponen la inversión de la carga de la prueba también indican que la medida regresiva se presume inconstitucional, es decir, realizan una analogía con el caso de la prohibición de discriminación respecto de grupos vulnerables, en el que sí opera una presunción de este tipo. Sin embargo, no se existe una razón para diferenciar el tratamiento de los derechos sociales respecto del tratamiento de otros derechos fundamentales, cuando son restringidos. Por ende, como regla general, debería admitirse la presunción de constitucionalidad de una ley aunque fuera regresiva (Ferrerres Comella, 2007, pp. 222-225).

No obstante, no debe perderse de vista que la regresividad de los derechos sociales podría estar emparentada con la afectación del principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, en el examen de una medida regresiva, el juez deberá evaluar si esta ha afectado el principio de igualdad y, en especial, si es que la medida se ha tomado «[...] teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo» (ONU, 2007a, punto 8, f).

V.3. Principio de proporcionalidad

En la doctrina que ha abordado el tema, existe consenso con respecto a que las medidas regresivas se analizan a través del principio de proporcionalidad. En ese sentido, se aplicarán los pasos ya conocidos: (1) legitimidad, (2) adecuación, (3) idoneidad, y (4) proporcionalidad en sentido estricto (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2009b, párrafos 50, 65; 2009a).

VI. JUSTICIABILIDAD DE LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Algunas objeciones al control judicial son las limitaciones económicas de los Estados, que los jueces no estén preparados para analizar la regresividad de los derechos, y que la defensa de los derechos sociales amenace la democracia en sí misma, según el argumento de la dificultad contramayoritaria. Más allá de las discusiones teóricas, en la experiencia constitucional comparada, los tribunales constitucionales brindan tutela a través de la tesis de interdependencia con los derechos civiles o, como sucede en el caso de Colombia, se les otorga protección autónoma (Corte Constitucional, 2008d; 2012).

A partir del derrotero seguido por los tribunales, Tushnet ha propuesto una clasificación relacionada con la distinción entre «cortes fuertes» y «cortes débiles», y con el impacto de estas en la protección de los derechos fundamentales (2008, pp. 255ss.). En relación con ello, señala que la mejor forma de proteger los derechos sociales es la que se denomina «débil» y es crítico con las formas fuertes de control de los derechos sociales. En ese sentido, indica que los fallos de los tribunales deben ser meramente declarativos, pues aunque los derechos sociales son justiciables, su naturaleza permite que el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad respecto a su configuración. En todo caso, señala que los jueces pueden indicar u ordenar al Estado la adopción de un plan o política destinado a revertir la violación de un derecho social, pero sin fijar un plazo específico para ello, lo que convierte a esta medida en débil. Asimismo, los jueces pueden limitarse a hacer referencia a la obligación de progresividad con la que los Estados deben cumplir. Para Tushnet, el caso sudafricano *Grootboom* es un ejemplo de protección débil de los derechos sociales, puesto que la Corte sudafricana no estableció un plazo específico para que el Estado cumpliera con la adopción de una política dirigida a promover el acceso a la vivienda. De hecho, afirmó que el Estado tenía la obligación de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos y de forma progresiva⁴.

En todo caso, quienes defienden la visión de las medidas débiles, así como quienes abogan por la defensa de los DESC a través de casos individuales, en realidad sustentan su postura en el hecho de que los tribunales no tienen la suficiente legitimidad para controlar medidas del Legislativo en relación con los derechos sociales (Landau, 2012). Mientras tanto, en el caso de las medidas fuertes, los tribunales establecen de modo específico las medidas y metas que el Estado debe alcanzar para revertir la violación de un derecho social, así como un seguimiento detallado de las acciones del Estado frente a los alcances de su fallo. La dificultad que enfrentan estas medidas es su incumplimiento eventual y la tensión que puede generarse entre los poderes estatales.

Si bien la Corte Constitucional colombiana podría considerarse como un tribunal de medidas fuertes, su perfil oscila entre la aplicación de sentencias con alcances individuales y lo que se ha denominado sentencias estructurales, es decir, aquellas cuyo contenido se refiere a «[...] cosas propias de la administración pública, de la rama ejecutiva u otras ramas del poder público» (Sierra Porto, 2013). A través de los fallos estructurales, la protección de los DESC podría tener un impacto mayor en la protección de los grupos sociales vulnerables de una sociedad. En líneas generales, quienes resaltan este tipo de alcances de los fallos

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

4 «Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing [...]» (Corte Constitucional de Sudáfrica, 2000).

de la Corte Constitucional consideran que la labor de los jueces debe extenderse a materias que tradicionalmente han sido de libre discrecionalidad de los legisladores o el poder Ejecutivo. Un ejemplo de esto puede observarse en el caso de los desplazados en Colombia. Sobre el mismo, Rodríguez Garavito plantea que, luego de la sentencia de la Corte Constitucional en materia de desplazados (Corte Constitucional, 2004a), el Gobierno colombiano incrementó el presupuesto destinado a la erradicación del problema relativo a los desplazados y fomentó el fortalecimiento de la infraestructura que permitiera brindar atención a los desplazados. El caso en cuestión, en uno de sus aspectos, se refirió al hecho de que el Estado, ya fuera por vía de apropiación presupuestal y/o de la omisión en la corrección de las falencias de capacidad institucional, había incumplido con el desarrollo progresivo del goce efectivo de los derechos de la población desplazada. De ese modo, el fallo contribuyó a activar la maquinaria estatal, ya que el Estado no realizaba los esfuerzos suficientes por mejorar los servicios para los desplazados y/o para evitar el deterioro de los mismos. Por otra parte, dichos fallos estructurales tienen una dimensión simbólica e instrumental relevante porque visibilizaron la problemática de los desplazados (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pp. 90ss.). En efecto, se declaró el estado de cosas inconstitucionales y se ordenó un plazo para que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia determinara la situación de los desplazados en el país, y que adoptara un cronograma preciso para superar las falencias de los servicios a favor de los desplazados, entre otros puntos.

No obstante lo mencionado, también existen otros fallos que se consideran más cuestionables en relación con la regresividad de los derechos sociales. Esto es así porque la Corte Constitucional, bajo la lógica del control únicamente normativo de las medidas regresivas, ha obviado analizar los resultados de estas, a pesar de que algunos sectores de la sociedad colombiana consideran que este debería ser un elemento a tener en cuenta (Comisión Colombiana de Juristas, 2010). Como fuere, la protección de los derechos sociales frente a medidas regresivas en Colombia también ha pasado por diversas etapas. En la década pasada, por ejemplo, la Corte colombiana asumió una postura absoluta por medio de la cual cualquier situación de regresividad involucraba una declaratoria de inconstitucionalidad.

En el fallo recaído en la sentencia C754 de 2004 que analizó una norma regresiva en relación con el régimen de transición del sistema pensionario, la Corte Constitucional optó por la regla absoluta de la prohibición de regresividad (2004c). En concreto, se examinó la ley 860 de 2003, que establecía requisitos más estrictos para el acceso a pensiones que los que había planteado inicialmente la ley 100 de 1993, y se concluyó que los afiliados al régimen de transición tenían derecho

a que no se modifiquen las condiciones establecidas previamente por la ley. Esto equivalía a que una modificación que modificara dichas reglas era en sí misma inconstitucional —aunque la regresividad no hubiera sido analizada en términos materiales—. Sin embargo, en el salvamento de voto de los magistrados Cepeda y Uprimny se cuestionó la decisión que la Corte había tomado por mayoría, pues dichos magistrados consideraban que el fallo se sustentaba en una perspectiva absoluta de la prohibición de regresividad, la cual, además, impidió que se llevase a cabo un examen de proporcionalidad que hubiera permitido determinar si la medida adoptada era inconstitucional, pero por irrazonable o desproporcional y no por el simple hecho de que se hubiera configurado una medida regresiva (Corte Constitucional, 2004c, Salvamento parcial y aclaración de voto a la sentencia, párrafo 3). Sobre este asunto, Uprimny ha señalado posteriormente que esta posición de la Corte se debió a que, en su momento, asumió como suyas las teorías de corte civilista sobre los derechos adquiridos (Uprimny & Guarnizo, 2006, p. 15, 20).

En la actualidad, la Corte colombiana se encuentra en un etapa en la que ha asumido que no toda medida regresiva es inconstitucional, sino que busca determinar si lo es por medio del análisis material de la medida (tesis intermedia). El caso relativo al control de leyes anuales de presupuesto regresivas es una sentencia interpretativa con medidas fuertes, que además recayó sobre un caso generalizado, aunque en concreto se centró en el análisis normativo de la regresión y no se realizó un análisis de la regresividad por resultados. Este es un asunto en el que se analizó la constitucionalidad de la Ley Anual de Presupuesto de 2004 que «congeló» el monto que se otorgaba anualmente a las universidades públicas. En concreto, si bien la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma, señaló que el Gobierno mencionado debía incluir las partidas necesarias para mantener, cuanto menos, los niveles alcanzados de cobertura y calidad del servicio público de educación superior. Si bien el Gobierno debía mantener actualizado el valor de las transferencias otorgadas al sector de educación superior con el fin de mantener los niveles de cobertura del mismo —para evitar la regresividad—, este podía limitarse si existía un objetivo legítimo, como era la reducción del déficit fiscal (Corte Constitucional, 2004d). Pero, en la medida en que el Gobierno no demostró que esta era la alternativa menos gravosa, se decidió que el congelamiento del presupuesto a favor de las entidades de educación superior era desproporcionado. Como se puede observar, en esta situación la Corte Constitucional estableció de manera muy concreta que el Gobierno debía incrementar el presupuesto en materia educativa, incluso se planteó como plazo límite el ejercicio fiscal de 2004 —precisamente por la caducidad de la norma—.

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Por otra parte, tenemos el fallo 038-2004 que analizó la constitucionalidad del Código Sustantivo del Trabajo (Corte Constitucional, 2004b). La ley 782 de 2002 introdujo una serie de reformas que extendían el horario del trabajo diurno: se pasó de un horario de 6:00 a 18:00, a un horario de 6:00 a 22:00 horas. Esta modificación del horario reducía el porcentaje de remuneración de los trabajadores que laboraban luego de las 18:00 horas; además, las reformas reducían las indemnizaciones por despido sin causa justa en los contratos a término indefinido; entre otras medidas regresivas. Estos dispositivos se declararon constitucionales, ya que la finalidad de la ley fue favorecer el empleo por medio de reformas que facilitasen la contratación de nuevas personas. La ley concordaba con los mandatos constitucionales de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a todos los recursos humanos (artículos 54 y 334 de la Constitución). Igualmente, se indicó que el legislador mantenía una protección a favor del horario nocturno —aunque se había reducido—, de modo que cumplía con la garantía mínima en relación con este aspecto de los derechos laborales. Asimismo, en tanto el legislador mantenía la protección reforzada de determinados grupos de trabajadores —mujeres— y garantizaba la estabilidad laboral a través de otros mecanismos, la reducción en el pago de la indemnización por despido injusto era proporcional (Corte Constitucional, 2004b).

Ahora bien, este asunto suscitó diversas críticas, pues se consideró que las medidas regresivas no generaron mayores puestos de trabajo. De hecho, en el año 2008, la Corte Constitucional resolvió una nueva demanda contra la ley 782 de 2002. Sin embargo, en esta oportunidad declaró que el objeto de la demanda constituía cosa juzgada relativa y, además, no se había demostrado que hubiera existido un cambio de circunstancias normativas o fácticas que hubieran generado que la Corte conociera el fondo del caso. Al respecto, el magistrado Humberto Sierra Porto, en su voto particular, estableció su posición contraria a la del fallo en mayoría. En efecto, el juez apeló a la existencia de informes relativos a los resultados de la reforma laboral, cuestión que involucraría su adherencia a la posibilidad de que un tribunal evalúe la regresividad por resultados. Aunque los informes que se presentaron no permitían arribar a una decisión concluyente, de hecho existen contradicciones entre los distintos documentos que han analizado el tema, el magistrado señaló que debió haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos regresivos de las leyes, en tanto y en cuanto existía una presunción de inconstitucionalidad sobre los mismos (Corte Constitucional, 2008a, Salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto).

VII. UNA REFERENCIA AL SISTEMA INTER-AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

109

En relación con la judicialización de supuestos de regresividad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha analizado pocos casos que versen sobre asuntos salariales y pensionarios. En estos supuestos, ha brindado tutela a través de una concepción amplia del derecho de propiedad, pero ha evitado pronunciarse sobre la violación del artículo 26 de la CADH.

En el caso *Cinco Pensionistas contra el Perú* (Corte IDH, 2003), se analizó el caso de cinco pensionistas que, de acuerdo con la legislación peruana en materia de jubilación, tenían derecho a percibir pensiones nivelables —en relación con la remuneración de los servidores públicos—. No obstante, en 1992 sus pensiones se vieron reducidas hasta en un 80% por medio de un decreto ley. Por lo que se argumentó que se había afectado el artículo 26 de la CADH. Empero, la Corte IDH señaló que no podía evaluar la vulneración del artículo 26, ya que la demanda tenía como víctimas a un número reducido de peticionarios.

Sin embargo, a partir de 2009, con la emisión del fallo *Acevedo Buendía*, el artículo 26 se ha categorizado como justiciable en el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte IDH, lo que podría implicar que el asunto no se plantee solo en función de la dimensión colectiva del derecho social afectado. Al respecto, la Corte IDH indicó que «es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma» (Corte IDH, 2009, párrafo 17). No obstante, la Corte IDH aún no se ha pronunciado de manera concreta sobre la materia, aunque teóricamente el dispositivo en mención es justiciable

De hecho, la Corte IDH ha resuelto otro caso de regresividad, pero únicamente respecto de la afectación del derecho de propiedad. Se trata del asunto *Abril Alosilla contra Perú* (2011), en el que se alegó la regresividad de los montos salariales que percibían los trabajadores y funcionarios públicos de la empresa SEDAPAL (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima), por la aplicación retroactiva del decreto ley 28576 (1992) que eliminaba el sistema de reajuste automático salarial aplicable al sector al que pertenecían. La Corte IDH no cuestionó la eliminación del sistema de reajuste en sí mismo, incluso consideró justificada la medida en cuestión —regresión normativa—, pues fue aplicada en un contexto en el que el Perú atravesaba por un proceso hiperinflacionario que generó una caída de las remuneraciones, pero, al mismo tiempo, un amplio déficit fiscal, entre otros problemas de índole económica (Corte IDH, 2011). Sin embargo, condenó que la ley se aplicara en sentido retroactivo respecto de las remuneraciones de las

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINAJUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

víctimas generadas a lo largo del año 1992, a pesar de que la ley entró en vigencia a finales de dicho año, pues ellas ya se habían incorporado al patrimonio de las víctimas y, por ende, la aplicación de la medida era inconstitucional⁵.

Asimismo, a partir del año 2009, la CIDH ha resuelto casos relativos a la regresividad de los DESC, en función del artículo 26 de la CADH. El caso de la reforma constitucional que eliminó la nivelación de pensiones e impuso topes máximos de pensión, tras el cierre del régimen del decreto ley 20530, fue analizado por la CIDH sobre la base del artículo 26 de la CADH, aunque la Comisión declaró que dicho artículo no se había vulnerado (CIDH, 2009a). El establecimiento de los topes máximos en materia de pensiones no afectó el contenido esencial del derecho, máxime cuando este estaba por encima de la pensión máxima que consagraba el decreto ley 1990. Asimismo, en la medida en que la reforma anulaba el hecho —solo una minoría de pensionistas fueran los beneficiarios de la nivelación de pensiones, que por «su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados por dicha figura»—, la medida regresiva no se consideró violatoria de la CADH (CIDH, 2009a, párrafo 143).

Igualmente, en el caso MOSAP y otros (CIDH, 2009c), la CIDH declaró inadmisibles las alegaciones de la afectación del artículo 26 de la CADH, causada aparentemente por una reforma de la Constitución brasileña que obligaba a los jubilados a pagar un impuesto, cuando anteriormente estaban exentos de ello. Sobre el tema, la CIDH indicó que la restricción era legítima y se justificaba en la necesidad de asegurar a los actuales y futuros jubilados el derecho a recibir una pensión, en el marco de un sistema contributivo y solidario (CIDH, 2009c, párrafo 51; 2009b), así como en el hecho de que los jubilados con menores ingresos no tuviesen que cumplir con la obligación cuestionada.

No obstante el incipiente desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales, la protección de los derechos sociales es aún bastante limitada, la Corte IDH emite fallos con medidas específicas en materia de reparaciones, no solo en cuanto a la restitución y/o reparación de los derechos de las víctimas, sino también respecto del establecimiento de medidas generales que podrían calificar como políticas y que, eventualmente, han sido o son de libre disposición del legislador nacional (Melish, 2005, pp. 192ss.).

Así, se podría afirmar que las sentencias de la Corte IDH responden en alguna medida al concepto de «fallos estructurales», puesto que

5 Esto guarda relación con el hecho de que la Constitución peruana se adscribe a la perspectiva de los hechos cumplidos. Bajo esta regla es posible que las medidas regresivas respecto de los derechos sean conformes con la Constitución de 1993 y los Tratados de Derechos Humanos.

establecen de manera específica, e incluso con plazos determinados, las acciones que el Estado condenado debe adoptar como reparación —en la lógica de las garantías de no repetición—. En el caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, la Corte IDH ordenó al Estado que adoptase, en un plazo de seis meses, una política relativa a los niños y adolescentes en conflicto con la ley. Dicha política debía incluir la separación de niños y adultos en los centros de reclusión, así como «la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad» (Corte IDH, 2004a, párrafo 317). Igualmente, en el caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, el Estado debía implementar un programa de vivienda que otorgue a las víctimas de la masacre un conjunto habitacional en un período que no excediera de los cinco años, a fin de reparar la pérdida de sus casas y animales, y el desplazamiento forzado que habían sufrido (Corte IDH, 2004b, párrafo 105).

VIII. CONCLUSIONES

1. Las medidas regresivas sobre los derechos sociales son justiciables, aunque la atención se ha centrado especialmente en las medidas regresivas de orden normativo.
2. El principio de prohibición de regresividad admite limitaciones a los alcances y cobertura de un derecho social, ya que ningún derecho es absoluto.
3. Los límites a la prohibición de regresividad son la proporcionalidad de la medida, pero también el contenido esencial del derecho social.
4. El contenido esencial, entendido como límite de límites, no se define de manera abstracta o universal, sino que se articula en cada contexto, de acuerdo con la realidad de cada ordenamiento y de cada caso en concreto.
5. El *test* de proporcionalidad es la medida que permitirá determinar si una medida regresiva es proporcional o no, además, se debe analizar si la medida regresiva fue adoptada a través de una ley como paso previo a dicho examen.
6. Aunque en el seno del derecho internacional y de algunas jurisdicciones constitucionales existe una tendencia a señalar que el principio de prohibición de regresividad involucra una inversión de la carga de la prueba, esta regla solo operara en los casos en los que la regresividad se encuentre vinculada a una afectación del derecho de igualdad y no discriminación.

111

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

7. Existen diversos perfiles de cortes en relación con los fallos que emiten cuando de proteger derechos sociales se trata —cortes débiles, fuertes o mixtas—.
8. La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto diversos casos relativos a la regresividad de los derechos sociales, adoptando medidas específicas que imponen plazos al Poder Legislativo, pero en otros casos ha brindado una mayor deferencia al legislador, aun cuando ello ha sido cuestionable a nivel social y político.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Comisión Colombiana de Juristas (2010). Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008). Bogotá. Recuperado el 18 de marzo de 2014 de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Informe temático. OEA/Ser.L/V/II.132.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009a). Asociación nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras. Informe de admisibilidad y fondo 38/09, caso 12.670. Perú, 27 de marzo de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009b). Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola —Bandesa—. Informe de admisibilidad 102/09, petición 1380-06. Guatemala, 29 de octubre de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009c). Contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas – MOSAP y otros. Informe de inadmisibilidad 132/09, petición 644-05. Brasil, 12 de noviembre de 2009.

Corte Constitucional (Colombia) (2004a). Sentencia T-025/04. Expedientes 653010 & otros. 22 de enero de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004b). Sentencia C-038/04. Expediente D-4661. 27 de enero de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004c). Sentencia C-754/04. Expedientes D-5092 & D-5093. 10 de agosto de 2004.

Corte Constitucional (Colombia) (2004d). Sentencia C-931/04. Expediente D-5125. 29 de setiembre de 2004.

113

Corte Constitucional (Colombia) (2008a). Sentencia C-257/08. Expediente D-6822. 12 de marzo de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008b). Sentencia C-507/08. Expediente D-6987. 21 de mayo de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008c). Sentencia C-756/08. Expediente D-7182. 30 de julio de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2008d). Sentencia T-760/08. Expedientes 1281247 & otros. 31 de julio de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2012). Sentencia T-314/12. Expedientes T-3296229 & otros. 30 de abril de 2012.

Corte Constitucional de Sudáfrica (2000). Government of the Republic of South Africa and others v Grootboom and others. Caso CCT 11/00. Sentencia. 4 de octubre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2003). Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 98. 28 de febrero de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004a). Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 112. 2 de setiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004b). Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia. Serie C número 116. 19 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2009). Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C número 198. 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011). Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. Serie C número 223. 4 de marzo de 2011.

Courtis, Christian (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Del Puerto.

Diez Picazo, Luis (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.

Ferrajoli, Luigi (2003). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferreres Comella, Víctor (2007). *Justicia constitucional y democracia* (segunda edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Häberle, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Hesse, Konrad (1978). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller.

Jefatura del Estado (España) (2012). Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 36 (11 de febrero), sección I, 12483-12546. BOE-A-2012-2076.

Landa Arroyo, César (2011). Right to social security in constitutional Peruvian case-law. En Mo Jihong (ed.). *Study on the worldwide constitutional law, III* (pp. 285-320). China: China Chapter, International Association of Constitutional Law.

Landau, David (2012). Grootboom and the One-Case (or country?) Canon on Social Rights. Recuperado el 19 de marzo de 2014 de http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=schmooze_papers.

Liebenberg, Sandra (2001). The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems. En Asbjørn Eide & otros (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* (segunda edición) (pp. 55-84). La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.

Melish, Tara (2005a). A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity. *Revista CEJIL*, 1 (1), 51-66.

Melish, Tara (2005b). El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano. En Autores Varios. *Derechos económicos, sociales y culturales*. México D.F.: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/RES/2200 (XXI).

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Observación general 3. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el quinto período de sesiones, Ginebra, 26 de noviembre a 14 de diciembre de 1990. E/1991/23. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 17-21.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1991). El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Observación general 4. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sexto período de sesiones, Ginebra, 25 de noviembre a 13 de diciembre de 1991. E/1992/23. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 22-28.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1994). Las personas con discapacidad. Observación general 5. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el undécimo período de

sesiones, Ginebra, 21 de noviembre a 9 de diciembre de 1994. E/C.12/1994/13. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 29-39.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 12. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo período de sesiones, Ginebra, 26 de abril a 14 de mayo de 1999. E/C.12/1999/5. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 71-79.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 13. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo primer período de sesiones, Ginebra, 25 de noviembre a 3 de diciembre de 1999. E/C.12/1999/10 (1999). También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 80-95.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 14. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo segundo período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. E/C.12/2000/4. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 96-117.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 15. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el vigésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 11 a 29 de noviembre de 2002. E/C.12/2002/11. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 118-136.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2005). El derecho al trabajo. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 18. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo quinto período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005. E/C.12/GC/18. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 166-180.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2006). Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. HRI/MC/2006/7. 11 de mayo de 2006.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007a). Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el «máximo de los recursos de que disponga» de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo

115

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

octavo período de sesiones, Ginebra, 30 de abril a 18 de mayo de 2007. E/C.12/GC/19. También recogido en HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), pp. 181-201.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007b). El derecho a la seguridad social (artículo 9). Observación general 19. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el trigésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007. E/C.12/2007/1.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, «Protocolo de San Salvador». Resolución de la Asamblea General de la OEA en su décimo octavo período ordinario de Sesiones. AG/RES. 907 (XVIII-O/88). San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2005). Normas para la confección de informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador. Resolución de la Asamblea General de la OEA en su trigésimo quinto período ordinario de Sesiones. AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos de América, 7 de junio de 2005.

Parra, Óscar (2006). El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 53-78). Buenos Aires: Del Puerto.

Pisarello, Gerardo (2006). Derechos sociales y principio de no regresividad en España. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 307-328). Buenos Aires: Del Puerto..

Porter, Bruce (2005). The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. En John Squires & otros (eds.), *The Road To A Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights* (pp. 43-69). Sydney: Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales in collaboration with Centre on Housing Rights and Evictions.

Rodríguez Garavito, César & Diana Rodríguez Franco (2010). *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia.

Rossi, Julieta (2006). La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 79-115). Buenos Aires: Del Puerto.

Sarlet, Ingo Wolfgang (2006). La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 329-360). Buenos Aires: Del Puerto.

Sierra Porto, Humberto (2013). Extractos de la Conferencia Reflexiones en torno a la legitimidad y a la eficacia de las sentencias estructurales de la Corte

Constitucional, organizada por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, el 13 de marzo de 2013. Extractos citados en Las sentencias estructurales buscan la protección general de derechos. Recuperado el 19 de marzo de 2014 de <http://portal.uexternado.edu.co/esp/galeria82013/index.html>.

Suárez Franco, Ana María (2006). Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 361-386). Buenos Aires: Del Puerto.

Tribunal Constitucional de España (1981). Sentencia 11/1981. Recurso de inconstitucionalidad 192-1980. 8 de abril de 1981. *Boletín Oficial del Estado*, 99 (25 de abril), suplemento, 1-13. BOE-S-1981-99.

Tribunal Constitucional (Perú) (2005a). Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente 00050-2004-AI. Sentencia. 3 de junio de 2005.

Tribunal Constitucional (Perú) (2005b). Expediente 01417-2005-AA. Sentencia. 8 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional (Perú) (2006). Expediente 07873-2006-PC. Sentencia. 23 de octubre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009a). Case of Andrejeva v. Latvia. Solicitud 55707/00. Sentencia. 18 de febrero de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009b). Case of Muñoz Díaz v. Spain. Solicitud 49151/07. Sentencia. 8 de diciembre de 2009.

Tushnet, Mark (2008). *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.

Uprimny, Rodrigo & Diana Guarnizo (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Dejusticia*. Recuperado el 11 de marzo de 2014 de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.107.pdf.

Young, Katharine (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.

Recibido: 07/09/2015
Aprobado: 15/10/2015

JUSTICIABILIDAD
DE LAS MEDIDAS
REGRESIVAS DE
LOS DERECHOS
SOCIALES.
ALGUNAS
REFLEXIONES
ACERCA DE SU
PROTECCIÓN EN
AMÉRICA LATINA

JUSTICIABILITY
OF REGRESSIVE
MEASURES
OF SOCIAL
RIGHTS. SOME
REFLECTIONS
ABOUT THEIR
JUDICIAL
PROTECTION IN
LATIN AMERICA

Pueblos indígenas, diversidad cultural y el derecho a la autodeterminación: desde el derecho internacional al constitucionalismo latinoamericano

Indigenous peoples, cultural diversity and the right to self-determination: from the international law to the Latin American constitutionalism

RODRIGO VITORINO SOUZA ALVES*

Resumen: Los pueblos indígenas poseen culturas ancestrales valiosas, las cuales hacen importantes contribuciones a la sociedad en general. Sin embargo, a pesar del valor reconocido de estos pueblos y de sus culturas, sus derechos más esenciales han sido violados por largo tiempo. La era postcolonial no puso fin a la «colonización» interna, ya que en muchos lugares los nativos siguen siendo tratados como inferiores a los demás habitantes del territorio del Estado. No obstante, el derecho internacional se mueve hacia la dirección opuesta, ya que reconoce la dignidad y los derechos no solo de los individuos, sino también de los pueblos indígenas, lo que les garantiza seguridad cultural. En las últimas décadas, se han adoptado instrumentos internacionales relevantes, que inspiraron las reformas constitucionales y las iniciativas de derechos humanos para la protección de los pueblos indígenas. Este artículo tiene como objetivo investigar cómo el reconocimiento legal de la autodeterminación de los pueblos indígenas contribuye a la protección y promoción de su cultura. A tal efecto, la primera sección del documento abordará la discusión conceptual sobre los pueblos indígenas, así como los modelos de relación jurídico-política entre ellos y el Estado. En segundo lugar, los derechos de los pueblos indígenas serán examinados desde la perspectiva del derecho internacional, con especial énfasis en el derecho colectivo de autodeterminación. En la última sección, las constituciones de América Latina serán estudiadas, con el fin de presentar la situación de la libre determinación indígena en Estados de América Latina.

Palabras clave: Pueblos indígenas – libre determinación – Latinoamérica

Abstract: Indigenous peoples have valuable ancestral cultures and make important contributions to society in general. However, despite the recognized value of these peoples and their cultures, their most basic rights have been violated for a long time. The postcolonial era did not end the internal «colonization», because in many places the locals are still treated as inferior to the other inhabitants within the territory of the Country. Nevertheless, the

* Miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Uberlândia, Brasil. Correo electrónico: vitorino.rodrigo@yahoo.com.br. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional «Desafíos Constitucionales: Globales y Locales» (Oslo, 2014), en el marco del taller 9, «Identidad constitucional y el constitucionalismo más allá del Estado-nación», dirigido por Susanna Mancini y Manuel Cepeda.

international law is moving in the opposite direction, recognizing the dignity and the rights not only of individuals but also of indigenous peoples, ensuring cultural security. In recent decades, relevant international instruments have been adopted, inspiring the constitutional reforms and human rights initiatives for the protection of indigenous peoples. This article aims to investigate how the legal recognition of self-determination of the indigenous peoples contributes to the protection and promotion of their culture. On that matter, the first section of the paper concentrates on the conceptual discussion on indigenous peoples, as well as the legal-political relationship models between them and the State. Second, the rights of the indigenous peoples will be examined from the perspective on international law, with special emphasis on the collective self-determination right. In the last section, the Latin American Constitutions will be studied, in order to present the situation of the indigenous self-determination in Latin American.

Key words: Indigenous peoples – self-determination – Latin America

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.– III. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.– III.1. LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA OIT.– III.2. SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU.– III.3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.– IV. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA.– IV.1. LA SUPERACIÓN DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN EN VENEZUELA.– IV.2. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA.– IV.3. LA LIBRE DETERMINACIÓN EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.– IV.4. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.– IV.5. LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Mientras que gran parte del desarrollo de la teoría política y constitucional se ha producido en el Norte del planeta —especialmente en países como Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia y Alemania—, los principales procesos de transformación han tenido lugar en el Sur. En los últimos treinta años, los movimientos sociales han causado inmensos cambios, sobre todo en la aplicación de las teorías de su realidad social (de Sousa Santos, 2007). Tal vez el ejemplo más claro se refiere a las cuestiones indígenas. La enérgica oposición de los pueblos indígenas a las condiciones históricas de injusticia y discriminación implementadas desde el período de la colonización ha contribuido al reconocimiento gradual de sus reivindicaciones colectivas como derechos en el sistema legal. En América Latina, los pueblos indígenas han tratado de mejorar las condiciones de vida en sus comunidades, en igualdad de condiciones

con otros grupos sociales. La protección que se ha dado a los pueblos indígenas de América Latina también fue posible debido a la influencia de las normas internacionales de derechos humanos, y específicamente de los documentos que promueven el respeto a la diversidad cultural. Las reformas constitucionales que han tratado de cumplir con esta nueva perspectiva, multiétnica y multicultural —como las experiencias en Brasil (1988), Colombia (1991), Bolivia (2009), Ecuador (1998) y Venezuela (1999)—, serán estudiadas en este artículo.

II. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Según Martínez Cobo (1986), los pueblos indígenas se caracterizan principalmente por tener un vínculo de ascendencia con los pueblos originarios (continuidad histórica), por la diferenciación del grupo social dominante (no son grupos hegemónicos) y por su identidad cultural (los individuos participan de las tradiciones, costumbres, idioma, etcétera). Aunque estas personas viven en situaciones que normalmente se asocian con la violación de sus derechos, especialmente los derechos de las minorías en el derecho internacional, sus representantes exigen el reconocimiento de la libre determinación como base de todos los derechos humanos que se proporcionan a ellos, y no solo el reconocimiento de su condición de minorías o grupos vulnerables. La libre determinación permite a la comunidad ejercer el control sobre su propio futuro y así sobrevivir y prosperar. Es un componente central de la identidad de grupo, lo que lleva a un fuerte significado político (Foster, 2001). Ello implica, entre otras cosas, la autonomía, el autogobierno, el reconocimiento y la protección de la diversidad, la protección del territorio, la política de la participación, la protección de la lengua, prácticas artísticas y tradicionales, así como el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

A diferencia de las políticas de asimilación o integración, que son monoculturales y etnocéntricas, la autodeterminación requiere el respeto de la diversidad cultural por los poderes estatales y sociales, con el fin de que los pueblos indígenas no sean tratados como inferiores a las demás personas o como meros objetos de las políticas públicas y de la protección paternalista, especialmente mediante el mecanismo de tutela. Los pueblos indígenas son sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico. Ellos tendrán el derecho de participar en las deliberaciones sobre cuestiones de interés o que afecten a su condición. La forma más poderosa para participar es a través de la manifestación del consentimiento (o, en menor medida, la consulta). A través de estos mecanismos, los pueblos indígenas deben consentir las políticas que afecten su situación. Este tratamiento que se da a los pueblos indígenas se justifica, principalmente,

121

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

por su existencia en el territorio antes de que el Estado se formase (ascendencia). Además, albergar las diferencias indígenas es la forma más adecuada para evitar la aparición de violencia política organizada por la minoría (estabilidad democrática) (Dutter, 2012).

La libre determinación también se opone a un modelo «tradicionalista», según lo señalado por Will Kymlicka (2011). Esta perspectiva afirma que el relativismo cultural requeriría la preservación de la autenticidad y la pureza de las culturas, la cual se logra mediante el mantenimiento de la identidad de los grupos étnicos, cuyas prácticas son entendidas como tradicionales o sagradas. Sin embargo, esta posición es políticamente peligrosa porque implica que el desarrollo cultural es anormal y que el contacto intercultural es perjudicial, lo que justificaría sentimientos xenófobos, aislamiento forzado de grupos étnicos y la falta de respeto por los derechos individuales de los miembros del grupo (superposición del colectivo). Contrariamente a la realidad dinámica y dialógica de las culturas, la perspectiva tradicionalista no puede describirse como una defensa de los derechos culturales, sino más bien como el establecimiento de deberes culturales, lo cual no es compatible con la concepción actual de los derechos humanos en el derecho internacional.

III. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Una comprensión de los derechos humanos en la que estos se reducen a las libertades individuales impide, sin duda, reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos humanos. Sin embargo, este enfoque reduccionista es insostenible, habida cuenta de que los seres humanos, por su naturaleza, son dependientes de la vida colectiva. Además, existe una relación de interdependencia y complementariedad entre las diferentes dimensiones de los derechos humanos. Por un lado, la protección de los derechos colectivos, que incluye el derecho a la libre determinación, permite la correcta aplicación de los derechos individuales de los pueblos indígenas y evita su sometimiento a la opresión o asimilación. Por otro lado, cualquier sistema o institución propio de los pueblos indígenas, cuya existencia o continuación resulta posible por el reconocimiento de la libre determinación, debe respetar los derechos humanos de cada persona indígena (Nobirabo Musafiri, 2012).

Los derechos individuales son, al mismo tiempo, inspiración y restricción del derecho de la autodeterminación. Inspiración, porque el derecho a la libre determinación se basa en el principio de igualdad entre las personas y los pueblos (que se opone a las ideas de jerarquía o superioridad racial o étnica), lo que elimina cualquier derecho de asimilación o sometimiento. Restricción, porque el derecho a la libre determinación

no afecta a las otras dimensiones de los derechos humanos, por lo que no puede convertirse en una justificación para la violación de los derechos individuales. Por lo tanto, nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance, como se afirma en la observación general 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU, 2009) y en el artículo 4 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2001). Esta idea puede ser llamada «el multiculturalismo liberal» (Kymlicka, 2011).

Bajo el derecho internacional, los instrumentos de diferentes organizaciones reconocen la autodeterminación de los pueblos indígenas. Este estudio pondrá de relieve tres organizaciones internacionales, a saber: la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA).

III.1. La protección de los pueblos indígenas en la OIT

Uno de los principales documentos relacionados con el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales (OIT, 1989). Este documento promueve el multiculturalismo y dejó obsoleto al convenio de la OIT 107 de 1957, el cual tenía un carácter integracionista. El Convenio 169 proclama que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, los Estados deben tener debidamente en consideración sus costumbres y el derecho consuetudinario (artículo 8). Al hacerlo, la OIT y los Estados ratificantes reconocen el poder legítimo de los pueblos indígenas para crear normas disciplinarias para asuntos internos en sus comunidades, las mismas que deben ser respetadas por el Estado. Ciertamente, el Convenio garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación; sin embargo, no hace un uso expreso del término.

También cabe destacar que, en el Convenio, los derechos colectivos garantizados a los pueblos indígenas no constituyen soberanía. El Convenio excluye expresamente cualquier interpretación de sus disposiciones como un derecho a la autonomía o secesión, por la limitación del alcance del término «pueblo». Los indígenas no son un pueblo soberano, pero se asientan en el territorio de un Estado soberano. Por lo tanto, la legislación nacional es aplicable a los pueblos indígenas, aunque de forma atenuada. Por otra parte, el ejercicio de la libre determinación también está limitado por los derechos humanos y las libertades fundamentales, los cuales están sometidos a la ley nacional e internacional. Por un lado, los individuos y los grupos reciben protección contra violaciones de derechos humanos por parte de agentes externos;

123

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

por otro lado, las violaciones internas de derechos humanos también deberán ser contenidas (artículo 3).

Dado que el Convenio 169 es un instrumento jurídicamente vinculante, los derechos garantizados en él deben ser respetados por los Estados que lo han ratificado. Por esta razón, la Convención ha sido de gran importancia en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, no solo desde la perspectiva del derecho internacional, sino como regla doméstica dentro de los Estados. Hasta la fecha, veintidós Estados han ratificado la Convención, en su mayoría países latinoamericanos.

III.2. Sistema de derechos humanos de la ONU

La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en 2007 por la Asamblea General de la ONU, representa el último avance político a nivel internacional en la protección de los derechos indígenas. La Declaración establece el derecho a la libre determinación, el cual incluye: el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3); el derecho a la autonomía o autogobierno en lo que respecta a sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas (artículo 4); y el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo al mismo tiempo su derecho a participar plenamente —si ellos lo desean— en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5).

El reconocimiento de la libre determinación es especialmente importante para asegurar que los pueblos indígenas puedan gobernar sus comunidades de forma autónoma, es decir, el derecho a ejercer las actividades administrativas y regulatorias. Por consiguiente, el derecho a la libre determinación no se aseguró en toda la extensión del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (la independencia como Estado), sino más bien en el sentido del derecho a la autonomía y el autogobierno bajo el gobierno del Estado soberano (Nobirabo Musafiri, 2012). La expresión de Hurst Hannum (1996, p. 469) describe muy bien este concepto: es la «autodeterminación menos-que-soberana».

La Declaración también busca prevenir la asimilación o destrucción forzada de la cultura indígena (artículo 8). En consecuencia, exige a los Estados desarrollar mecanismos para evitar los actos perjudiciales para el derecho a la libre determinación. Sin embargo, a pesar de que la identidad cultural está protegida por la Declaración, no elimina el derecho de los indígenas a ponerse en contacto con otras culturas, establecer un diálogo intercultural o asimilar elementos de diferentes culturas, siempre que esto se realice de forma voluntaria (Anaya, 1996;

Kymlicka, 1999). La condición de vulnerabilidad material que enfrentan los pueblos indígenas no les priva de la capacidad de autodeterminación política y cultural (artículo 33). Por esta razón, el derecho de los pueblos indígenas a decidir su propia identidad cultural es lo que hace que las políticas de intervenciones del Estado en esta materia sean mal recibidas y que puedan calificarse como paternalistas. Más bien, la tarea del Estado es la adopción de medidas efectivas que garanticen el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

Sin embargo, cabe señalar que los pueblos indígenas, aunque autónomos, siguen estando sujetos al sistema de derechos humanos. Toda persona indígena tiene derecho a todos los derechos humanos (artículo 1), tales como el derecho a la vida, la igualdad, la propiedad, las libertades clásicas de expresión, reunión, asociación, religión y tránsito. En este sentido, los derechos humanos de las minorías existentes dentro de las comunidades indígenas también deben ser protegidos, en particular el derecho a disfrutar de su cultura, a profesar y practicar su religión y a utilizar su idioma (Wheatley, 2005).

III.3. Los pueblos indígenas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La OEA se encuentra en proceso de negociación de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1989, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos preparar un instrumento jurídico para la protección de los pueblos indígenas, cuya aprobación estaba prevista para 1992. Sin embargo, la propuesta fue aprobada por la Comisión recién en febrero de 1997 y aún no hay consenso de los Estados en la materia. En 1999, un grupo de trabajo fue establecido y todos los Estados miembros tenían derecho a participar en él con voz y voto, con el objetivo de continuar con el análisis y la preparación del proyecto. Hasta el momento, el objetivo del grupo de trabajo no se ha logrado, ya que debe alcanzar el acuerdo completo y el apoyo de todos los Estados miembros sobre el texto. Varios puntos han sido discutidos por los Estados, pero aquellos que expresan la resistencia más fuerte en contra de la aprobación del proyecto son Estados Unidos y Canadá, que tampoco han firmado la Declaración de la ONU de 2007. Uno de los principales problemas que impiden la adopción de la declaración americana es el otorgamiento del derecho a la autodeterminación en el artículo 3.

Si bien no hay ninguna declaración que defina explícitamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la OEA, se sabe que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 proporciona una lista de los derechos que deben ser respetados por los Estados y ha

125

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

creado dos órganos con jurisdicción para evaluar los temas relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por Estados Partes en la Convención, a saber, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunos casos indican la posición de estos órganos en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En la década de 1980, hubo conflictos en Nicaragua entre los indios miskitos y el gobierno sandinista a causa de un nuevo programa de reforma agraria. Los miskitos creían que el programa no tenía en cuenta la propiedad indígena de muchas tierras distribuidas. Los miskitos presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el argumento de que el derecho del grupo a la tierra y sus recursos debía garantizarse, así como el derecho a la libre determinación. Uno de los abogados de los indígenas alegó que la comunidad tenía cualidades que la hacían un Estado independiente: territorio, población, gobierno y capacidad de establecer relaciones internacionales (Engle, 2011). En este caso, la Comisión reconoció que el derecho internacional garantiza el derecho a la libre determinación, pero que este no sería aplicable en dicho momento, debido a que los miskitos no tenían la independencia política (la Comisión interpreta la autodeterminación como soberanía). Sin embargo, la decisión no autorizaba a Nicaragua a asimilar la cultura indígena. Por el contrario, el Estado tenía que proteger todos los aspectos relacionados con la identidad cultural de las personas. Dos informes sobre Colombia subrayan la preocupación de la Comisión por proteger a los pueblos indígenas. En 1981, la Comisión recomendó que el gobierno colombiano debía adoptar las medidas necesarias para la protección de los pueblos indígenas durante la ejecución de las operaciones militares (CIDH, 1981, capítulo VII, sección E). En 1993, la Comisión hizo hincapié en la importancia de la disposición constitucional de la autonomía judicial de las autoridades indígenas para el desarrollo de la independencia de las minorías étnicas (CIDH, 1993, capítulo XI, sección b).

Además de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desempeña un papel importante en la transformación de la realidad social. En cuanto a la autonomía de los pueblos indígenas, en el caso *Aloboetoe y otros vs. Surinam* (Corte IDH, 1993), la Corte aseguró que la existencia del derecho consuetudinario tribal debía prevalecer sobre las leyes de Surinam, a condición de que esta no sea contraria a los términos de la Convención Americana. En el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam* (Corte IDH, 2007), la Corte reconoció el derecho de los pueblos indígenas a promover su propio desarrollo socioeconómico, a disponer libremente de las riquezas y los recursos naturales, y a no ser privados de los medios de supervivencia. En el caso de la comunidad indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Corte IDH, 2010), la Corte afirmó la responsabilidad del Estado de reconocer

y respetar la personalidad jurídica de la comunidad indígena y de no violar su libre determinación. Por último, en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Corte IDH, 2012), después de una larga batalla legal, la Corte falló a favor de los pueblos indígenas. En dicho fallo se menciona la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas como respaldo para sus mandatos relacionados con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

IV. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

Este estudio ha demostrado que, en el marco del derecho internacional, la autodeterminación es un principio aplicable a todos los pueblos. En cuanto a los pueblos indígenas, el Convenio de la OIT 169 de 1989 y la Declaración de 2007 de la ONU afirmaron el derecho a la «autodeterminación menos-que-soberanía» de los pueblos indígenas (Hannum, 1996, p. 469), lo que les permite elegir su forma de vida y cómo van a desarrollarse económica, social y culturalmente. En cuanto al sistema interamericano, existe una fuerte tendencia a reconocer el derecho a la libre determinación por parte de los órganos de la OEA relacionados con la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, en el plano doméstico, hay una diversidad de modos en los que los sistemas jurídicos de los Estados de América Latina tratan a los derechos indígenas. En esta tercera sección, el presente artículo analizará cinco constituciones de América Latina —a saber, la venezolana, boliviana, colombiana, ecuatoriana y brasileña— y ofrecerá algunas observaciones sobre la legislación y la jurisprudencia pertinente.

IV.1. La superación del régimen de excepción en Venezuela

La Constitución venezolana de 1961, impulsada por una ideología integracionista, consideró a los individuos indígenas culturalmente inferiores a los demás. La Constitución prevé que las comunidades indígenas estén tuteladas bajo un «régimen de excepción» y que el Estado fomente la progresiva incorporación de las comunidades a la vida de la nación (artículo 77). Por consiguiente, el Estado venezolano tendría la tarea de proteger a los pueblos indígenas y promover su integración en la vida civilizada.

Sin embargo, la legislación venezolana pasó luego a excluir el mecanismo de tutela. Este fue reemplazado por el principio de la interculturalidad en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (artículo 100). Además de la ruptura ideológica con la herencia colonial, esta Constitución trajo una larga lista de derechos de los pueblos

127

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

indígenas, así como de los deberes que se impuso al Estado (artículos 119 a 126).

La Constitución también prevé que el Estado tiene como objetivo reconocer la existencia de los pueblos y comunidades indígenas; su organización social, política y económica —la cual incluye costumbres, idiomas, religiones—; así como el derecho a las tierras que tradicionalmente ocupan. También asegura que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, su cosmovisión, sus valores, su religión, así como el derecho a expresar su propia cultura y a recibir la educación en función de sus particularidades y tradiciones socioculturales. Estos derechos van acompañados de la posibilidad de la participación política en la Asamblea Nacional y otros órganos de representación política.

Estas normas demuestran que la Constitución venezolana históricamente progresó hasta el reconocimiento del derecho de cada pueblo indígena a decidir su *modus vivendi*, es decir, el derecho a la libre determinación. Esto, sin embargo, no consiste en la afirmación de su soberanía, ya que los pueblos indígenas forman parte de Venezuela, como Estado único, soberano e indivisible. Según Omar González Nández (2009), la Constitución de 1999 marcó la creación de un nuevo estado de ciudadanía para los indígenas, reconociendo que son, al mismo tiempo, miembros de su grupo étnico y ciudadanos del Estado venezolano, el cual es un país culturalmente diverso: multiétnico, multicultural y plurilingüe.

IV.2. El derecho a la libre determinación en la Constitución boliviana

Como resultado de la Asamblea Constituyente de 2007 —la cual fue organizada por el primer presidente indígena, Juan Evo Morales Ayma (elegido dos meses antes)—, la nueva Constitución de Bolivia (2009) reconoce el Estado plurinacional (artículo 1) y asegura la autodeterminación de los pueblos indígenas dentro del Estado. Dicha autodeterminación consiste en el derecho a la autonomía, al autogobierno, a la cultura, al reconocimiento de las instituciones, a la tierra, entre otros puntos (artículo 30). Para las situaciones de mayor vulnerabilidad, la Constitución establece expresamente que los pueblos indígenas en riesgo de extinción, en situaciones de aislamiento o no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva (artículo 31). Ciertamente, la Constitución de Bolivia se convirtió en el documento fundamental que, probablemente, otorga mayor relevancia a los derechos de los pueblos indígenas, incluso en comparación con los estándares internacionales. La Constitución afirma el derecho de los pueblos indígenas de ejercer sus sistemas

políticos, jurídicos y económicos de acuerdo a su visión del mundo, en el marco del pluralismo jurídico y la interculturalidad (Aguilar y otros, 2010).

En cuanto al derecho a la participación, este incluye la consulta a las comunidades indígenas para asuntos de su interés y su participación en los órganos del Estado, incluida la adopción de un proceso para la elección de representantes de acuerdo a las normas establecidas por los pueblos indígenas (artículo 26, II, 4). Con respecto al ejercicio de la jurisdicción, la Constitución boliviana establece la igualdad de jerarquía de las jurisdicciones ordinarias e indígenas, reconociendo el derecho tradicional y los tribunales de los pueblos indígenas. En la cima del sistema judicial, la Constitución coloca al Tribunal Constitucional, órgano plurinacional que comprende a los magistrados tanto del sistema ordinario como de los sistemas tradicionales indígenas (artículos 196 a 199). Sin dejar de reconocer la legitimidad de la ley y los tribunales indígenas, la Constitución limita el alcance de la libre determinación, ya que están obligados a respetar y promover los derechos constitucionales garantizados a todas las personas (artículos 17, 190-192).

Bartolomé Clavero (2010), el exvicepresidente del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, alaba la existencia de un Tribunal Constitucional Plurinacional y afirma que la combinación de las instituciones indígenas con las instituciones centrales y otras entidades territoriales autónomas contribuye al proceso de descolonización y la consolidación del Estado Plurinacional. El Tribunal Constitucional es el único órgano de Bolivia que preside todo el sistema judicial, ya que es el único tribunal que es jerárquicamente superior a la jurisdicción indígena. La existencia de este cuerpo, junto con la representación indígena en la Corte Constitucional y el mandato constitucional de interculturalidad, hace de Bolivia un caso único y tal vez el más avanzado de América Latina.

IV.3. La libre determinación en la Corte Constitucional de Colombia

La Constitución Política de Colombia, en vigor desde 1991, garantiza los derechos de los pueblos indígenas. Aunque no se prevé expresamente el derecho a la libre determinación, la Constitución protege la diversidad cultural (artículos 1, 7 y 70), establece el derecho a la participación política (artículos 171 y 176), y reconoce la jurisdicción especial (artículo 246), así como derechos territoriales (artículo 286, 329 y 330), en relación con los pueblos indígenas. Con respecto a esta última cuestión, la Constitución colombiana reconoce el territorio indígena como una entidad territorial del Estado, lo cual fue confirmado por la sentencia T-693 de la Corte Constitucional de Colombia (2011).

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

En este caso, la Corte enfrentó a la cuestión del derecho a la autodeterminación y la participación de las comunidades étnicas, con el fin de identificar el alcance de la protección de ese derecho. La Corte confirmó la existencia del derecho a la autodeterminación en la Constitución colombiana, debido al valor intrínseco de las comunidades étnicas como grupos culturalmente diferenciados. Ello ya había sido establecido por los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, incluido el Convenio de la OIT 169. Asimismo, la Corte se basó en la jurisprudencia constitucional, que ha reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas —especialmente la Sentencia C-030 (Corte Constitucional de Colombia, 2011)—. El Tribunal dictaminó que la autodeterminación incluye el derecho a determinar sus propias instituciones y autoridades gubernamentales para desarrollar y mantener sus propias normas, costumbres, cosmovisión, formas de desarrollo y proyectos de vida, así como para tomar las decisiones internas que consideren más adecuadas para la conservación o protección de sus propósitos.

Además, para la Corte, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas comprende, al menos, dos dimensiones específicas. La dimensión externa incluye el derecho a participar en las decisiones que afectan a los grupos indígenas, lo que requiere consultas previas con las comunidades respectivas. También incluye el derecho a la participación política de las comunidades indígenas en el Congreso nacional. La dimensión interior implica el reconocimiento de la autonomía y el autogobierno de las comunidades, para que puedan crear y aplicar las reglas en su circunscripción, así como el poder judicial, aunque sujeto a las normas constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, 2009). Debido a los conflictos de competencia que podrían surgir entre la justicia ordinaria e indígena, la Corte Constitucional reconoció que la jurisdicción indígena no estaba sujeta a la expedición de una ley de coordinación (Corte Constitucional de Colombia, 1994). Asimismo, la Corte sostuvo que las disposiciones constitucionales tienen aplicabilidad inmediata y la jurisdicción indígena está sujeta a las normas de procedimiento establecidas por las autoridades tradicionales y por la Constitución.

IV.4. Derechos de los pueblos indígenas en la Constitución ecuatoriana

La Constitución de Ecuador es un documento de vanguardia en cuanto a la política del reconocimiento. En comparación con otros países, sin duda, la Constitución ecuatoriana es una de las más avanzadas a la hora de respetar la diversidad cultural. Entre los principios fundamentales de la República de Ecuador están la soberanía, la interculturalidad y la plurinacionalidad, así como el reconocimiento de las lenguas indígenas

como lenguas oficiales de las relaciones interculturales, y el deber del gobierno de promover la unidad nacional frente a la diversidad (artículos 1-3).

Como Ecuador es un Estado multinacional, el constituyente estableció las normas sobre la doble nacionalidad, las cuales permiten a los individuos mantener tanto la nacionalidad ecuatoriana como la indígena, y el ejercicio de los derechos constitucionales se aseguró a todas las personas y al pueblo en el interior del país (artículos 6 y 10).

En cuanto a los derechos de asistencia social, la Constitución asegura el derecho individual a desarrollar y mantener una identidad cultural, a decidir acerca de la pertenencia a una comunidad cultural, así como el derecho a expresar la identidad cultural y a tener acceso a las diversas expresiones culturales (artículos 21 y 23). La Constitución también proporcionó derechos colectivos relacionados con los grupos de atención prioritaria, entre los que se encuentran los niños, los jóvenes, los adultos mayores, las personas con discapacidad y las personas con enfermedades graves (título II, capítulo III). Esos grupos tienen en común la necesidad de la protección del Estado a causa de su situación de vulnerabilidad (artículo 35). Sin embargo, es interesante notar que los grupos étnicos no se mencionan entre los grupos vulnerables, sino más bien como una categoría separada (título II, capítulo IV). La diferencia cultural no implica la vulnerabilidad, sino solo la doble nacionalidad (artículo 56), lo que requiere un conjunto específico de reglas que comprende los derechos y obligaciones derivados de esta condición especial.

El artículo 57 de la Constitución ecuatoriana trae una larga lista de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Los derechos más relevantes para la auto-determinación de los pueblos indígenas son los derechos a mantener y desarrollar sus propias formas de vida y organización social, a crear y ejercer autoridad para promulgar y hacer cumplir la ley, a establecer y mantener organizaciones representativas, a participar en los organismos oficiales y en el desarrollo de políticas públicas, a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectarlos, y el derecho a mantener y desarrollar relaciones de cooperación con otras personas. Hay que destacar, sin embargo, que el derecho a la libre determinación no permite a las poblaciones indígenas violar los derechos fundamentales de cualquier persona (indígena o no), especialmente los derechos de las mujeres, niños y adolescentes.

Por último, la Constitución también reconoce a los pueblos indígenas el poder de crear tribunales (artículo 171). Ellos interpretan y aplican la ley del grupo cultural en su ámbito territorial, teniendo en cuenta el respeto a las normas constitucionales y los instrumentos internacionales, mientras que la jurisdicción ordinaria ejerce el control jurisdiccional.

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

IV.5. La protección de los pueblos indígenas en la Constitución brasileña de 1988

La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada en 1988, en el contexto de la revisión de las normas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas (la Constitución es anterior a la adopción del Convenio de la OIT 169). Aunque el constituyente brasileño no ha utilizado el término «pueblos indígenas «sino solo «indios», y el término «libre determinación» se ha utilizado solo como un principio de las relaciones internacionales (artículo 4, III), los derechos de los pueblos indígenas están constitucionalmente reconocidos de acuerdo con los nuevos paradigmas internacionales.

Los derechos socioculturales, que son esenciales para el ejercicio de la libre determinación, están garantizados a los pueblos indígenas por la Constitución. Esta reconoce la organización social indígena, sus costumbres, lenguas, creencias y tradiciones (artículo 231). Para garantizarlos, el Estado debe apoyar y fomentar la valoración y difusión de las expresiones culturales, dando una protección específica a las expresiones de la cultura indígena, la cual forma parte del «proceso civilizador nacional», junto con las culturas populares y afro-brasileñas (artículo 215). En cuanto al derecho a la educación, aunque el idioma portugués es el idioma oficial de Brasil (artículo 13), hay un mandato para la acogida de la diversidad. A las comunidades indígenas se les permite usar sus lenguas maternas y sus propios procesos de aprendizaje en la enseñanza primaria (artículo 210, §2), la cual se caracteriza por la asistencia obligatoria y la gratuidad (artículo 208, I).

Un factor clave para la promoción de la libre determinación indígena es el derecho a la tierra, el cual se establece expresamente en la Constitución (artículo 231, §1). Aunque se considera propiedad de la Unión (artículo 20, XI), la posesión permanente de la tierra y el uso de sus recursos se otorgan a los pueblos indígenas (artículo 231, §2). Las comunidades y organizaciones de los pueblos indígenas también tienen garantizado el derecho de emprender acciones legales para defender sus derechos e intereses (artículo 232). Aunque no es un deber institucional de los fiscales intervenir en todas las fases del procedimiento, una vez que la Constitución reconoce la capacidad procesal de los pueblos indígenas, rechaza la ideología integracionista y el mecanismo de la tutela, el cual era frecuente en el sistema precedente. En cuanto al Poder Judicial, no hay reconocimiento ni creación de una jurisdicción indígena. La Constitución otorga a la Unión la competencia para legislar sobre cuestiones de los propios pueblos indígenas (artículo 22, XIV). Al Ministerio Público, a su vez, se le da la competencia para defender los intereses y derechos de los pueblos indígenas en los tribunales (artículo 129, V) y los jueces federales tienen jurisdicción para juzgar la disputa sobre los derechos indígenas (artículo 109, XI).

133

Aunque la Constitución fue promulgada en 1988, la ley 6.001 de 1973, conocida por su carácter integracionista, todavía está en vigor. «El Estatuto del Indio», como se la llama, regula la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus comunidades, «con el fin de preservar su cultura y su integración progresiva y armoniosa a la comunión nacional» (Poder Legislativo, 1973, artículo 1). De acuerdo con el Estatuto del Indio (artículos 7-9), el ideal integracionista debe llevarse a cabo a través del régimen de tutela, ejercido por la Unión a través de la agencia oficial indígena (Servicio de Protección del Indio —SPI— (1910-1967), el cual fue sucedido por la Fundación Nacional del Indio —FUNAI—, mediante la ley 5.371 de 1967). Al establecer el régimen de tutela, el Estatuto reproduce la misma ideología que guió la redacción del antiguo Código Civil de 1916 (artículo 6), el cual considera a los indígenas como personas «relativamente incapaces» (el Código Civil de 2002 no los considera como tales).

Sin embargo, este sistema es claramente incompatible con la nueva Constitución, el Convenio de la OIT 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los que la alteridad no implica inferioridad o inadecuación. Por esta razón, los mecanismos integracionistas previstos por el Estatuto del Indio deben ser considerados como inconstitucionales. Como ejemplo de la aplicación de la nueva perspectiva multicultural se encuentra la Política Nacional Territorial y de Gestión Ambiental de Tierras Indígenas (PNGATI), la cual define como una de sus directrices la autonomía sociocultural de los pueblos indígenas (Presidencia de la República, 2012, artículo 3)

Con respecto a la libre determinación indígena en Brasil, hay una decisión reciente del Supremo Tribunal Federal, conocida como el caso «Raposa Serra do Sol» (Supremo Tribunal Federal, 2009). Al decidir una cuestión de demarcación de las tierras indígenas en el Estado de Roraima, el Tribunal Supremo, además de establecer diecinueve parámetros o garantías que dan legitimidad a la definición de la zona protegida, hizo algunas consideraciones que son relevantes para este estudio. En primer lugar, la Corte explicó que el término «tierras», que se utiliza en la Constitución, supone claramente un significado sociocultural y no se puede utilizar como la base para el reconocimiento de la independencia política de los pueblos indígenas. En segundo lugar, precisó que las tierras indígenas no son territorios independientes o Estados de la Federación, por lo que los grupos indígenas no pueden formar una entidad federada ni tampoco pueden comparecer ante el orden jurídico internacional. En tercer lugar, el tribunal dictaminó que la demarcación de la tierra es una acción afirmativa para garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre las zonas ocupadas, promoviendo así la compensación de desventajas históricamente acumuladas y la protección de la identidad cultural, como parte de un constitucionalismo fraternal.

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Esta decisión provocó una intensa polémica que llevó a la presentación de un recurso de aclaración, lo que requirió un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema, sobre todo en relación con los 19 parámetros, pronunciamiento que se produjo en octubre de 2013 (Supremo Tribunal Federal, 2013). En esta sentencia, el Tribunal aclaró los parámetros para el proceso de demarcación, afirmando que estas normas no son vinculantes para otros casos de la demarcación, a pesar de que constituyen un precedente judicial importante. Además, la Corte Suprema reconoció el impacto de su decisión en otra dimensión cultural relevante de la autodeterminación. En particular, para hacer frente a la cuestión de la permanencia de los templos religiosos y autoridades no indígenas en las tierras indígenas, la Corte señaló que aunque las normas constitucionales tienen por objeto garantizar un espacio único en el que los pueblos indígenas pueden mantener sus tradiciones y vivir, lo cual no supone un deber de aislamiento necesario o completo. Por un lado, el constituyente rechazó el ideal integracionista de la asimilación de los indígenas por la cultura de la mayoría; por otro lado, no les ha impedido a ellos decidir si se ponen o no en contacto con otros grupos e ideas. El tribunal también declaró que el gobierno tiene el deber de proteger a los pueblos indígenas y sus tierras, así como de organizar y supervisar la entrada, permanencia y salida de los no indígenas (incluyendo a los misioneros).

Aunque la Constitución brasileña no puede ser clasificada entre las más protectoras en comparación con otras constituciones latinoamericanas, ciertamente establece la autodeterminación como el paradigma que deben observar el Estado y la sociedad mayoritaria en su relación con los pueblos indígenas. Este nuevo paradigma también exige la eliminación inmediata del sistema de tutela previsto por el Estatuto del Indio y la eliminación de cualquier política de naturaleza integracionista o tradicionalista.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas desempeña un papel cada vez más importante en el ordenamiento jurídico internacional. La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas reforzó la aspiración de que los pueblos indígenas y sus comunidades tengan el derecho a definir libremente, entre otras cosas, sus formas de vida y culturas, y a practicar sus lenguas y tradiciones. La autodeterminación es un derecho colectivo, el cual está limitado por los derechos humanos individuales y es considerado como una condición necesaria para la protección de los pueblos indígenas dentro de los Estados independientes, así como para acoger la diversidad étnica.

En cuanto a los países de América Latina, el derecho a la libre determinación se incorporó en los sistemas jurídicos nacionales en las últimas dos décadas. Hubo, por tanto, un abandono de ideologías colonizadoras caracterizadas por la diferenciación civilización/barbarie que impulsó la promoción de políticas ya sea de asimilación o de naturaleza aislacionista. De manera comparativa, podría afirmarse que la Constitución boliviana, ecuatoriana, colombiana y venezolana tienen un mayor nivel de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos. En un nivel inferior debe colocarse la Constitución brasileña, ya que muestra un conjunto menos protector de normas (al menos formalmente).

Ante esto, se pueden ofrecer tres conclusiones:

En primer lugar, la autodeterminación implica el reconocimiento de la capacidad individual y colectiva de los pueblos indígenas y que no deben ser tratados como incapaces o meros objetos de políticas públicas. Los Estados deben otorgar autonomía a los pueblos indígenas y la posibilidad del autogobierno, para que puedan decidir libremente si es que conservan, modifican o abandonan sus formas ancestrales de vida (dimensión negativa de la autodeterminación, respeto por la diversidad cultural).

En segundo lugar, la condición de vulnerabilidad o susceptibilidad a los riesgos que suele caracterizar a las poblaciones indígenas requiere que los Estados garanticen que las comunidades puedan ejercer el derecho a la autodeterminación a través de acciones afirmativas protectoras (dimensión positiva de la libre determinación, protección de las minorías étnicas).

En tercer lugar, las normas constitucionales y los derechos humanos son los límites legítimos del ejercicio del derecho a la libre determinación dentro de un Estado independiente. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas no se colocan por encima de los derechos individuales de cada persona indígena (la dignidad humana como límite a la autodeterminación).

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, Gonzalo y otros (2010). Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina. SSRN (Conflict Prevention and Peace Forum). Briefing Paper.

Anaya, James (1996). *Indigenous Peoples in International Law*. Nueva York: Oxford University Press.

Clavero, Bartolomé (2010). Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y pueblos indígenas: un reto inédito en las Américas. En Autores varios,

135

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Memoria Conferencia Internacional Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional. Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (1-21). La Paz: CONCED/GTZ.

Martínez Cobo, Jose R. (1986). Study of the problem of discrimination against Indigenous Populations. UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 1-4. Ginebra: Naciones Unidas.

Código Civil (Brasil) (1916). Ley 3.071/1916. 1 de enero de 1916.

Código Civil (Brasil) (2002). Ley 10.406. 10 de enero de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1981). Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Colombia. OEA/Ser.L/V/II.53. Doc. 22. 30 de junio de 1981.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1993). Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.84. Doc. 39 rev.14 de octubre de 1993.

Constitución de la República del Ecuador (2007).

Constitución de la República Federativa del Brasil (1988)

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Constitución de Venezuela (1961).

Constitución Política de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia T-254/94. Expediente 30116. 30 de mayo de 1994.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-030/08. Expediente D-6837. 23 de enero de 2008.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia T-973/09. Expediente T-1721433. 18 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-693/11. Expediente T-2291201. 23 de septiembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1993). Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia. 10 de septiembre de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2010). Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia. 24 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012). Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia. 27 de junio de 2012.

De Sousa Santos, Boaventura (2007). La reinención del Estado y el Estado plurinacional. *Observatorio Social de América Latina*, VIII (22), 25-46.

Dutter, Lee E. (2012). Return of the Natives: Explaining the Development and Non- Development of Political Action by Indigenous Peoples in Democratic Political Systems. *International Journal on Minority and Group Rights*, 19 (4), 453-480.

Engle, Karen (2011). On Fragile Architecture. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights. *The European Journal of International Law*, 22 (1), 141-163.

Foster, Caroline E. (2001). Articulating Self-Determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *The European Journal of International Law*, 12 (1), 141-157.

Hannum, Hurst (1996). *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*. Filadelfia, PA: University of Pennsylvania Press.

Kymlicka, Will (2011). *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Oxford: Oxford University Press.

Nobirabo Musafiri, Prosper (2012). Right to Self-Determination in International Law: Towards Theorisation of the Concept of Indigenous Peoples/National Minority? *International Journal on Minority and Group Rights*, 19 (4), 481-532.

González Nández, Omar (2009). Interculturalidad y ciudadanía. Los pueblos indígenas de

Venezuela: excluidos originarios. *Anuario Grhial*, 3, 61-68.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/61/L.67.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2009). Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 21. Documento presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el cuadragésimo tercer período de sesiones, Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009. E/C.12/GC/21/Rev.1.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989). Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Poder Legislativo (Brasil) (1973). Ley 6.001. 19 de diciembre de 1973.

Presidencia de la República (Brasil) (2012). Decreto 7.747. 5 de junio de 2012.

Supremo Tribunal Federal (Brasil) (2009). Petición n. 3388 RR. Sentencia. 19 de marzo de 2009.

Supremo Tribunal Federal (Brasil) (2013). Petición 3388 RR. Sentencia. 23 de octubre de 2013.

PUEBLOS INDÍGENAS, DIVERSIDAD CULTURAL Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

INDIGENOUS PEOPLES, CULTURAL DIVERSITY AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION: FROM THE INTERNATIONAL LAW TO THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

UNESCO (2001). Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural. Adoptada en la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001.

Wheatley, Steven (2005). *Democracy, Minorities and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Recibido: 12/09/2015
Aprobado: 11/10/2015

Transformación jurídica de la perspectiva nacional sobre las uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica

Legal transformation of the national perspective on civil unions and same sex marriage in Latin America

JOSÉ MIGUEL CABRALES LUCIO*

Resumen: En el presente trabajo se exponen los argumentos jurídicos que han servido para permitir la introducción paulatina del matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones civiles en algunos países de Latinoamérica. El autor hace una descripción crítica de los casos contenciosos, así como las respuestas legislativas a las demandas de reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas con una orientación sexual determinada. Se analizan los países de Latinoamérica más representativos desde el punto de vista de relevancia comparada para efectos de extraer observaciones y argumentos que puedan servir para explicar la realidad en otros tantos países del mismo entorno geográfico.

Palabras clave: Latinoamérica – derechos humanos – matrimonio homosexual – uniones civiles – tribunales – discriminación

Abstract: This paper analyzes the legal arguments that have been used to allow the gradual introduction of same-sex marriage and civil unions in some Latin American countries. The author makes a critical account of the contentious cases and legislative responses to claims for recognition and protection of human rights of people with a particular sexual orientation. The most representative Latin American countries are analyzed from the point of view of its relevance in comparative terms.

Key words: Latin America – human rights – gay marriage – civil unions – courts – discrimination

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA SITUACIÓN EN GENERAL DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA.– III. MÉXICO.– III.1. PERSPECTIVA GENERAL.– III.2. MÉXICO DISTRITO FEDERAL.– III.2.1. UNIONES CIVILES: LA LEY DE CONVIVENCIA.– III.2.2. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: LA REFORMA DE 2009.– III.2.3. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: EL CRITERIO DE LA

* Profesor investigador de la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales, campus Tampico, Universidad Autónoma de Tamaulipas, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (c) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), México. Correo electrónico: cabrales23@yahoo.com. Ponencia (español) presentada al IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional celebrado en Oslo, Noruega, en julio de 2014.

CORTE.- III.2.4. SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO.- IV. COSTA RICA. DECISIONES JUDICIALES AL RESPECTO.- V. COLOMBIA. MARCO JURÍDICO Y POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.- VI. BRASIL.- VII. CHILE.- VII.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECHAZA EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL.- VII.2. FALTA DE PROTECCIÓN A NIVEL NACIONAL: EL CASO ATALA RIFFO.- VIII. URUGUAY.- IX. ARGENTINA.- IX.1. PANORAMA GENERAL.- IX.2. DECISIONES JUDICIALES: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE APOYAN EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL.- X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las constituciones de los países de América Latina son omisas en prescribir o contemplar la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otra parte, los derechos humanos de naturaleza social —de los cuales podrían gozar las parejas del mismo sexo en la mayoría de los casos— no están consagrados claramente en los sistemas constitucionales o legales escritos. Por esta razón, los jueces constitucionales han jugado un papel muy importante en el reconocimiento de la mayoría de los derechos sociales de los que ahora disfrutaban las personas homosexuales en la región. Entre estos derechos se encuentran los siguientes: el derecho al matrimonio, el derecho a la adopción, el derecho a la seguridad social, derecho a la herencia, los derechos de propiedad, entre otros.

En lo que sigue se tratará de ofrecer una visión muy general de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales de México, Colombia, Brasil, Costa Rica, Argentina y Uruguay. Estos países podrían considerarse como representantes en el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y los derechos sociales inherentes a ello en América Latina. Se examinarán los argumentos constitucionales esgrimidos con respecto al debate sobre las uniones civiles, el matrimonio entre personas del mismo sexo y los derechos que se derivan de estas uniones. Se prestará especial atención a los juicios clave que están estrechamente relacionados con el progresivo reconocimiento de las parejas del mismo sexo a nivel nacional, así como a los avances hacia el reconocimiento de los derechos sociales de los homosexuales.

II. LA SITUACIÓN EN GENERAL DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN AMÉRICA LATINA

La región de América Latina incluye un gran número de países que tienen una fuerte tradición católica y conservadora, lo que se explica fácilmente por sus antecedentes históricos. Por esta razón, muchas fuerzas sociales y políticas se oponen al reconocimiento de los homosexuales y a su derecho a la libre orientación sexual, lo que

141

conduce a un menor desarrollo de la legislación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como de la regulación de los derechos sociales. Incluso, en algunos países de la región, los propios jueces se ven en ocasiones influenciados por esta tendencia social conservadora, lo que dificulta el progresivo avance de los derechos humanos en general y el de los derechos de grupos sociales vulnerables, como los homosexuales, en particular. En Latinoamérica, Argentina, en 2010, y Uruguay, en 2013, se han convertido en los primeros países en permitir por vía legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante, esta situación contrasta con el otro escenario, en el que se visualiza un rechazo todavía muy arraigado a estas figuras de liberación humana. Este rechazo está muy enraizado en el Centro y Sur de América, con diferentes grados de aceptación que reflejan también diferentes grados de apertura o conservadurismo por parte de algunos países. Ahora bien, esta situación cambia drásticamente cuando hablamos de los jueces de los países latinoamericanos. En la actualidad, los jueces constitucionales de los países en cuestión son los que, en buena medida, han tenido que avanzar en la protección de los derechos humanos de carácter social, al interpretar progresivamente las disposiciones legales y constitucionales.

El general rechazo social a la regulación que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica contrasta con algunos debates parlamentarios que ya se han presentado desde el año 2001. Dichos debates han intentado autorizar por vía legal la cobertura a las parejas del mismo sexo, ya sea en términos de matrimonio o unión civil. Algunas iniciativas parlamentarias han sido consecuencia directa de juicios muy polémicos resueltos por los más altos tribunales nacionales (tribunales supremos y constitucionales), lo que da cuenta del casi imperceptible «diálogo» con los legisladores con el fin de garantizar que los Estados democráticos protejan cada vez mejor los derechos humanos y, en concreto, los derechos sociales. Así, la progresiva discusión y paulatina aprobación del matrimonio homosexual es una tendencia mundial (Waaldijk, 2011). Dicha tendencia se ha sentido particularmente en países de América Latina, empezando con Argentina que, en el año 2010, autoriza en el país entero el matrimonio entre personas del mismo sexo (Rodríguez y otros, 2010). Siguiendo la lucha constitucional ante los tribunales nacionales (Bustillos, 2011, pp. 1033-1034), algunos gobiernos ya han aprobado leyes que permiten a las parejas del mismo sexo casarse y adoptar niños. Este es el caso, como ya se dijo antes, de Argentina. Sin embargo, en la Ciudad de México (México D.F.), desde el 21 de Diciembre de 2009, ya se permitía tal matrimonio. Por tal motivo, Argentina se convirtió en el primer país latinoamericano en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en todo su territorio en 2010. El 13 de abril de 2013, Uruguay se convirtió en el segundo país de la región en reconocer

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

el matrimonio del mismo sexo. Otros países —incluidos Chile, Costa Rica y Perú— han iniciado y tramitado ciertos debates parlamentarios sobre la viabilidad del matrimonio homosexual y el derecho a adoptar. Algunas de estas iniciativas varían en cuanto al alcance que tienen respecto al reconocimiento de la relación entre parejas del mismo sexo. Por ejemplo, hay algunas propuestas que buscan la regulación jurídica de las uniones civiles; otras proponen la concesión de ciertos derechos, pero no definen estas uniones como matrimonio. Algunos países debaten si es necesaria una ley especial, mientras que otros simplemente se plantean modificar el Código Civil (como en el caso de México DF) con el fin de ampliar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Algunos países, como Brasil, reconocen legalmente la convivencia informal o la unión de personas del mismo sexo. Otros, sin embargo, tienen un enfoque más conservador y tienden a evitar el matrimonio homosexual a toda costa. En esta línea estaría, por ejemplo, lo previsto por el artículo 63 de la Constitución de Bolivia. Ahí se confirma fuertemente la concepción tradicional del matrimonio como la unión de un solo hombre con una sola mujer. Ahora bien, por otro lado, en regiones concretas como Centro América, el desarrollo cultural y económico de los países es directamente proporcional a la tolerancia de la sociedad hacia las parejas del mismo sexo. En este contexto, destaca el caso de Nicaragua como sociedad conservadora. Una prueba de lo conservadora que puede llegar a ser dicha sociedad es el hecho de que la homosexualidad era un crimen bajo el antiguo texto del artículo 204 del Código Penal y apenas con la reforma en el año 2008 dejó de serlo. Por otro lado, por ejemplo en Sudamérica, la Constitución del Perú define al matrimonio como la relación exclusiva entre un hombre y una mujer, y no permite, dada su redacción, la posibilidad de los matrimonios entre parejas del mismo sexo¹.

El progresivo reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en la región pasó por varias etapas. En un primer momento, se permitió el registro de uniones del mismo sexo ante las autoridades civiles. Esto constituyó el primer paso en el largo camino hacia la plena igualdad y la no discriminación de los homosexuales. Este reconocimiento se presenta por primera vez en Buenos Aires, Argentina, en 2003 y, más tarde, en Río Grande del Sur, Brasil, en 2004. Sin embargo, la posibilidad de registrar las uniones civiles de personas del mismo sexo no proporcionó suficientes derechos. Se mantuvo, además, una clara distinción entre las parejas del mismo sexo y las personas heterosexuales que sí podían constituir un matrimonio. Esta distinción

1 Un primer proyecto de ley sobre uniones civiles de personas del mismo sexo fue presentado en 1993. En 2011, debido a la campaña electoral presidencial, se propuso otro proyecto de ley sobre matrimonio civil para las parejas del mismo sexo.

entre uniones civiles y matrimonio seguía perpetuando la desigualdad y la discriminación hacia las parejas del mismo sexo.

En otros países, la función judicial ha sido fundamental. Así, el reconocimiento progresivo del matrimonio y de las uniones de personas del mismo sexo se ha visto acompañado de otras importantes victorias alcanzadas por el colectivo homosexual. Estas prerrogativas constituyen derechos sociales tan importantes como el derecho a la pensión, la seguridad social, la atención médica, entre otros. Este reconocimiento se ha logrado gracias a una interpretación judicial y constitucional extensiva y amplia de las cláusulas antidiscriminatorias. Desde este punto de vista, Colombia tiene uno de los tribunales constitucionales más avanzados y abiertos. Otros países, como México —el artículo 1 de su Constitución, reformado en 2011, prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual— y Ecuador —artículo 37 de las Constituciones de 1998 y 2008—, han reformado sus constituciones con el fin de ampliar, literalmente, el alcance de las cláusulas antidiscriminatorias.

La comprensión de la discriminación ha cambiado hoy en día y algunos países han aprobado leyes para evitarla, no solo en lo relativo a las personas individuales sino también a la comunidad. En Venezuela, por ejemplo, un proyecto de ley sobre la equidad e igualdad de género está en discusión, mientras que en Chile dos proyectos de ley sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo han sido presentados ante la Cámara de Representantes. El primero de estos proyectos de ley se refiere a la creación del Acuerdo de Vida en Pareja o Pacto de Unión Civil (desde 2003), encaminado a proteger los derechos de propiedad de las parejas del mismo sexo; el segundo (desde 2010) se refiere al Pacto o Acuerdo de Unión Civil, el cual tiene el propósito de proporcionar derechos y seguridad jurídica a parejas que, de hecho, han estado conviviendo, independientemente de su orientación sexual. Por otra parte, la Constitución de Paraguay de 1992 es muy estricta en la definición del matrimonio y las uniones de hecho, y no permite la posibilidad de contemplar ni por vía legal ni por interpretación las uniones o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Los países latinoamericanos comparten la misma ideología y la identidad cultural y política en relación con el concepto de la familia como base de la sociedad. En los últimos años, sin embargo, se ha producido un importante desarrollo en la región con respecto a las nociones conservadoras de la familia, la pareja, el matrimonio y otras relaciones, así como con respecto a sus consecuencias jurídicas. Esta tendencia se refleja, además, en el hecho de una cada vez mayor tolerancia y en una percepción estatal con una clara influencia progresista, la cual trata de proteger diferentes estructuras familiares

143

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

sobre la base de relaciones afectivas más que sociales, de modo tal que la libertad y el desarrollo de la personalidad sean vectores de actuación de los poderes públicos. Esta transformación, sin duda, ha podido tener lugar gracias a la actuación de los tribunales que han realizado una interpretación judicial amplia y extensiva de nociones como familia, igualdad y prohibición de la discriminación. En definitiva, ha sido a través del derecho y de la fuerza vinculante que tiene este en su aplicación e interpretación judicial que se han roto importantes barreras legislativas y sociales en relación con la aceptación de las parejas homosexuales y de sus uniones civiles

III. MÉXICO

III.1. Perspectiva general

La Constitución mexicana de 1917 no prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo o las uniones civiles entre ellos. El artículo 4, por ejemplo, no define a la familia como aquella que solo se pueda formar por un hombre y una mujer. La Constitución se limita a proporcionar el marco general para que sea la ley secundaria la que regule y proteja la organización y desarrollo de la familia. Además, el artículo 1, en su versión modificada del 10 de junio de 2011 prohíbe expresamente toda forma de discriminación basada en la orientación sexual. Estas dos disposiciones serían suficientes, desde el punto de vista constitucional y en un plano teórico, para proteger los derechos de las parejas del mismo sexo a casarse y formar una familia. En México, las reformas constitucionales antes mencionadas se han fortalecido por otras circunstancias de carácter social, económico y político que han permitido el desarrollo del país. El concepto de «familia», por ejemplo, ha cambiado drásticamente, debido a la apertura de la sociedad y el derecho a la diversidad. Esta apertura ha hecho posible el reconocimiento de los diferentes tipos de familia, más allá de la familia tradicional compuesta por un hombre y una mujer, cuya finalidad principal era la procreación. Varios estudios han puesto de relieve la existencia de diferentes estructuras familiares (CONAPRED, 2012)². Según algunos autores la familia ya no es «una institución idealizada (padre, madre e hijos)», definida y constituida por las normas sociales y las leyes estatales, ahora el concepto de familia se ha convertido en algo nuevo, la familia ahora es «una red de relaciones definidas por lo que la persona o personas decidan» (De la Madrid, coord., 2012, p. 39).

2 El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) es un organismo creado en México en 2003 para prevenir la discriminación. Recibe y resuelve quejas sobre posible discriminación de índole racial, étnica, religiosa, sexual y por orientación sexual.

III.2. México Distrito Federal

III.2.1. Uniones civiles: la Ley de Convivencia

La evolución en México en relación con la regulación de las uniones civiles de personas del mismo sexo empezó en el Distrito Federal, capital del país. Aquí, la Ley de Sociedad de Convivencia (en vigor desde el 17 de marzo de 2007) permitió que, a través de un convenio, se formara una sociedad que generara derechos similares a los que se derivan del matrimonio, tales como derechos de propiedad, hereditarios, subrogación del arrendamiento, entre otros. El artículo 1 establece que la ley es de orden público e interés social y que sus disposiciones rigen las relaciones basadas en sociedades de convivencia. Estas se definen, en el artículo 2, como actos jurídicos bilaterales entre dos adultos del mismo o de diferente sexo con plena capacidad jurídica, con lo que establecen un hogar común, se comprometen a una relación permanente y a cuidar unos de otros (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2006).

III.2.2. Matrimonio entre personas del mismo sexo: la reforma de 2009

La definición de matrimonio en la Ciudad de México, hasta el año 2009, consistía en la unión libre de un hombre con una mujer (como puede verse en el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal antes de la reforma). Así, excluía expresamente del concepto de matrimonio la posibilidad de que este estuviese formado por parejas del mismo sexo. Sin embargo, el 29 de diciembre de 2009 se aprobó una reforma al Código Civil en la que se permitía que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. La reforma sustituyó el término hombre y mujer por «personas», con lo cual no se hace distinción y se deja abierta la posibilidad, si así es voluntad de los contrayentes, de unirse en matrimonio con personas del mismo sexo.

La reforma legal se aprobó en un contexto político y social muy problemático y despertó muchas sospechas, así como inconformidades. La reforma fue tan polémica que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010) tuvo que pronunciarse sobre el caso, desarrollando criterios absolutamente novedosos para la cultura e idiosincrasia mexicana.

III.2.3. Matrimonio entre personas del mismo sexo: el criterio de la Corte

El 27 de enero de 2010, una acción de inconstitucionalidad fue interpuesta contra la reforma legislativa al artículo 146 del Código Civil, la cual permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que pronunciarse, por 8 votos contra 2 de sus ministros, en el sentido de que la reforma no era inconstitucional (2010).

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

El procurador general de la República (PGR) impugnó la reforma legislativa en el Código Civil argumentando que estas reformas eran contrarias al artículo 4 (relativo a la protección de la familia) y al 16 (motivación y principio de legalidad) de la Constitución Federal. En primer lugar, el PGR sostuvo que el legislador local no tenía ninguna razón para producir una reforma sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo con la finalidad de proteger las uniones civiles, ya que los derechos de estas parejas ya estaban protegidos por la Ley de Sociedades de Convivencia. Por lo tanto, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no habría atendido los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Los argumentos de la acción de inconstitucionalidad también señalaban que la Asamblea había sobrepasado sus competencias, ya que no eran necesarias las reformas dado que el artículo 16 (1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos solo prohíbe la discriminación por motivos de raza, nacionalidad o religión, y no por la orientación sexual.

En segundo lugar, el PGR hizo hincapié en que los padres fundadores de la Constitución habían tenido un «modelo ideal de familia» en mente, es decir, una familia compuesta por un padre, una madre y sus hijos, con la procreación como su objetivo principal (artículo 4). Por lo tanto, la reforma al artículo 146 del Código Civil violaría la Constitución, pues modifica este modelo de familia ideal. En suma, de acuerdo con la Procuraduría General, la diferencia de trato entre el matrimonio homosexual y heterosexual era solo una cuestión de «adecuación» de la ley *ya vigente* al caso concreto.

La Corte sostuvo que la protección de la familia es un deber del Estado y que el concepto de «familia» debe incluir la variedad de estructuras familiares existentes en la sociedad en la actualidad. Por lo tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no es contrario al artículo 4 de la Constitución (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010). Según el máximo órgano de justicia, la procreación natural ya no es esencial a la idea del matrimonio, ya que hoy en día las familias se basan, en primer lugar, en el afecto, el cuidado mutuo y el compromiso. Este argumento fue apoyado por numerosos estudios sociológicos y psicológicos realizados por prestigiosas instituciones de investigación en México.

Además, la Corte consideró la reforma legal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo constitucional sobre la base del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, consagrados en el artículo 1 de la Constitución (que también prevé la prohibición de discriminación). Para la Corte, el Estado debe proteger no solo los derechos individuales de los homosexuales, sino también su derecho a casarse con una persona del mismo sexo si así lo desea. De conformidad con el artículo 121.IV de la Constitución, la Corte también dictaminó

que todos las partes integrantes de la Federación (entidades federativas) deben reconocer la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en la Ciudad de México, independientemente de si se permiten o no legalmente los matrimonios homosexuales en su legislación local (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010).

III.2.4. Seguridad social y derechos sociales para parejas del mismo sexo
Las parejas del mismo sexo se han enfrentado a muchas dificultades en lo que respecta a la seguridad social. Desde un punto de vista jurídico, el primer matrimonio contraído en México bajo la reforma legal en la Ciudad de México (marzo de 2010) es particularmente digno de mención. En este caso, una de las personas que formaban la pareja solicitó la inscripción de su cónyuge como beneficiario de determinadas prestaciones de la seguridad social. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), sin embargo, negó los beneficios a la pareja el 2 de agosto de 2010 sobre la base de una interpretación estricta y reductiva de la legislación aplicable (la Ley del IMSS), la cual dispone que un solicitante solo puede designar como beneficiario a una persona del sexo opuesto. Ante esta discriminación por orientación sexual, la pareja presentó una demanda de amparo (acción judicial para la protección de los derechos fundamentales). El tribunal competente para el caso en el asunto 590/2011-3 fue el juzgado Cuarto de Distrito en Materia Laboral del IV Distrito, quien concedió el amparo.

Posteriormente, desde el punto de vista no jurisdiccional pero sí de indudable valor interpretativo, se produjo la resolución de la CONAPRED sobre la constante discriminación de las instituciones de seguridad social hacia las parejas del mismo sexo (2011). En esta resolución se resalta la evidente discriminación que tiene lugar al no permitir que parejas del mismo sexo puedan afiliarse a sus parejas para recibir asistencia sanitaria o tener otros derechos sociales inherentes a la seguridad social. Esta resolución se produjo, incluso, después de ya tener pendientes de resolver cinco reclamaciones previas en el mismo sentido contra el IMSS y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE), según las cuales la discriminación basada en la preferencia sexual es contraria también al artículo 1 de la Constitución. La presente resolución, tan importante, tuvo por objeto reconocer y garantizar el derecho a la seguridad social para las parejas del mismo sexo, sobre la base del deber de proteger a la familia en su sentido más amplio y en atención a la reforma constitucional en materia de derechos humanos (CONAPRED, 2011). Los tribunales administrativos de primera instancia habían negado en reiteradas ocasiones los beneficios a las parejas del mismo sexo sobre la base de una interpretación estricta de la ley, violando así el derecho a recibir prestaciones de la seguridad social incluso cuando ya tenían un matrimonio o unión legalmente

147

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA
LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

constituidos. Todos estos son ejemplos de los problemas jurídicos que las parejas del mismo sexo pueden enfrentar incluso cuando su relación ya ha sido reconocida (no sin antes luchar judicialmente) como un matrimonio con todos los efectos legales correspondientes.

Como consecuencia de las constantes batallas judiciales, así como de las resoluciones de la Corte y de otros tribunales y organismos no jurisdiccionales como la CONAPRED, la respuesta legislativa no se hizo esperar. El 30 de abril de 2012, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley para modificar las normas y reglamentos del ISSSTE y del IMSS³, con el fin de conceder a todas las parejas del mismo sexo en una unión civil, matrimonio o pareja de hecho el derecho a la seguridad social en las mismas condiciones que las parejas de diferente sexo.

IV. COSTA RICA. DECISIONES JUDICIALES AL RESPECTO

Ni las uniones civiles ni los matrimonios entre personas del mismo sexo están permitidas legalmente en Costa Rica. Como en la mayoría de países de América Latina, la legislación sobre el matrimonio y las uniones civiles solo cubre las relaciones heterosexuales. De acuerdo con el artículo 11 del Código de Familia, los objetivos del matrimonio incluyen la convivencia, la cooperación y la asistencia mutua. Por otra parte, el artículo 14 (6) del mismo Código establece expresamente que el matrimonio entre personas del mismo sexo es jurídicamente imposible. Por último, el artículo 242 establece que la unión de hecho solo es posible y factible entre un hombre y una mujer que tienen capacidad legal para contraer matrimonio (véase Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973). Esta definición del matrimonio y sus efectos, así como la exclusión explícita de las parejas del mismo sexo de su protección jurídica, han dado lugar a una serie de decisiones judiciales interesantes.

La batalla por el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio o a unirse civilmente para generar derechos se ha ventilado en los tribunales. Una primera batalla fue librada ante la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia el 29 de julio de 2003. Los principales motivos alegados en la solicitud fueron la discriminación por orientación sexual, derivada del hecho de que el artículo 14 (6) del Código de Familia prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo; y una violación del principio de autonomía consagrado en el artículo 28 de la Constitución. El caso fue remitido a la Corte Suprema por un tribunal de familia, en el cual se plantearon cuestiones constitucionales.

3 El proyecto fue aprobado con 252 votos a favor, 80 en contra y 15 abstenciones.

149

Así, la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2006. El criterio de la Sala estuvo dividido (3 votos contra 2) en torno al artículo 14 (6) del Código de Familia, pronunciándose en el sentido de su constitucionalidad, sobre la base de que no había violación del principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución) o del de autonomía (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2006). La Sala sostuvo que las uniones de homosexuales no podían ser tratadas de igual manera que las uniones de heterosexuales, y que no había violación del principio de libertad consagrado en el artículo 28 de la Constitución. Para apoyar su posición, la Corte dio una interpretación del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención reconoce los derechos de los hombres y las mujeres a contraer matrimonio y a fundar una familia. Los jueces sostuvieron que, si la Convención hubiera querido incluir el matrimonio entre homosexuales, habría utilizado el término «persona», como lo hizo en otras disposiciones —por ejemplo, en los artículos 2, 3, 5, 8 y 10—, y que lo mismo podía decirse del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin negar una cierta desigualdad de trato en el acceso al matrimonio, la Sala Constitucional dictaminó que correspondía al legislador ordinario resolver el problema de una posible discriminación. En lugar de declarar inconstitucional la disposición impugnada, la Corte reconoció que hay una diferencia en el tratamiento de los heterosexuales y los homosexuales, pero que esta debía ser resuelta exclusivamente por el Poder Legislativo.

La Corte no indicó que los matrimonios del mismo sexo o las uniones civiles debían ser tratados de modo exactamente igual que los matrimonios heterosexuales, sino que simplemente sostuvo que la legislatura debía remediar, de haberlas, cualquier regulación inapropiada o falta de regulación (es decir, un vacío legislativo). Este pronunciamiento de la Corte es, sin embargo, un llamado a que el aparato legislativo regule las uniones civiles y/o los matrimonios entre personas del mismo sexo. La Corte también hacía un llamado a la regulación jurídica para reducir o eliminar las diferencias y discriminaciones hacia las parejas de personas del mismo sexo. Para abril de 2013 no existe aún la posibilidad, aprobada por ley, de la unión civil o el matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica, aunque existen proyectos de ley en discusión sobre el particular.

Por otro lado, la legislación vigente relativa a las uniones civiles también fue objeto de debate judicial. En el año 2003 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código de Familia, que solo reconocía las relaciones heterosexuales (Avalos, 2009).

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

El argumento principal fue la exclusión indirecta de las parejas del mismo sexo del derecho a formar una familia y a recibir asistencia sanitaria, así como a poder gozar de una pensión, así como de otros derechos sociales derivados de las uniones civiles. La Corte rechazó el recurso debido a una falta formal en el procedimiento (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009), ya que no había asunto pendiente ante un tribunal inferior que requiriese una sentencia sobre el fondo.

Otro caso histórico sobre los derechos sociales de las parejas del mismo sexo se presentó con la objeción de inconstitucionalidad presentada en febrero de 2008 contra el decreto 33876-J sobre el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario Nacional, cuyo artículo 66 define la «visita conyugal» como el derecho del detenido a contacto privado con otra persona de su elección siempre y cuando fuera del sexo opuesto. En otras palabras, las visitas conyugales están permitidas solo en el caso de una relación con personas de diferente sexo, es decir, entre un hombre y una mujer, lo que constituía una discriminación contra las parejas del mismo sexo. El caso llegó a la Sala Constitucional a través de un recurso de revisión judicial que había sido precedido por una orden judicial. El 13 de octubre de 2011, la Corte resolvió por votación de 4-3 que la alusión al sexo opuesto era inconstitucional, en la medida en que violaba el principio de igualdad, la prohibición de la discriminación y el principio de dignidad humana (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2011). Asimismo, la Corte agregó que la legislación impugnada violaba el derecho a la intimidad y la libertad sexual, ya que se hacía una distinción arbitraria e irrazonable entre homosexuales y heterosexuales. Este es el primer juicio en Costa Rica en favor de parejas del mismo sexo y sus derechos.

Por último, debemos mencionar otro juicio en 2010 que involucraba a parejas del mismo sexo. En esta ocasión se reclamaba una acción de revisión judicial con motivo de una denegación de prestaciones en materia de seguridad social a una pareja de personas del mismo sexo. En particular, los demandantes alegaron que el artículo 10 del Reglamento de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) era inconstitucional, sobre la base de que se violaba el principio de igualdad (según el artículo 10 de la CCSS, solo las parejas de distinto sexo pueden registrarse el Fondo). El máximo tribunal dictó sentencia el 2 de mayo de 2012, concluyendo que la negativa a conceder a las parejas del mismo sexo los beneficios de la seguridad social de que disfrutaban las parejas heterosexuales no violaba el principio de igualdad. Esta decisión sigue la tendencia iniciada con la sentencia 7262-06 de 2006, la cual excluía a las parejas del mismo sexo del matrimonio, y confirma la línea conservadora que existe en Costa Rica sobre la apertura a los derechos de matrimonio y uniones civiles para homosexuales.

V. COLOMBIA. MARCO JURÍDICO Y POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En Colombia, según el artículo 113 del Código Civil, el matrimonio es «un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente» (1887). La legislación escrita actual es, pues, bastante clara sobre el matrimonio y sobre su configuración entre un hombre y una mujer. Sin embargo, en los últimos años una serie de decisiones judiciales, en especial de la Corte Constitucional, podrían cambiar la situación actual.

La Corte Constitucional revisó la ley 54 de 1990 en el asunto 098/96, concluyendo que dar protección especial a las parejas heterosexuales no constituía una discriminación contra las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, 1996). Según la Corte, una distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales está plenamente justificada, por la siguiente razón: en la medida en que representan una forma de familia, las parejas de hecho heterosexuales están reconocidas por la ley con el fin de garantizar la «plena protección de la familia» y, en particular, que hombres y mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones (artículos 42 y 43 de la Constitución Política de Colombia), lo que claramente no puede aplicarse a las parejas homosexuales. Por otra parte, la sentencia establece que, a pesar de que la estructura de la familia (también en forma de una pareja de hecho) no incluye necesariamente a los niños, se puede suponer razonablemente que la procreación es uno de los propósitos tradicionales del matrimonio. Como consecuencia, la protección especial se justifica aun más por la necesidad de proteger los derechos patrimoniales de los niños nacidos en los matrimonios heterosexuales. En resumen, según la Corte, había un vacío en la ley con respecto a las parejas del mismo sexo, lo que no constituye en sí una discriminación. La Corte observa, sin embargo, que esta omisión legislativa debe remediarse en el futuro, con el fin de garantizar que los homosexuales estén protegidos.

En 2007, la Corte adoptó una posición diferente y más proteccionista. Por primera vez se le da cobertura jurídica a las parejas del mismo sexo por vía judicial en Colombia. En efecto, este resultado se presentó por la revisión de la constitucionalidad de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005 (Corte Constitucional, 2007a). En la sentencia, la cual declaró la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, se concluyó que la protección prevista por la ley para las parejas heterosexuales debe aplicarse también a las parejas homosexuales. A partir de esta sentencia, las parejas del mismo sexo pueden decidir compartir legalmente sus vidas y propiedades, de modo que, si uno de ellos muere, la pareja sobreviviente tiene derecho a su parte de la propiedad compartida. Más adelante, en otra sentencia del Corte Constitucional (811/07), se determinó que las parejas del mismo sexo, al igual que las parejas heterosexuales, tienen

151

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

derecho a beneficiarse de los sistemas de seguridad social, incluidas las pensiones de viudez, siempre que hayan convivido en una relación estable por lo menos dos años (Corte Constitucional, 2007b). Para acreditar esta situación de hecho, las parejas deberán acudir a un notario para certificarla y poder exigir los derechos inherentes a las parejas heterosexuales. En su sentencia 029/2009, la Corte Constitucional reafirmó la línea jurisprudencial según la cual la Constitución prohíbe todas las formas de discriminación basadas en la orientación sexual (2009). También sostuvo que hay diferencias sustanciales entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, diferencias que justifican un tratamiento distinto por la legislatura. Por lo tanto, cualquier disposición legislativa que refleje esta distinción no es, en sí misma, inconstitucional. A pesar de que no especificó qué diferencias de trato no son discriminatorias, la Corte sostuvo que el Congreso tiene la responsabilidad de definir las medidas necesarias para dar protección especial a los grupos minoritarios o marginados, como las parejas del mismo sexo.

En suma, según la Corte, hay diferencias en la forma en que la ley trata a las parejas del mismo sexo y a las parejas de diferente sexo, lo que podría constituir una discriminación, pero estas diferencias de trato son constitucionalmente admisibles si, y solo si, obedecen al principio de razonabilidad. Por lo tanto, hay que examinar las circunstancias específicas de cada caso a fin de determinar si la diferencia de trato prevista por una disposición específica es discriminatoria (y por tanto contraria a la Constitución), o si se cumple con el principio democrático de la igualdad. Este enfoque fue un paso muy importante hacia el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las parejas del mismo sexo, incluidos la nacionalidad, los permisos de residencia, la protección de la propiedad y los beneficios de la seguridad social.

A partir de esta decisión, según la Corte, se amplía la interpretación favorable y se incluye a las parejas del mismo sexo como titulares de derechos que anteriormente les estaban negados. Se pretende que, así, sean equiparadas a las parejas heterosexuales en condiciones de igualdad. Este cambio en la interpretación significa que las parejas del mismo sexo podrán gozar de iguales derechos en cuanto a lo siguiente: (1) la propiedad real donde radicó una pareja del mismo sexo puede declararse como «morada de la familia» y no puede ser embargada; (2) pensión alimenticia; (3) la custodia legal; (4) los derechos de para adquirir la nacionalidad colombiana; (5) el derecho a no declarar contra la pareja del mismo sexo; (6) las circunstancias agravantes cuando la víctima es la pareja del mismo sexo; (7) el que se incluya como posibles autores de los delitos de malversación y despilfarro de los bienes de la familia, la violencia doméstica y amenazas a testigos, cuando la víctima es una pareja del mismo sexo; (8) el derecho a la justicia y la reparación

para las víctimas de crímenes atroces (la definición de «víctima» ahora incluye a parejas del mismo sexo); (9) el derecho a reclamar y recibir el cadáver; (10) el derecho a conocer las medidas adoptadas para la búsqueda de la persona desaparecida; (11) el derecho a la reagrupación familiar de las personas desplazadas; (12) las medidas de protección civil para las víctimas de crímenes atroces; (13) las prestaciones de los planes de jubilación y de salud para los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; (14) la elegibilidad para los beneficios del gobierno en los programas de salud y educación; (15) la elegibilidad para los beneficios del gobierno para la vivienda familiar; (16) el acceso a la propiedad de la tierra, también en nombre de ambos cónyuges; (17) la compensación por muerte en caso de un accidente de tráfico (Corte Constitucional, 2009). No solo se han concedido a parejas (de hecho) del mismo sexo, los mismos derechos que a los heterosexuales, sino que la Corte ha establecido también las mismas obligaciones entre las que están: la alimentación, el mantenimiento y otras obligaciones familiares, aunque definitivamente estas no son en la actualidad totalmente equiparables con las obligaciones derivadas del matrimonio.

Más adelante, en el año de 2010, la Corte dictó otra sentencia relativa a los derechos económicos y sobre la pensión de viudez cuyo goce es también prerrogativa de las parejas formadas por personas del mismo sexo (Corte Constitucional, 2010). Este asunto es particularmente importante, ya que establece que, con el fin de ser elegible para las pensiones de viudedad, las parejas del mismo sexo no están obligadas expresamente a presentar una declaración notariada como prueba del hecho de que han vivido juntos durante al menos dos años. De esta manera, la Corte extendió la protección legal a las parejas del mismo sexo y reconoció su derecho a un debido proceso en los procedimientos administrativos. En definitiva, se utiliza el principio de interpretación favorable para garantizar la mayor protección para todos los seres humanos, incluyendo las parejas formadas por personas del mismo sexo, contribuyendo así a eliminar la discriminación, aunque solo por vía judicial.

Posteriormente, en 2011, la Corte Constitucional dio tres pasos importantes hacia adelante en la lucha por los derechos de las parejas del mismo sexo (2011a, 2011b, 2011c). En primer lugar, se estableció que todas las disposiciones legales del Código Civil relativas a la herencia aplicables a las parejas de hecho heterosexuales deben aplicarse también a las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo (2011a). Esto se basó en una interpretación más amplia, aunque todavía en el marco de sus competencias, lo que significa que la Corte no interfiere con el trabajo de los legisladores, los cuales disfrutan de la legitimidad democrática. Por primera vez, sin embargo, la Corte instó a los legisladores a tomar medidas y regular la situación de las parejas del

153

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICALEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

mismo sexo (2011b). Poco tiempo después de esta sentencia, se emitió un comunicado especial pidiendo al Congreso que se apruebe una legislación sobre los efectos de las uniones del mismo sexo. Además, la Corte examinó el artículo 113 del Código Civil, el cual restringe el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer con el propósito de la procreación y la formación de una familia (2011b). La Corte afirmó que no podía cambiar la definición del matrimonio consagrado en el Código Civil, ni el que la procreación sea concebida como un elemento esencial del matrimonio, ni siquiera modificar la expresión «un hombre y una mujer» en las leyes especiales sobre violencia doméstica y protección de la familia (Congreso de Colombia, 1996; 2009), las cuales desarrollan el artículo 42 de la Constitución sobre protección de la familia, en el que se define al matrimonio entre un hombre y una mujer. En la misma decisión, la Corte Constitucional insta al Congreso para que se legisle para proteger a las parejas del mismo sexo que están en posición de desventaja con la legislación vigente (2011b). Además, la Corte fue más allá y estableció una fecha límite para que el Congreso actúe en consecuencia (20 de junio de 2013). Decidió, asimismo, que si el Congreso no legisla en la materia autorizando por vía legal las parejas del mismo sexo, estas podrían acudir a un notario para que este certifique sus relaciones, convirtiéndose en una pareja con todos los efectos legales que se atribuyen a las parejas heterosexuales (2011b).

De acuerdo con otra importante sentencia dictada por la Corte Constitucional en 2011, se resuelve que negar a sobrevivientes de parejas del mismo sexo los beneficios de la seguridad social a causa de su orientación sexual viola numerosos derechos fundamentales. Entre estos derechos se encuentran el de igualdad, el de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la seguridad social (2011d). En otro asunto, la Corte allanó el camino para que personas que han sobrevivido en una relación con personas del mismo sexo puedan recibir una pensión (2008). En cuanto a la cuestión de la adopción, la jurisprudencia sobre este asunto se remonta a 2001, cuando la Corte Constitucional declaró categóricamente que las parejas del mismo sexo no tienen derecho a adoptar niños (2001). La Corte justificó su posición sobre la base de que, ya que hay diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, las disposiciones relativas a la adopción contenidas en el Código del Menor están destinadas a las parejas heterosexuales y no se aplican a las parejas del mismo sexo y ello no es en sí discriminatorio (véase Código del Menor, 1989, artículos 89 y 90). La Corte señaló que había un vacío en la ley respectiva que podría ser indirectamente discriminatorio. Sin embargo, sostuvo que la omisión legislativa no era inconstitucional en razón de que la ley refleja las demandas de la sociedad, la cual en 2001 todavía concebía a la familia como monógama y heterosexual, de conformidad con el artículo 42 de la Constitución.

VI. BRASIL

Al igual que otros países latinoamericanos como México y Argentina, Brasil cuenta con un sistema de gobierno federal que otorga a las entidades federativas (territorios que integran el país) considerable autonomía legislativa, a veces llamada soberanía. El tema de las uniones civiles y de los matrimonios de personas del mismo sexo se ha abordado primero a nivel local y, luego, a nivel federal, principalmente a través de importantes juicios y litigios ante los tribunales de justicia. La idea de familia es ahora más amplia e incluye a las personas gays y lesbianas que han contribuido a la creación, formación y consolidación de la familia y, por lo tanto, tienen y deben tener el derecho a la protección de los derechos económicos y sociales inherentes a la familia. La legislación brasileña siempre ha tratado de impedir la discriminación basada en la orientación sexual y esto ha allanado el camino para que las parejas del mismo sexo puedan unirse civilmente y adoptar, aunque esto ha sido posible gracias a la intervención de los tribunales. En el caso de la legislación vigente, debemos destacar lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de 1988, la cual establece que el Estado debe brindar protección especial a la familia. Por otra parte, el párrafo 3 especifica que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, cuya unión se reconoce como una entidad familiar. A pesar de que esta caracterización temprana de la familia no ha hecho que sea fácil para las parejas del mismo sexo el camino hacia el objetivo del reconocimiento de sus uniones civiles o matrimonios, ello no ha sido obstáculo para que la lucha ante los tribunales por sus derechos siga vigente hoy más que nunca. De hecho, hay algunas razones ya en la actualidad para considerar que la propia legislación vigente, junto con la jurisprudencia y criterios de los tribunales, es lo suficientemente amplia como para comprender dentro del concepto actual y vigente de la familia la posibilidad de las parejas del mismo sexo y su consideración como familias (De Oliveira Nusdeo & De Salles, 2009, p. 5).

Como ya se ha afirmado antes, en Brasil los derechos de los homosexuales han sido gradualmente reconocidos, principalmente con el apoyo de los tribunales, los cuales han interpretado la legislación existente a fin de lograr la plena igualdad para las parejas del mismo sexo. Un paso importante fue tomado en 1989, cuando el Tribunal Superior de Justicia reconoció las uniones del mismo sexo como parejas de hecho (*Sociedade de fato*) (Tribunal Superior de Justicia, 2006). El Tribunal dictaminó que la unión entre dos personas del mismo sexo constituía una asociación de hecho que garantizaba la división equitativa de la propiedad debido a la notable evidencia de una corresponsabilidad en los esfuerzos económicos comunes hacia la adquisición de esa propiedad. Desde el punto de vista

155

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICALEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

constitucional, esta sociedad de facto o asociación civil de personas del mismo sexo ha permanecido prácticamente sin cambios durante todos estos años.

Desde 1995, el debate se ha centrado sobre todo en la protección de la propiedad y la herencia. Un paso importante en este sentido se presentó el 10 de febrero de 1998, cuando el Tribunal Superior Justicia (TSJ) dictaminó que la legislación vigente concede el acceso a los derechos de propiedad a las parejas del mismo sexo. De esta manera, el STJ sentó un precedente para los tribunales inferiores. En 2008, la Oficina del Estado de Río de Janeiro de la Fiscalía interpuso un recurso ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, alegando que las parejas del mismo sexo en una relación estable tenían derecho a registrar sus uniones ante un notario. Una acción legal similar fue presentada en 2009 por la Oficina del Procurador General. Estas demandas dieron al Tribunal la oportunidad de establecer que las parejas del mismo sexo que pudieran demostrar que estaban viviendo en una unión estable tenían los mismos derechos que las parejas heterosexuales. En 2006, a dos mujeres que vivieron juntas en una relación de larga duración se les negó el registro de su unión civil, en primer lugar en una notaría en Río Grande del Sur y luego en un tribunal estatal de primera instancia. El caso fue remitido luego al Tribunal Superior de Justicia, el cual dictó su decisión el 25 de octubre de 2011. Los jueces encontraron que los homosexuales carecían de protección jurídica (Tribunal Superior de Justicia, 2011b) y que el Código Civil no prohibía expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo (véanse los artículos 1514, 1521, 1523, 1535 y 1565 en la versión del año 2002). Por lo tanto, la Corte dictaminó que todas las parejas del mismo sexo tienen derecho a casarse y a adoptar niños. De esta manera, el Tribunal confirmó su jurisprudencia anterior, según la cual el Estado debe proteger a todas las familias, tanto a las formadas por parejas heterosexuales como a aquellas formadas por parejas homosexuales, de conformidad con el principio constitucional del pluralismo y de plena igualdad.

En su sentencia del 21 de junio de 2011, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil declaró que nada en la Constitución prohibía expresamente la posibilidad de las uniones civiles entre personas del mismo sexo (2011a) y que una interpretación restrictiva del artículo 226 (3) sería violatoria del principio de igualdad y no discriminación, confirmando su posición de que los homosexuales tienen la misma dignidad humana que las parejas heterosexuales. En marzo de 2013, el Departamento de Administración de Justicia de Ceará dictó una orden administrativa que autoriza a los notarios a formalizar las uniones del mismo sexo y, con ello, convertirlas en matrimonio (Corregedoria Geral de Justiça, 2013).

Con respecto a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, hay que señalar que, a pesar de que varios jueces han dictado sentencias favorables en este sentido, las leyes brasileñas no permiten específicamente a los homosexuales el derecho de adopción. El artículo 39 de la ley 8069/90, también conocida como el Estatuto del Niño y del Adolescente, establece que dos personas de diferente sexo que están casadas o en una relación estable tendrán derecho a la adopción (De Oliveira Nusdeo & De Salles, 2009, p. 8). En 2008, por ejemplo, una mujer que estaba en una relación homosexual estable presentó una solicitud de adopción ante el Tribunal de Menores de Porto Alegre, sin saber que en Brasil era posible solicitar la adopción conjunta. Este ejemplo muestra dos cosas: en primer lugar, que los homosexuales desean tener el derecho de adopción; segundo, que no son conscientes de que la legislación vigente puede interpretarse de tal manera que se extiendan estos derechos a las parejas del mismo sexo.

El 18 de diciembre de 2012, el Tribunal Supremo llegó a una decisión, en otro caso relativo a una pareja del mismo sexo en torno a su derecho a adoptar (Tribunal Superior de Justicia, 2012). El Tribunal autorizó la adopción por los siguientes motivos: el reconocimiento de la plena ciudadanía de los homosexuales; la ausencia de prejuicios en contra de ellos; la clara necesidad de ampliar los derechos de adopción; el interés superior del niño; y la falta de pertinencia de la orientación sexual para determinar la calidad de la crianza.

Aunque, de acuerdo a los tribunales, el matrimonio entre personas del mismo sexo estaría permitido en todo el país, lo cierto es que hay muchos otros derechos humanos de naturaleza social que todavía se les niegan. Por esta razón, en mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia, de acuerdo con sus competencias y sobre la base de la jurisprudencia anterior, emitió una resolución ordenando a todas las autoridades civiles celebrar los matrimonios entre personas del mismo sexo y, de ser así solicitado por una pareja, convertir su unión civil en matrimonio (Consejo Nacional de Justicia, 2013). Además, si un juez u otra autoridad se negasen a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, la negativa deberá ser reportada inmediatamente a un juez especial, el cual tomará todas las medidas necesarias. Con esta sentencia, Brasil se convertiría en el tercer país de América Latina en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito federal.

VII. CHILE

En Chile, el Código Civil es contundente al no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, el artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer (Código Civil, 1855). Varios proyectos de ley sobre el matrimonio

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

gay y las uniones de hecho fueron introducidos por iniciativa de los activistas que luchan por los derechos de las minorías discriminadas y por la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Algunos de estos proyectos no han sido aprobados debido a la oposición de los conservadores, que son un grupo mayoritario en Chile y que en buena medida representan el sentir generalizado de la población en el país americano. Por otra parte, los proyectos de ley e iniciativas legislativas en este sentido han sido criticadas como potencialmente violatorias de los derechos de los niños, así como de otros principios legales y constitucionales (Universidad Austral, 2010). La relativa hostilidad de la sociedad chilena se refleja también en el enfoque conservador y la poca reacción de los tribunales sobre el particular.

VII.1. El Tribunal Constitucional rechaza el matrimonio homosexual

En 2010, tres parejas del mismo sexo acuden al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie sobre un caso de posible violación al derecho de igualdad. En el caso se reclamaba una decisión del Registro Civil de Santiago de Chile mediante la cual se había negado el reconocimiento como matrimonio a dos parejas que lo habían solicitado y el permiso para casarse a otra pareja (Tribunal Constitucional, 2011). Las dos primeras parejas habían contraído matrimonio en el extranjero: una de ellas en Argentina, que había legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2009, y la otra en Canadá, que lo había hecho en 2005. El Registro Civil rechazó la solicitud con el argumento de que el artículo 102 del Código Civil establece claramente que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer. Además, se solicitaba que los funcionarios públicos y autoridades reconocieran los matrimonios celebrados en el extranjero mediante leyes válidas en esos países, ya que eso no era contrario a la legislación vigente en Chile.

La principal cuestión que tuvo que decidir el Tribunal Constitucional era si la regulación del matrimonio civil era contraria al artículo 19 (2) de la Constitución, el cual garantiza el derecho a la igualdad. Sin embargo, sin abordar la cuestión de fondo, el Tribunal decidió (en una votación 9-1) que el artículo 102 del Código Civil —el cual define el matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer— no era inconstitucional. Así, la sentencia de Tribunal, aunque dejó sin resolver una cuestión que sin duda se planteará de nuevo en un futuro próximo, sí expresó algunos puntos importantes que debemos destacar sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, el único juez que votó en contra de la decisión, Vodanovic, sostuvo que si a los homosexuales se les niega el acceso al matrimonio, esto significa que se les niega también la dignidad humana y, por lo tanto, se viola el principio consagrado en la Constitución relativo la igualdad. A pesar de que la

Corte no se pronunció sobre si la regulación del matrimonio civil viola o no el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, algunas observaciones hechas por los jueces nos ayudan a comprender que al Tribunal Constitucional no le corresponde, según él mismo, legislar en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo. Es evidente que esta posición deja abierta la discusión sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y sus derechos sociales en Chile, lo que sigue hasta la fecha causando un gran debate.

VII.2. Falta de protección a nivel nacional: el caso Atala Riffo

En este importante caso, el demandante era una juez chilena, la señora Karen Atala Riffo. En 2002, ella y su esposo decidieron poner fin a su matrimonio a través de una separación de hecho y establecieron de común acuerdo que la señora Atala mantendría el cuidado y la custodia de sus tres hijas. Sin embargo, cuando la nueva compañera sentimental de la señora Atala (una mujer) comenzó a vivir con ella y las tres chicas, su exmarido reclamó la custodia, alegando que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo podrían causar daños irreversibles a sus hijas y esto las ponía en peligro.

El 14 de enero de 2003, el padre de las tres niñas presentó una demanda por la custodia en el Juzgado de Menores de Villarrica. Este juzgado le concedió la custodia provisional de las niñas el 2 de mayo de 2003, regulando también las visitas de la madre. La decisión se basó en la orientación sexual de la señora Atala y sus posibles consecuencias sobre sus hijas. El Tribunal mantuvo que la convivencia de la madre con su pareja era contraria a los mejores intereses de las niñas. Posteriormente (29 de octubre de 2003), el Tribunal concedió la custodia permanente de las tres niñas al padre. En la decisión final sobre el fondo, el juez concluyó que la orientación sexual no fue un impedimento para la realización de la maternidad responsable, que la homosexualidad no es una manifestación de una conducta patológica, y que no había evidencia concreta demostrada de que la presencia de la pareja femenina de la madre en el hogar fuera perjudicial para el bienestar físico y psicológico de las niñas. La custodia se otorgó, así, a la madre, y el Tribunal de Menores ordenó que las niñas fueran entregadas inmediatamente a su madre. Sin embargo, el padre de las niñas ya había apelado ante un tribunal superior, solicitando que el caso sea revisado sobre el fondo. Después de la primera concesión de la custodia temporal al padre el 24 de noviembre de 2003, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó las conclusiones del Tribunal de Menores y concedió la custodia permanente y definitiva a la madre.

159

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICALEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

Más tarde, el 5 de abril de 2004, el padre de las niñas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de la Corte de Apelaciones de Temuco. En ese recurso se pidió que las niñas permanezcan a cargo, de forma provisional, del padre, y la Corte Suprema accedió a dicha petición. El 31 de mayo de 2004, la Corte dictó su sentencia definitiva, negando la custodia de sus hijas a la señora Atala debido a su relación sentimental estable con otra mujer, aunque ello constituyera una discriminación por orientación sexual. En una decisión dividida 3-2, la Corte concedió la custodia permanente al padre.

En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el caso y determinó que el Estado chileno había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos por permitir la discriminación por orientación sexual. Este asunto, de gran relevancia a nivel mundial, no es tratado en este trabajo, debido al enfoque eminentemente nacional que se le ha dado al mismo, siguiendo el objetivo de conocer la perspectiva constitucional nacional de las parejas del mismo sexo y su comprensión.

VIII. URUGUAY

El matrimonio homosexual es legal en Uruguay desde el 10 de abril de 2013. Sin embargo, antes de esta fecha y debido a la falta de una legislación específica, se libró una feroz batalla legal por el reconocimiento de los matrimonios de personas del mismo sexo y de todos sus derechos sociales. El 5 de junio de 2012, el Juzgado Letrado de Familia de Montevideo resolvió el primer juicio importante en la materia (1940/2012). Un uruguayo y un nacional español que habían contraído matrimonio en España en 2010 buscaron una resolución declarativa sobre el reconocimiento de su matrimonio en Uruguay (España legalizó el matrimonio homosexual desde el año 2005). Debido a la falta de una legislación a nivel nacional, el Tribunal pronunció una sentencia declaratoria de conformidad con el artículo 11 (3) del Código General del Proceso (Juzgado Letrado de Familia XXVIII, 2012). Desde el punto de vista del derecho internacional privado, el Tribunal aceptó el reconocimiento de una relación jurídica válidamente establecida en un Estado extranjero. En ese sentido, el Tribunal declaró que el matrimonio era válido en Uruguay para todos los efectos de ley, de conformidad con los artículos 2 y 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (formulada en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979). Este razonamiento se basa también en el derecho a un debido proceso en su sentido más amplio, es decir, incluyendo el acceso a la justicia y la protección judicial efectiva garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8), de la que Uruguay es parte desde 1985. En el

análisis judicial de la validez del matrimonio legalmente celebrado en el extranjero, el Tribunal de Montevideo aplicó las leyes civiles nacionales (no existe un tratado internacional *ad hoc* entre Uruguay y España). En particular, el Tribunal se refirió al artículo 2395 del Código Civil de Uruguay, el cual establece que la ley del Estado de la celebración del acto jurídico regula su validez en todos los espacios geográficos. En ese sentido, la ley del Estado extranjero autoriza a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y, por lo tanto, debe tener validez en Uruguay.

En este asunto de gran relevancia se aplicaron argumentos de derecho internacional de los derechos humanos y de derecho interno. El Tribunal también rechazó el argumento de la Fiscalía que había propuesto la excepción de orden público en el derecho internacional privado. Además, el Tribunal sostuvo que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España no violaba principios constitucionales, señalando, por ejemplo, que la heterosexualidad en el matrimonio ya no podía ser considerada como un principio de la política pública internacional en Uruguay, sobre todo después de la entrada en vigor de la ley 18.246 de 2008 sobre las uniones civiles y la ley 18.620 de 2009 sobre la identidad de género. Desde la perspectiva del tribunal, y de acuerdo a la teoría jurídica, el concepto de orden público internacional debe ser restrictivo para garantizar la aplicación y el cumplimiento del derecho internacional. Más concretamente, el Tribunal declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo es posible en el marco del derecho uruguayo vigente, aunque no esté explícitamente permitido. Esto es posible mediante una interpretación de la ley 18.620 sobre la identidad de género (la cual permite que el sexo biológico de una persona sea diferente a la identidad de género reconocida en documentos oficiales).

Por las razones expuestas, el Tribunal de Montevideo sentenció que el matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España es válido en Uruguay para todos los efectos de ley. Así, por primera vez en la historia, un tribunal uruguayo reconoce el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Este juicio amplía la posibilidad de que las parejas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio mediante leyes extranjeras en países donde se permita esta unión sean reconocidas como tales en las leyes nacionales vigentes en Uruguay. Al mismo tiempo, de la sentencia se desprende una llamada de atención en torno a la necesidad de una legislación específica sobre la materia, con miras a evitar posibles discriminaciones por omisión legislativa. Decisiones judiciales como esta y otras más han impulsado la acción legislativa, la cual finalmente ha permitido la aceptación por vía legal del matrimonio entre personas del mismo sexo en Uruguay. Por ejemplo, se pueden mencionar un proyecto de ley sobre «matrimonio igualitario» presentado por el

161

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA
LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

Ministerio de Educación y Cultura, además de un proyecto similar que ya fue aprobado en el Congreso. Este proyecto de ley permitiría a las parejas del mismo sexo registrar sus uniones como matrimonios. El proyecto ha sido intensamente debatido hasta que el 26 de diciembre de 2012 fue aprobado por la Cámara de Diputados con 81 votos. El 20 de marzo de 2013 fue aprobado por un comité especial del Senado y, después, el 2 de abril de 2013, totalmente aprobado con una votación de 23-8. Con esta legislación, Uruguay se convertiría en el segundo país de América Latina después de Argentina en aprobar una ley nacional que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.

IX. ARGENTINA

IX.1. Panorama general

En Argentina, como en la mayoría de los países de América Latina, la Constitución de 1994 prevé la protección especial a la familia en su artículo 14 bis donde se expresa la necesidad de la absoluta protección de la familia y sus bienes (Constitución de la Nación Argentina, 1994). Sin embargo, no proporciona una definición de «familia» ni excluye expresamente a las parejas del mismo sexo del cometido de formar una familia. Por lo tanto, la cuestión de si los derechos de los cuales gozan las parejas del mismo sexo son comparables a los que se derivan del matrimonio heterosexual no es tan sencilla y se ha debatido arduamente desde el punto de vista legal y jurisdiccional hasta nuestros días.

Buenos Aires fue la primera ciudad en América Latina en permitir las parejas y los matrimonios de personas del mismo sexo y buena parte de los derechos sociales de los que hoy disfrutan.

IX.2. Decisiones judiciales: principios constitucionales que apoyan el matrimonio homosexual

El 10 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires aceptó el recurso de amparo interpuesto por una pareja del mismo sexo que deseaban casarse (Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009; Cabrales, 2010, pp. 413-414). La pareja impugnó la constitucionalidad del artículo 172 y del artículo 188 del Código Civil de Buenos Aires. Según el Código Civil, el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. El juez consideró que los artículos en cuestión eran inconstitucionales porque violaban el derecho a la igualdad. En una perspectiva de derecho comparado, los argumentos constitucionales para esta decisión judicial son muy interesantes. El razonamiento del Tribunal se basó en el principio de no discriminación que se incluye en el artículo 11 de la Constitución de la

Ciudad de Buenos Aires, el cual prohíbe expresamente la discriminación basada en la orientación sexual.

En efecto, dicho artículo afirma que todas las personas tienen igual dignidad y son iguales ante la ley. Existe un derecho a ser diferente, reconocido y garantizado, sin ningún tipo de discriminación que lleve a la marginación por motivos de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, características físicas, o condición psicofísica, social y económica, o cualquier otra circunstancia que implique diferencia, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad de Buenos Aires promueve, así, la eliminación de los obstáculos a la libertad, la igualdad, o el pleno desarrollo de la persona y promueve la participación efectiva en la vida política, económica y social de la ciudad (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, artículo 11).

El Tribunal sostuvo que, en este caso, hubo un cambio en la carga de la prueba, necesaria para defender la constitucionalidad de una ley que crea diferencias en el tratamiento sobre la base de una «categoría sospechosa» como la orientación sexual. El Estado debe probar las razones para efectuar tales distinciones; las pruebas deben ser suficientes para refutar cualquier presunción fuerte de inconstitucionalidad en relación con la ley que permite las diferencias de trato. El Tribunal determinó, al hacer su examen, aspectos de gran relevancia constitucional, entre los que destaca el siguiente: el estándar de revisión y escrutinio que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual tiene como fin evitar que estas categorías contribuyan a crear o perpetuar el estigma, el desprecio o la inferioridad jurídica de las personas pertenecientes a las minorías sexuales (Cabrales, 2010, pp. 413-414).

El Tribunal añadió que cualquier otra clasificación basada en la orientación sexual no puede dirigirse solo a la identificación que propague la discriminación negativa históricamente sufrida por los homosexuales. Por estas razones, autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo y declaró que el artículo 172 y el artículo 188 del Código Civil eran inconstitucionales. Además, se determinó que el matrimonio podría ser inscrito en el Registro Civil. En respuesta a esta decisión, se presentó ante el Tribunal Civil de Primera Instancia 85 (2009) un recurso de anulación del permiso para celebrar el matrimonio. El 30 de noviembre de 2009, el Tribunal Civil emitió su decisión: la concesión de una medida cautelar especial llamada «innovativa», es decir, una suspensión temporal del permiso para registrar el matrimonio. La suspensión se basa en una interpretación estricta de los requisitos para contraer matrimonio, incluida la orientación sexual, que fue considerada esencial por el Tribunal para considerar la validez o no del matrimonio. En la decisión, también se observó que los demandantes pretenden utilizar a la Corte para reformar el Código Civil, algo que es potestad

163

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

exclusiva del Congreso y de sus miembros como responsables políticos. Por último, aunque se había concedido permiso a la pareja para casarse en Buenos Aires, no podían registrar allí su matrimonio. Ellos tuvieron que trasladarse a la ciudad de Ushuia (Tierra del Fuego), donde fue posible el registro y reconocimiento de su matrimonio. Por tanto, esta ciudad se convirtió en la primera ciudad en América Latina en registrar un matrimonio de dos personas del mismo sexo. Los argumentos constitucionales y legales que se utilizaron en este caso son fácilmente transferibles a otros casos. De hecho, debido en buena medida a esta resolución, finalmente el 22 de julio 2010 se aprobó la nueva ley que autoriza el matrimonio del mismo sexo en todo el país (ley 26.618). Con esta reforma legislativa se otorgan todos los derechos sociales para las personas homosexuales sin ningún tipo de distinción ni discriminación.

X. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1973). Código de Familia. Ley 5476.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal (México) (2006). Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

Ávalos, Ángela (2009). Sala IV estudia acción para legalizar unión de hecho entre personas del mismo sexo. *Diario Nación*, 24 de marzo. Recuperado de http://www.nacion.com/ln_ee/2009/marzo/24/pais1916544.html.

Bustillos, Julio (2011). Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV (132), 1017-1045.

Cabrales Lucio, José Miguel (2010). Argentina – Judges Contest Same Sex Marriage. Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA), Administrative Court, Buenos Aires, exp 34292/0. *Public Law*, pp. 413–414.

Código Civil (Chile) (1855).

Código Civil (Colombia) (1887). Ley 57.

Código Civil (Uruguay) (1868).

Código del Menor (Colombia) (1989). Decreto 2737. 27 de noviembre de 1989.

CONAPRED (2011). Resolución 2/2011. México Distrito Federal, 6 de julio de 2011.

CONAPRED (2012). Informe Anual 2012. <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Informe%20anual%202012%20Asamblea%20Consultiva.pdf>

Congreso de Colombia (1994). Ley 294 por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. 16 de julio de 1996.

Congreso de Colombia (2009). Ley de protección integral a la familia. Ley 1361. 3 de diciembre de 2009.

Consejo Nacional de Justicia (Brasil) (2013). Decisión 174. 14 de mayo de 2013.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996).

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Constitución de la República Federativa del Brasil (1988).

Constitución Política de Colombia (1991).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Corregedoria Geral da Justiça (Brasil). Orden Administrativa 02/2013. 7 de marzo de 2013.

Corte Constitucional (Colombia) (1996). Sentencia C-098/96. Aprobada por acta 14. 7 de marzo de 1996.

Corte Constitucional (Colombia) (2001). Archivo D-3378. Sentencia C-814/2001. 2 de agosto de 2001.

Corte Constitucional (Colombia) (2007a). Sentencia C-075/07. 7 de febrero de 2007.

Corte Constitucional (Colombia) (2007b). Expediente D-6749. Sentencia C-811/07. 3 de octubre de 2007

Corte Constitucional (Colombia) (2008). Archivo D-6947. Sentencia C-336/2008. 16 de abril de 2008.

Corte Constitucional (Colombia) (2009). Expediente D-7290. Sentencia C-029/2009. 29 de enero de 2009.

Corte Constitucional (Colombia) (2010). Archivo T-2.292.035, T-2.299.859, T-2.386.935. Sentencia T-051/10. 2 de febrero de 2010 .

Corte Constitucional (Colombia) (2011a). Archivos D-8112. Sentencia C-283/11. 13 de abril de 2011.

Corte Constitucional (Colombia) (2011b). Archivos D-8367 y D-8376. Sentencia C-577/11. 26 de Julio de 2011.

Corte Constitucional (Colombia) (2011c). Archivos T-3.086.845 y T-3.093.950. Sentencia T-716/11. 22 de setiembre de 2011.

Corte Constitucional (Colombia) (2011d). Archivo T-3.130.633. Sentencia T-860/2011. 15 de noviembre de 2011.

165

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA
LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

De la Madrid, Ricardo Raphael (coord.) (2012). Reporte sobre la discriminación en México 2012. Proceso civil. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Reporte_2012_ProcesoCivil.pdf.

De Oliveira Nusdeo, Ana María & Carlos Alberto de Salles (2009). Adopción por homosexuales: el discurso jurídico. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_NusdeoSalles_Sp_PV.pdf

Juzgado Letrado de Familia XXVIII (Montevideo, Uruguay). Decisión 1940/2012. 5 de junio de 2012.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA). Expediente 34292. 10 de Noviembre de 2009.

Rodríguez,Manuelyotros(2010).AméricaLatina.Ecosdelmatrimonioigualitario. http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&inford=7180&sid=21

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica) (2006). Acción de inconstitucionalidad 7262-06. Voto 8127-03. 23 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica) (2009). Sentencia 2009-8909. 27 de mayo de 2009.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica) (2011). Caso 13800-11. 13 de octubre de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica) (2012). Sentencia 2012-05590. 2 de mayo de 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) (2010). Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. 16 de agosto de 2010.

Tribunal Civil de Primera Instancia 85 (Buenos Aires, Argentina) (2009). Juicio. 30 de noviembre de 2009.

Tribunal Constitucional (Chile). Juicio 1881/2010. 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Superior de Justicia (Brasil) (2006). Apelación especial 648.763—RS (2004/0042337-7). 7 de Diciembre de 2006.

Tribunal Superior de Justicia (Brasil) (2011a). Apelación especial 827.962—RS (2006/0057725-5). 21 junio de 2011.

Tribunal Superior de Justicia (Brasil) (2011b). Apelación especial 1.183.378—RS (2010/0036663-8). 25 de octubre de 2011.

Tribunal Superior de Justicia (Brasil). Apelación Especial 1.281.093—SP (2011/0201685-2). 18 de diciembre de 2012.

Universidad Austral (2010). Informe de estudios científicos y jurídicos. Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo. http://www.aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/Varios/MATRIMONIO_HOMOSEXUAL_Y_ADOPCION_Univ.Austral.pdf

Waldijk, Kees (2011). Same-Sex Partnership, International Protection. En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press. www.mpepil.com.

Recibido: 04/09/2015
Aprobado: 07/10/2015

167

TRANSFORMA-
CIÓN JURÍDICA DE
LA PERSPECTIVA
NACIONAL SOBRE
LAS UNIONES
CIVILES Y EL
MATRIMONIO
ENTRE PERSONAS
DEL MISMO
SEXO EN
LATINOAMÉRICA

LEGAL
TRANSFORMATION
OF THE NATIONAL
PERSPECTIVE ON
CIVIL UNIONS AND
SAME SEX
MARRIAGE IN
LATIN AMERICA

Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores

Separation of powers and constitutional judges: an
approach of corrective roles

EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen: Un enfoque de roles correctores de los jueces en la interpretación constitucional demanda una serie de parámetros que necesariamente deben ser compatibilizados con los principios, valores y directrices que informan los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El presente estudio abarca las dimensiones de esos roles correctores en la pretensión de establecer líneas referenciales sobre la delicada labor de los jueces constitucionales en la defensa de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución. Indaga finalmente, si acaso existe un Estado jurisdiccional y en qué medida el neoconstitucionalismo resulta ser un elemento material relevante en la interpretación de la Carta Fundamental.

Palabras clave: Jueces constitucionales – roles correctores – separación de poderes – interpretación constitucional – Estado jurisdiccional – neoconstitucionalismo

Abstract: An approach of corrective roles of judges within the constitutional interpretation demands a number of parameters that must necessarily be made compatible with the principles, values and guidelines pursuant to contemporary legal systems. This study covers the dimensions of these corrective roles in the attempt to set reference lines on the delicate task of the constitutional judges in the defense of the effective exercise of the fundamental rights and the regulations' primacy of the Constitution. Finally, this study investigates if there is a jurisdictional government and to what extent the neoconstitucionalism turns out to be a relevant matter in the interpretation of the Constitution.

Key words: Constitutional judges – corrective roles – separation of powers – constitutional interpretation – jurisdictional government – neoconstitucionalism

* Doctor en Derecho. Juez superior titular (Lambayeque, Perú). Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente en el área constitucional de la Universidad San Martín de Porres (Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú). Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional: participación en los cursos Procesos de Tutela de Derechos Fundamentales (Montevideo, Uruguay, 2011); La Garantía Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Derecho Constitucional de los Estados (Montevideo, Uruguay, 2010); y La Constitucionalidad de las Leyes (Cádiz, España, 2009). Becario del curso de Derechos Humanos en la Washington College of Law de la American University (Washington D.C., Estados Unidos, 2009). Correo electrónico: estudiofg@yahoo.com. Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional «Desafíos constitucionales: locales y globales» (Oslo, Noruega, 16- 20 de junio de 2014. *Workshop: The mutations and transformation of division of powers: the constitutional organization*).

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. HAMILTON Y LOS ESBOZOS DE POLÉMICA SOBRE LOS PODERES.- III. CORRECCIÓN DE LOS ACTOS DE PODER.- IV. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ROL CORRECTOR DE LOS JUECES.- V. ¿ESTADO JURISDICCIONAL?.- VI. RASGOS DE UN ESTADO NEOCONSTITUCIONAL.- VII. PONDERACIÓN Y NORMAS.- VIII. A MODO DE IDEAS FINALES. .- IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto formal de separación de poderes, desde las primeras ideas de Montesquieu, ha supuesto tradicionalmente una idea de separación en sentido estricto y evitado, así, la peligrosa concentración de todo el poder en un solo estamento. De este modo, en la propuesta del pensador de la Brède, debemos tener poderes separados de acuerdo con las funciones asignadas por la ley y la Constitución: un Poder Ejecutivo que estrictamente gobierna; un Poder Legislativo cuyos deberes se circunscriben a la producción de leyes, su derogatoria o su modificación; y un Poder Judicial que juzga en conflictos específicos. Sin embargo, esto no implica una comprensión suficiente de lo que debería ser una concepción material de la separación de poderes. La separación de poderes, en el contexto del siglo XXI, exige necesariamente un redimensionamiento de su concepto desde la noción de «equilibrio», a partir de los roles asignados a cada uno de estos poderes desde el conjunto de valores, principios y directrices que informan nuestras Cartas Fundamentales.

En este trabajo, proponemos, a grandes rasgos, desarrollar las funciones del poder corrector de los jueces en relación, especialmente, con los actos formales del Poder Legislativo, pues es fundamentalmente entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo donde tiene lugar específicamente el escenario corrector de la justicia constitucional. Tal función de control no puede ser en exceso abierta: su racionalidad y razonabilidad se caracteriza por el empleo de premisas en la interpretación constitucional de las leyes. Asimismo, podemos identificar un conjunto de rasgos básicos que identifican la ponderación en el ámbito de un nuevo modelo de Estado, cuyo matiz neoconstitucional es, en suma, la identificación de postulados materiales que subyacen a todas las Cartas Fundamentales.

II. HAMILTON Y LOS ESBOZOS DE POLÉMICA SOBRE LOS PODERES

Es pertinente remitirnos aquí a la vieja polémica generada a partir de «El Federalista 78» de Hamilton (Hamilton, Madison & Jay, 1957, citado por Gargarella, 1997, p. 56)¹, ensayo desde el cual fue esbozada la

1 Fueron 85 ensayos publicados entre octubre de 1787 y mayo de 1788 bajo el seudónimo de Publius, para motivar a los ciudadanos de Nueve York a ratificar la Constitución de Filadelfia de 1787.

171

premisa de un necesario control de los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo desde la función judicial de control de los actos de poder, a cargo del Poder Judicial. La propuesta de Hamilton fue muy criticada debido a que un poder que reunía la condición de satisfacción del principio mayoritario, como el Legislativo, elegido a partir de un acto regular de depósito de la voluntad popular, era, a su vez, controlado, desde los roles de control jurisdiccional, por quienes precisamente no representaban sino un principio contramayoritario, en la medida en que los jueces eran en rigor designados, en los sistemas históricamente más remotos, por el Poder Ejecutivo y no resultaban elegidos por voluntad popular, como sí sucedía con los representantes del Congreso.

La contradicción acotada parecía ser legítima en la medida en que los jueces no eran realmente designados por medio de democracia directa, expresión de la voluntad de los ciudadanos, sino por un criterio ajeno al acto de elección que caracteriza al voto popular. En consecuencia, aseveraba la crítica, no se justificaba la legitimidad de ese control ajeno a una democracia material. La justificación de Hamilton a estas críticas en «El Federalista 78» superó los márgenes de las cuestiones observadas: no se trataba de poner a un poder por encima del otro, sino, apuntaba el pensador norteamericano, de que la legitimidad de las decisiones del Poder Legislativo, precisamente, obtenían validez, es decir, compatibilidad con la Constitución, a partir de ese control judicial que suponía un examen de constitucionalidad de las decisiones de poder del legislador.

Ahora bien, podemos proponer, siguiendo la idea crítica de función de los jueces, un esbozo de autorregulación de los propios poderes, es decir, que el Poder Legislativo enmiende sus propias decisiones y que se produzca una suerte de *self restraint* o ejercicio de autocontrol. Esta es una idea que, *prima facie*, puede lograr un rango de aceptabilidad: supongamos una norma expedida por el Poder Ejecutivo, en el legítimo ejercicio de las funciones de regulación que también lo asisten, o bien una norma expedida por el Poder Legislativo, dentro de las atribuciones que le otorgan la Constitución y las leyes, y que dicha norma no sea compatible con el ordenamiento constitucional. Podríamos asumir que, validada esa propia autoverificación, opten estos poderes por un cambio de posición y justifiquen un ámbito que implique la modificación de los aspectos incompatibles con ese orden material de valores que implica el efecto vinculante de las Normas Fundamentales. Sin embargo, no es estrictamente una situación que ocurra la mayoría de las veces, simple y llanamente porque no existe el necesario consenso en democracia para este efecto. Es usual que el Poder Legislativo, salvo excepciones de rigor, justifique una norma con rango de ley sobre la base de que se han cumplido los procedimientos formales para la adopción de la norma. Aunque no le faltaría razón al

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

legislador para esta justificación, y sin perjuicio de ello, advirtamos que no basta la justificación de un procedimiento formal, sino que también es necesario el escenario de la validación material de la norma con relación a la Carta Fundamental. Es decir, no basta que tomemos en cuenta solo un aspecto formal de la norma en cuanto a la vigencia de la misma, lo cual expresa solo un control de legalidad. Se requiere prestar atención, además, a un ámbito de legitimidad de la misma, entendida a partir de su compatibilidad con la Constitución, lo cual expresa una exigencia de validez, tarea que de suyo no es función regular del Poder Legislativo.

Nos vemos, entonces, ante un escenario contradictorio: quienes no satisfacen en apariencia la condición del principio mayoritario, enmiendan jurisdiccionalmente posiciones de quienes sí justifican esa exigencia del principio de la mayoría. Aquí admitimos el argumento de Hamilton en el sentido de que precisamente ese control judicial tiene como efecto la legitimación de las decisiones del Poder Legislativo, sea para aprobar la norma adoptada (perfeccionando su ámbito de legitimidad con respecto a la Constitución) o para efectuar los ajustes necesarios (unas veces inaplicándola, si optamos por el control difuso de constitucionalidad de la norma, a cargo de los jueces; otras veces expulsándola, desde la perspectiva kelseniana, del ordenamiento constitucional, sea por medio de un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional, dadas las imperfecciones de rigor con respecto al orden material que caracteriza nuestras Normas de Normas).

III. CORRECCIÓN DE LOS ACTOS DE PODER

En adición a lo señalado, valdría plantearse un interrogante de rigor: ¿abandonamos la teoría de separación de poderes de Montesquieu al afirmar que un poder puede corregir los actos formales de otro? Nuestra respuesta sería negativa, en la medida en que reafirmamos la dimensión del concepto de separación de poderes a través de una noción material más avanzada de equilibrio de poderes. Nuestra tesis reafirma que es exigible que ese equilibrio sea real (Gargarella, 1997, pp. 55-57), que no constituya solo una premisa formal sino una concepción material, con vocación de verdad, predictibilidad y universalidad. En efecto, los poderes no pueden ser reales si nos circunscribimos únicamente al enunciado lingüístico de la separación de poderes. Siguiendo a Guastini (2011, p. 136)², resulta indispensable rescatar el sentido interpretativo del concepto de equilibrio de poderes y ello tiene lugar a través de esta función de control de constitucionalidad reservada a jueces del Poder Judicial, en su rol constitucional, así como a las más

² Guastini llama «disposición» a cada enunciado que forme parte de un documento normativo y «norma» a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido.

altas cortes constitucionales, cuya tarea resulta omnicomprendiva del concepto de constitucionalidad en su dimensión más amplia.

¿Pueden darse acaso funciones en contrario, es decir, que el Poder Legislativo, dentro de esa percepción de equilibrio, corrija actuaciones del Poder Judicial? ¿O, más aun, que lo haga el Poder Ejecutivo? Consideramos que los ámbitos deben ser definidos a este respecto y que la pregunta que formulamos tiene espacios de respuesta en sentido afirmativo: el Poder Legislativo tiene potestad de corrección respecto a la carrera de los jueces y está en condiciones de perfilar los requerimientos del caso a fin de determinar las condiciones de ingreso, permanencia y fin de la función judicial. De la misma forma, al Poder Ejecutivo le asiste la facultad de iniciativa en las exigencias de perfilar la carrera judicial. Observemos que, en estos casos, se configura un ejercicio regulador y ante todo formalmente descriptivo de las condiciones que afectan la carrera de los jueces cuya función profesional los pone al servicio del Estado para funciones, también, de control constitucional.

La función judicial de corrección en el ámbito de la constitucionalidad de las leyes tiene un matiz descriptivo en todos sus aspectos. Sin embargo, es en el ámbito material de corrección en donde distinguimos un contexto mucho más amplio de análisis, en tanto entendemos por función material una perspectiva orientada a buscar las características de unidad con la Constitución y concordancia práctica, principalmente. Dicha perspectiva es propia de una interpretación judicial.

IV. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ROL CORRECTOR DE LOS JUECES

La exigencia de interpretación judicial de la Constitución y, por ende, de las normas que son expedidas en el ámbito del Estado constitucional de derecho, siguiendo las ideas de Konrad Hesse (1992, p. 45), plantea una serie de requerimientos mínimos respecto a las características de esta interpretación. En ese orden de ideas, una norma expedida por el Poder Legislativo debe encontrarse en concordancia con la Constitución, formando una sola estructura. Dicha concordancia es la expresión del principio de *unidad de la Constitución*. Vale decir, esa norma no puede admitir una interpretación particular y ajena a la Constitución, pues ella forma, en una idea bobbiana (Bobbio, 1960, citado por del Hierro, 1997, p. 95) de sus contenidos, una sola unidad con la Carta Fundamental. Bajo ese fundamento, no existen zonas exentas de control constitucional, sino exigencia frente a normas que son susceptibles de revisión y a las cuales se exige tanto una dimensión formal de unidad con la Constitución como una identificación material de adecuación a los preceptos que la *norma normarum* perfila.

173

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONALES:
UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORESSEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

De igual forma, la exigencia de *concordancia práctica* de una norma con la Constitución demanda compatibilidad y coherencia con la Norma Fundamental: compatibilidad, por cuanto no puede ser contradictoria con la Constitución misma, y coherencia, en razón de que se exige una adecuación con los principios más relevantes de todo Estado de Derecho, entre los cuales encontramos el principio de interdicción de la arbitrariedad, la defensa de la vida humana, la libertad de las personas, entre otras premisas fundamentales del ordenamiento constitucional. En este orden de ideas, si una norma a cargo del Poder Legislativo no satisface estas exigencias mínimas de rigor, no puede ser válida ni legítima y se requiere el poder corrector de los jueces sobre la misma.

A su turno, la idea de *corrección funcional* como principio de interpretación nos dice de suyo, en forma objetiva, que si esas funciones del Poder Legislativo o Poder Ejecutivo no son cumplidas a cabalidad, en concordancia con la Carta Fundamental, pues se autoriza el ingreso de la función correctora de los jueces. Esto es muy puntual: no existe exigencia alguna de corrección si las tareas de estos Poderes son ejercidas a cabalidad, dentro de los rangos de racionalidad y razonabilidad de las normas jurídicas puestas en vigencia. En esto debemos ser mucho más restrictivos aun: si esas funciones son adecuadamente ejercidas, no debe existir función correctora de los jueces, pues lo contrario supondría la invasión de espacios y funciones de los otros poderes del Estado, y en tal caso se colocaría a los jueces en una situación de negativa preponderancia, o intento de la misma, sobre las funciones que ejercen tales otros poderes del Estado. Ello generaría una situación de hiperactivismo judicial y esa no es una situación deseable, premisa en mérito de la cual se demanda de los jueces un activismo judicial restringido. Activismo, por cuanto sí es necesario un rol activo de los jueces en la defensa activa de los derechos fundamentales de las personas; y acción restringida, en tanto esa actividad debe ser ejercida de un modo equilibrado, prudente y ponderado, escenario que es posible si es que los jueces están imbuidos de esta adecuada visión de corrección funcional.

En ese mismo horizonte de ideas, la premisa de *función integradora* que asigna Hesse a la interpretación constitucional nos conduce a la reafirmación del concepto anterior: las decisiones de los jueces deben buscar el equilibrio y la paz social, en la medida en que el producto de la interpretación debe crear condiciones adecuadas para alcanzar el necesario equilibrio que demanda todo Estado de Derecho. Finalmente, la idea de *supremacía de la Constitución*, como otro principio de la interpretación constitucional, principio que el Juez John Marshall en 1803 denominó «cláusula de supremacía de la Constitución» (Corte Suprema de Estados Unidos de América,

1803)³, no es sino la expresión de que no puede existir norma del Poder Legislativo por encima de la Constitución, en tanto esta es la norma vinculante, prevalente y última por sobre las demás normas.

De esa forma, los jueces adecuarán las normas sometidas a su control para validarlas, en el sentido más amplio del término, si su contenido formal y material tiende a este propósito de la interpretación constitucional. Más aun, los jueces habrán de presumir la constitucionalidad de las normas y solo si después de ese intento por salvar su constitucionalidad ese propósito es inviable de ejecutar, recién han de ejercer ese poder corrector, el cual ha de ser desarrollado como rezago último de un necesario control de constitucionalidad. A su turno, el juez podrá o bien reinterpretar la norma para encontrar su posible compatibilidad con la Constitución, o bien utilizar la figura de la mutación constitucional para que, a través de una reinterpretación de la norma, ella pueda alcanzar el fin social que le es asignado por la interpretación constitucional.

Conviene aquí hacer una aclaración de rigor: esa interpretación no implica, seamos enfáticos en eso, una modificación literal de la norma sometida a examen. En ese sentido, defendemos esa potestad primera del Poder Legislativo. Sin embargo, los jueces sí pueden reinterpretar esa norma, es decir, reasignarle, por encima de su contenido formal, un valor distinto, y ello no implica una modificación formal de la norma, pues esa es atribución exclusiva, insistimos, del Poder Legislativo.

Y he aquí una premisa compleja de asumir: el Poder Legislativo reclama funciones de autonomía en su ejercicio configurador de las normas. La premisa es de suyo aceptable y, sin embargo, insistimos en la tesis, la cual creemos válida, de que si esa función no respeta cuando menos los lineamientos centrales de los principios de la interpretación constitucional que los jueces deben observar en su tarea de corrección, entonces adquiere plena legitimidad ese rol de control que los juzgadores efectúan para estos casos de análisis de la norma.

V. ¿ESTADO JURISDICCIONAL?

Volviendo a un planteamiento anterior, el cual debemos seguir explorando, podemos preguntarnos: ese rol prevalente que se asigna

3 Rescatando el concepto de cláusula de supremacía normativa de la Constitución, la sentencia del Juez Marshall señalaba lo siguiente: «Si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a esta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y esta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican [...]» (Corte Suprema de Estados Unidos de América, 1803).

a la justicia constitucional, ¿podrá acaso implicar, a modo de esbozo schmittiano (Plazas Vega, 2003, p. 263), la propuesta de un Estado Jurisdiccional? Es decir, ¿podemos acaso concebir una incipiente forma de Estado en la cual los jueces, sin ser gobernantes, ejercen actos de gobierno cuando corrigen los actos formales del Poder Legislativo? No consideramos que esa sea la propuesta central de cuanto esbozamos a propósito de los lineamientos de interpretación del poder corrector que los jueces representan. Los jueces solo juzgan y resuelven de acuerdo al caso concreto comentado. No existe aquí esbozo alguno que suponga exceder el papel asignado a los mismos y llevar sus funciones más allá de la propuesta efectuada de un rol de poder corrector sobre las funciones de ejercicio de los otros poderes del Estado. En efecto, si ello sucediera, entonces sí se produciría un exceso de roles y, por tanto, se invadirían espacios de función regular de los otros poderes, desnaturalizándose de ese modo la teoría del barón de Montesquieu, quien en buena cuenta terminó por esbozar una propuesta de equilibrio de poderes que a su vez representa el *ethos* y *pathos* de la separación de poderes.

En este orden de ideas, conviene puntualizar el rol de la función legislativa. Una propuesta de amplio contenido del ejercicio formal del Poder Legislativo se expresa en la concepción de la interpretación auténtica de la norma. Esta posición se basa en la idea de que si es el legislador de la norma quien creó la propia norma, es el mismo quien asume, por derecho propio, la interpretación auténtica de la norma que creó. Esta tarea reviste toda la lógica formal de una proposición silogística: creada la norma, es su autor quien de suyo está habilitado para definir los alcances de la misma. El peso de esta proposición es fundamentalmente subsumible desde una interpretación circunscrita a la corriente literal de contenido que la norma desea expresar. Sin embargo, no es precisamente la corriente del literalismo la que defendemos en este breve estudio, sino la de una exigible contrastación material de las hipótesis formuladas. En este breve examen creemos importante afirmar que si el legislador crea la norma, entonces se produce un fenómeno de enajenación de la norma respecto a su creador. En efecto, incorporada la norma al ordenamiento jurídico, los efectos reguladores de la misma escapan a sus creadores y se ven en la necesidad de encontrar un posicionamiento necesario en los principios consensuados de interpretación constitucional que arriba hemos sostenido con amplitud. Consideramos que, afianzados estos caracteres, los jueces constitucionales se convierten en verdaderos guardianes de la Constitución⁴ y no en señores de la Constitución, en

4 La expresión *Hüter der Verfassung* es adoptada en la doctrina alemana bajo la idea de un *guardián de la Constitución*, en franca oposición a la noción de *Herr der Verfassung*, o *señor de la Constitución*. Esta última designación expresa, antes que una función de guarda de valores, una noción de propiedad, expresión de suyo incompatible con la calidad de protección de los postulados del ordenamiento constitucional. Véase Landa Arroyo (2007b, p. 20).

tanto esta no es patrimonio de un poder, sino que constituye un estatuto común respecto a todos los estamentos de la sociedad.

En conclusión, si el legislador ejerce correctamente esa función de legislar conforme a las leyes y a la Constitución, entonces no hay necesidad de control alguno por encima de esa función legislativa y los jueces se ven impedidos de intervenir, irrazonablemente, en ese espacio de desarrollo de funciones que le compete al Poder Legislativo. Al contrario, si esa función no es ejercida conforme al ordenamiento material de valores que el Estado constitucional informa, entonces sí es necesaria la tarea de control de los jueces. He aquí pues un rol de ejercicio supletorio, de vocación integradora y de excepcionalidad respecto al control constitucional por parte del Poder Judicial.

VI. RASGOS DE UN ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

Veamos ahora, siguiendo al maestro español Prieto Sanchís (2007, p. 123), cuáles son esos elementos centrales de la interpretación constitucional en ese Estado que asume rasgos de neoconstitucional. Ello no representa otra cosa sino la esencia misma del Estado constitucional más determinados caracteres de arraigo que complementan la función constitucional de control.

Un primer aspecto del carácter de ese Estado constitucional ha de ser la existencia de *más principios que reglas*. La idea se sustenta en que, si el Estado del siglo XIX fue un Estado prevalentemente legislativo, el siglo XX representa en realidad el rol de un Estado constitucional, y el siglo XXI el de la interpretación constitucional en su acepción más amplia, en el perfil de un neoconstitucionalismo como forma de entender el fenómeno de la conjunción entre Estado e interpretación constitucional. En efecto, el Estado legislativo identifica los mandatos definitivos, es decir, las reglas, como el elemento ancla en ese propósito de identificar la *ratio legis* de la norma y en ese rol de verificar el papel formal de los enunciados normativos.

Sin embargo, acusada la tesis de que las normas tienden muchas veces a pecar de insuficientes antes que de deficientes, el rol de razonabilidad de los principios, como mandatos de optimización, constituye el aspecto medular de una nueva forma de sustentar el contexto de justificación de las decisiones judiciales, aun con mayor énfasis si se trata de examinar la constitucionalidad de la norma. Ahora bien, reafirmemos un concepto central: si la regla es suficiente para definir el control constitucional de la norma sometida a examen, no hay función correctora que efectuar. En este aspecto, nuestra idea es que existe un positivismo solo de entrada en la función judicial, en tanto y en cuanto los conflictos sean definidos por el concurso de las reglas invocadas para el efecto.

177

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORESSEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

La realidad, sin embargo, nos dice que este no es el curso común en el control constitucional y que, por lo tanto, los principios se convierten en los medios óptimos de solución de la controversia constitucional en examen. De la misma forma: ¿pueden los principios convertirse en nuevas reglas? Atienza (2010, p. 9) admite que, una vez que se produce la ponderación entre principios, la interpretación de casos futuros, similares al del objeto de examen, tenderá a prevalecer como regla de interpretación. Sin embargo, no olvidemos precisamente que la ponderación de principios, al asumir un carácter regulador, expresa una jerarquía axiológica o móvil (Prieto Sanchís, 2000, p. 180) que, en esencia, nos remite al fenómeno prevalentemente cambiante que representa la ponderación. De ese modo, no hay solución definitiva en la ponderación, la cual es esencialmente cambiante y con vocación de móvil, en cuanto el resultado de la interpretación de control ha de variar si las condiciones de cambio del problema se imponen. ¿Será entonces la ponderación una función camaleónica de la tarea del control judicial? Sí y no: sí, porque las opciones variables de las condiciones cambiantes de un problema jurídico pueden ser enormes, las variables fácticas del caso efectivamente pueden ser distintas. Sin embargo, también debemos brindar una respuesta negativa, en tanto la ponderación no asume la función perversa de acomodar el juicio de valor a expresar en las circunstancias que forzosamente puedan interpretar cualquiera de las partes en el conflicto. Es posible suponer que, si ello fuera cierto (es decir, que las partes puedan acomodar sus argumentos fácticos de la mejor forma para una solución irrazonable a su proposición), entonces quizá sí serían de suyo válidas las observaciones de García Amado (2006) respecto al carácter subjetivo de la ponderación.

Observemos, pues, que la ponderación aspira en esencia a un margen de racionalidad. Quisiera ella gozar de la racionalidad que caracteriza a la norma y, sin embargo, tal condición ocurre solo excepcionalmente, pues la ponderación es mucho más razonabilidad que racionalidad, entendidos estos elementos como los ámbitos de la razón débil y la razón fuerte del derecho, en el modo que García Figueroa (Gascón Abellán & García Figueroa, 2003, p. 68), siguiendo a Pattaro⁵, presenta los escenarios de creación y aplicación de la norma. A este respecto, es necesario advertir que la ponderación no es en sentido estricto una razón débil. Queremos sostener, así, que no es razón fuerte en su fase de creación, es decir, no parte de una regla o mandato definitivo, sino que se perfila en esencia

5 El esquema presentado por Enrico Pattaro, profesor de Bolonia, del cual se sirve García Figueroa para desarrollar su planteamiento, identifica 4 modelos: los de Kant, Tomás de Aquino, Viehweg y Perelman, y la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) estándar. El esquema distingue las fases de creación del derecho y aplicación del derecho. Los sentidos asignados son: Kant (modelo fuerte-fuerte), Santo Tomás de Aquino (fuerte-débil), Viehweg y Perelman (débil-débil) y TAJ estándar (débil-fuerte) .

como un planteamiento que en apariencia nacería de una razón débil, faceta que es importante precisar, pues la ponderación aspira a ser razón fuerte en la interpretación constitucional.

Pongámonos en el caso de la dignidad de la persona humana. Podemos convenir en razonamientos próximos al respecto, es verdad. Sin embargo, la invocación de este principio puede variar según el ordenamiento jurídico del cual hablemos: las reglas de uso de prendas de vestir en Occidente pueden parecer incompatibles en términos de comparación con la usanza árabe. Cada sociedad construye el concepto de dignidad en sus modos de vida de acuerdo a los principios que construyen esas sociedades, y, en esto, el margen de variación de las concepciones sociales puede expresar diversas formas de manifestación. A pesar de lo señalado, notemos que el mero planteamiento de la dignidad como valor de la persona humana, a pesar de esa aparente debilidad en su modo de proposición por ser un enunciado que no parte de una esquema fuerte (como sí sucede en el caso de la regla), sí acusa una tesis de fuerza cuando se convierte en mandato jurisdiccional. Lo señalado es la manifestación más objetiva que podemos expresar en los esquemas de García Figueroa y Pattaro, en tanto la ponderación apenas acusaría una tesis de debilidad en su creación y no así en su fase de aplicación. En efecto, recogido ese mandato de razonabilidad por el juez constitucional, la razón que expresa la decisión final es fuerte, en tanto un mandato judicial no puede ser desacatado ni desobedecido, bajo los rigores que la función jurisdiccional representa.

Configuradas estas ideas, aparece ya sustentado entonces un segundo rasgo de la interpretación en el Estado neoconstitucional. Efectivamente, podemos señalar *más ponderación que subsunción* como un rasgo relevante de ese tipo de Estado. Empezamos por indicar *más principios que reglas*, pues ese es el rasgo distintivo más expresivo del Estado neoconstitucional. Este segundo carácter no es sino un correlato de lo afirmado en el primer carácter, pues en propiedad los principios recalcan naturalmente en la ponderación, así como las reglas lo hacen en la subsunción (Engisch, 1967, p. 63). Podemos, llegados a este punto, plantear el siguiente interrogante: ¿es valiosa y necesaria la subsunción en el derecho hoy en día? Insistamos en que, de suyo, la respuesta admite niveles de condicionamiento. La subsunción es definitiva en cuanto una controversia pueda solucionarse con el concurso de normas sustantivas y adjetivas de derecho. Este pudo ser un modo de expresión valedero del modelo kelseniano (García Belaunde, 2011, p. 9) y, sin embargo, advirtamos que el esquema del ilustre pensador austríaco, en su propósito de certeza en el derecho, determinó que los principios no eran el modelo de racionalidad que el ordenamiento formal en su más objetiva expresión demandaba. En ese orden de ideas, entonces, la ponderación asume un rol integrador necesario que otorga nuevas

179

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORESSEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

fuerzas de interpretación al derecho en su conjunto y reafirma el carácter omnicompreensivo de la interpretación constitucional.

Por otro lado, al reafirmarnos en cuestionamientos a la subsunción, notemos, también, que ese carácter de discusión final que en su momento asumió el positivismo jurídico jamás fue absoluto. La misma posición positivista admitió la idea de lagunas en el derecho y fue necesario recurrir a la propuesta de la regla de reconocimiento para entender la posibilidad de una solución formal posible a los problemas de lagunas en el derecho. A su turno, podemos anotar otra cuestión de interés: si el legislador crea la norma, con lo cual plantea un derrotero para las cuestiones a subsumir dentro del rango de esa norma, ¿puede acaso ponderar? Manuel Atienza (2005, p 18) presenta la idea de un esbozo argumentativo en la fase prelegislativa, en el cual el legislador pueda acaso determinar la mejor forma de proyectar el sentido de la norma a crear. En realidad, es natural el ejercicio de una ponderación de estos caracteres, pero en rigor es fundamentalmente vinculante respecto al caso concreto la solución de control constitucional que prevea el juez en su función correctora.

Un tercer rasgo propuesto por Prieto Sanchís reside en la *no existencia de zonas exentas de control constitucional*. Convenimos en que la propuesta es de suyo polémica. Vayamos a un caso concreto: si la Corte Suprema pone fin a una discusión jurídica, convengamos en que esa decisión representa para los jueces un efecto de verticalidad interpretativa. La idea de un *stare decisis* pueda conducirnos a no sentirnos simplemente instados por esa interpretación, sino realmente obligados. No podemos poner en cuestión que las Cortes Supremas de nuestros países representan la instancia más alta de impartición de justicia y, sin embargo, siguiendo la tesis que exponemos respecto a la inexistencia de zonas exentas de control constitucional, debemos asumir, respetando el Estado de Derecho, que inclusive por encima de la Corte Suprema existe un rol corrector por parte de la justicia constitucional, sea esta función de un Tribunal o de una Corte Constitucional. Desde esta perspectiva, no existen zonas exentas de control constitucional y, por ende, la función correctora a cargo de los jueces es omnicompreensiva.

Desde otra perspectiva, en un cuarto orden encontramos, siempre con Prieto Sanchís, lo que puede denominarse una *prevalencia de la interpretación judicial por sobre aquella que desarrolla el legislador*. Esta noción ha sido delimitada líneas arriba, pero conviene una precisión que convalida lo sustentado: la expresión del legislador a través de la norma suele ser *histórica* o *ex ante*, es decir, tiene lugar antes de la interpretación de la norma sometida a control. En cambio, la interpretación de control judicial de los jueces es de *legitimación* o *ex post*, pues apunta a la consolidación de la interpretación desde una perspectiva de control del

mensaje formal del legislador, el cual apunta a convertirse en material tras la función de control. Antes de la norma, encontrarnos frente a la misma, recogiendo las ideas del maestro Guastini (2011), un ámbito que nos induce a considerar un enunciado que exige interpretación. Una vez que la norma ha sido legitimada vía interpretación judicial, podemos inferir que la norma constituye un enunciado interpretado.

Por último, la ponderación expresa, en ese Estado neoconstitucional, una *constelación plural de valores antes que un panorama de homogeneidad ideológica*. Veamos ello en su contexto real: la norma puede ser identificada, las más de las veces, como una regla, un mandato definitivo, un enunciado que solo nos concede una opción de interpretación, con lo cual se consolida como la única respuesta correcta dentro del derecho frente a una específica situación a definir. La Escuela Histórica de Savigny (2004, p. 258) afianzó esta idea, al colocar como uno de los primeros métodos de la interpretación la interpretación de orden literal. Solo podía ser buscada una respuesta a la norma desde la perspectiva de lo que la norma expresara dentro de su propio contenido y en modo alguno desde otra perspectiva. La opción interpretativa se reducía así a aquello que dijera la norma. El antecedente inmediato de esta afirmación puede encontrarse en el mismo Código Napoleónico de 1804, entendido como la maximización del derecho en su dimensión formal, al punto que los profesores de derecho del siglo XIX no solían afirmar que enseñaban derecho sino que enseñaban el Código de Napoleón.

La forma de pensar el derecho en términos absolutos influyó en todo el siglo XIX y, a su vez, representó una consumación del pensamiento político de los revolucionarios franceses: era necesario cambiar el poder arbitrario del *Ancien Régime* por un nuevo medio de control. Nos preguntamos, al respecto, ¿no se cambió acaso un tirano por otro? Ciertamente, los tribunales franceses del siglo XVIII adoptaron la línea de un voluntarismo en materia de expresar el derecho. No había un arraigo de la separación de poderes como hoy entendemos dicha figura y menos aun un atisbo de su sucedáneo: el equilibrio entre poderes. Expresiones como la de Luis XIV, «L'État c'est moi» («El Estado soy yo»)⁶, nos persuadieron de que no existía sino la consolidación de un poder que absorbía los tres poderes en uno solo. Si bien la figura del Rey constituía una especie de Poder Ejecutivo en ciernes, en realidad representaba el reduccionismo del manejo del Estado en manos de una sola persona. Similar situación ocurrió, un poco antes, en 1610, en el célebre caso Bonham, a cargo del juez Coke (Court of Common

6 Luis XIV, también llamado el Rey Sol. Aunque la cita es acusada de apócrifa, la frase pudo derivar de la idea según la cual «el bien del Estado constituye la Gloria del Rey», sacada de sus *Reflexiones*. El sentido de la frase se asocia al absolutismo político.

Pleas, 1610)⁷. Ante los intentos del rey Jacobo I por influir en el caso que el médico reclamante había puesto a cargo del juez Coke, debido a una sanción por el ejercicio aparentemente irregular como médico en Londres, el juez Coke optó por precisar en su histórica decisión que el juez debía prepararse en el ámbito de la razón artificial del derecho, ya que la respuesta jurídica que este debía ofrecer desde los principios del *Common Law* exigía un extenso estudio, en tanto que al rey le concernían las cuestiones de su reino. Evidentemente, esta respuesta no satisfizo al rey Jacobo I, quien luego de muchos años lograría la destitución del juez Coke, en aparente represalia por su interpretación en el caso Bonham. Sin perjuicio de ello, notemos lo valioso del caso Bonham, pues fue el primer intento sólido por separar la jurisdicción constitucional del ámbito de las decisiones del rey. El derecho tenía una naturaleza brumosa por entonces: la separación de poderes no podía asumirse en una dimensión de mayor amplitud, sino que estaba reducida ante las funciones del poder del rey. Ante los esbozos de una aparente contradicción frente al concepto del poder omnímodo del rey, la respuesta más congruente era la eliminación de esos atisbos de incipiente poder. Inclusive la Carta Magna de Juan sin Tierra en el siglo XIII⁸ constituye un antecedente válido para contextualizar otro intento legítimo por limitar el poder del rey, ante el reclamo de los súbditos del rey de entonces por un respeto mínimo por el derecho al debido proceso.

Los antecedentes presentados logran definir, en consecuencia, ese afianzamiento de la homogeneidad de las normas, entendida como un fundamento único de las mismas, y, si la ley era el elemento ancla de todo el sistema jurídico, en realidad nada debía amenazar su existencia. La norma expresaba un solo mandato y, como tal, no admitía una interpretación en contrario. Sócrates tuvo la oportunidad de salvar la vida frente a la injusta pena impuesta a su persona por el aparente delito de contaminar el pensamiento de la juventud⁹. Los partidarios del pensador griego, creador de la mayéutica, intentaron facilitar la fuga de este para salvar la vida de su mentor y, sin embargo, la respuesta del filósofo griego fue enfática: si la ley no era respetada, a pesar de lo injusto

7 Parte de la sentencia del juez Coke, ante la pretendida interferencia del rey Jacobo I en el fallo, señalaba lo siguiente: «es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia [...] no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos» (Court of Common Pleas, 1610).

8 La también llamada Carta Magna de las Libertades fue expedida el 15 de junio de 1215 en Londres, Inglaterra. El artículo 52 de la Carta Magna señalaba lo siguiente: «Si alguno sin previo juicio legal de sus pares, ha sido desposeído o privado por Nos de sus tierras, castillos, libertades o derechos, se los restituiremos inmediatamente».

9 Platón narra, en su *Apología de Sócrates*, que el condenado pudo evitar la sentencia de muerte impuesta, pero, en señal de acatamiento, Sócrates acepta la pena impuesta. Esta figura debe contextualizarse en el sentido esbozado por Sócrates, pues si las leyes de una ciudad-estado no son obedecidas y, por ende, no se acatan las decisiones de los jueces (360 jurados votaron por la pena de muerte y 141 por una multa), entonces no hay ciudad-estado.

de la decisión, no podía entenderse la subsistencia de las ciudades-estado, uno de cuyos fundamentos residía, precisamente, en el respeto por la ley. Podemos advertir una expresión de esta misma naturaleza en *Antígona*, tragedia de Sófocles¹⁰, pues en ella dos aparentes deberes se enfrentan: de un lado, la orden del rey Creonte de no sepultar el cuerpo de Polinices por considerarlo traidor a los principios de la ciudad (yacía muerto el invasor a las puertas de Tebas luego de intentar tomar la ciudad), y, de otro lado, el deber filial de Antígona de sepultar a su hermano. Ella lo sepulta desafiando la orden de Creonte y es condenada a la pena de muerte por desafiar la voluntad del rey. Si bien afirmamos aquí dos cuestiones en oposición, en realidad, para una situación como la descrita, solo tenía vigencia el aspecto imperativo de la orden del rey y su consiguiente desafío solo podía significar la muerte del agresor, en este caso Antígona.

En esta misma línea, la literatura francesa es inclusive expresiva: en *Los miserables* de Víctor Hugo¹¹, el inspector Javert no puede asimilar que su más acérrimo enemigo —el expresidiario Jean Valjean— le haya salvado la vida y, por tanto, decide suicidarse arrojándose a las aguas del río Sena. El esquema de Javert era muy puntual, si queremos encontrar un ángulo de interpretación a su mensaje: los enemigos eran enemigos y no admitían rangos distintos de entendimiento. La acción de su enemigo Jean Valjean, quien, por encima de toda cuestión, le salva la vida antes de que los revolucionarios franceses lo matasen, desconcierta a Javert. Bajo la conclusión de que no podía respetar el papel que la ley le asignaba (es decir, encarcelar nuevamente a su más acérrimo enemigo), no podía entonces salvar su propia vida.

Las cuestiones presentadas asumen una misma tónica de mensaje final: la ley es una sola y no admite situación en contrario; es homogénea, pues solo expresa un único mandato. Si el intérprete intenta descifrar el mensaje de la norma, ha de encontrar una única respuesta correcta. Ese era el contenido a establecer. La ponderación en el siglo XXI, entendida en su dimensión de constelación plural de valores, admite en su ámbito de interpretación que dos principios pueden oponerse: el derecho a la vida frente a la extinción de la misma, el derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la intimidad o el honor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (una persona podría fumar si esa es su decisión) frente al derecho a la salud regulado por el Estado bajo la línea de un

10 Tragedia de Sófocles, proyectada hacia el año 442 a.C. Al recoger Antígona el cuerpo de Polinices, cuyo cuerpo no podía ser enterrado por supuesta traición, desafía la autoridad del rey Creonte. La dicotomía de esta tragedia rescata, en mucho, la dualidad entre la orden del rey, aunque ciertamente ilegítima, y el deber moral nacido del vínculo familiar entre Antígona y Polinices. Antígona es finalmente condenada a muerte. Esta tragedia grafica la desobediencia a la ley, aunque bajo un imperativo moral.

11 La novela fue publicada en 1862 y el autor se inspiró en Vidocq, un criminal francés que se rehabilitó y terminó por inaugurar la Policía Nacional de Francia.

paternalismo jurídico que impone algunas restricciones en el ejercicio de ese derecho. Por lo tanto, los valores pueden manifiestamente subyacer a la ponderación, supuesto de naturaleza inviable en el caso de las reglas propiamente dichas, cuya esencia latente reside en la homogeneidad de sus contenidos ideológicos.

VII. PONDERACIÓN Y NORMAS

¿Desmerece la ponderación con estas afirmaciones el sentido prescriptivo de la norma? No lo creemos así. Por el contrario, la ponderación complementa la norma expresada por el legislador, asimilando su contenido a los mandatos materiales de la norma (y no solo respecto al enunciado formal de la misma), alejando así la posibilidad de la pesadilla que grafica Hart (1994, pp. 327-330, citado por Landa Arroyo, 2007a, p. 34), quien se inclinaba por el noble sueño que expresa la aplicación de la ley. Subyacen en la ponderación, entonces, fuertes conflictos de oposición trascendente, situaciones que no se advierten respecto a la idea de homogeneidad ideológica de la norma. Cabe preguntarnos, llegados a este punto, ¿no le conferimos al juez constitucional, al amparo de estas facultades, un poder excesivo y, consiguientemente, desnaturalizamos sus funciones de decisor jurídico? No creemos que la respuesta sea harto compleja: la ponderación manifiesta límites a su ejercicio de poder corrector de los actos del Poder Legislativo. En efecto, García Amado (2006) nos dice que, antes que la ponderación, procede una correcta determinación del contenido correcto de los derechos en pugna, con lo cual ya no es necesario ponderar. Entonces, siguiendo los mismos lineamientos de tendencia y sin abandonar nuestra afirmación, corresponde expresar que la ponderación también se reduce a expresar sus verdaderos contenidos. De esa forma, la ponderación no puede ser irracional ni irrazonable. No es irracional, por cuanto su expresión frente a la norma sometida a control busca en realidad una forma de complementar la norma en sí misma. En efecto, no es una afirmación valedera que la ponderación vaya en sentido contrario al enunciado de la ley misma. Esa no es la misión de la ponderación: su primera labor es respetar la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas jurídicas. En eso debemos ser taxativos. Sin embargo, si luego de ese esfuerzo por intentar salvar la compatibilidad de la norma con la Carta Fundamental no se produce ese resultado, estamos o frente a un necesario segundo escenario de la ponderación (la posible reinterpretación de la norma, vía mutación constitucional); o bien frente a un siguiente estadio más complejo (la inaplicación de la norma); o, a su turno, frente al escenario más complejo de todos (la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico por parte de un Tribunal o Corte Constitucional, cuyas funciones, reiterémoslo una vez más, no son de derogación, pues

esta tarea siempre quedará reservada solo al Poder Legislativo en modo exclusivo).

En la línea de esa afirmación, la ponderación tampoco es irrazonable, pues precisamente la razonabilidad es su ámbito de expresión principal. Coincidiremos en que la línea de la ponderación no puede partir regularmente, bajo ideas matrices, de la racionalidad de la norma y, sin embargo, es su tarea natural ganar espacios de legitimidad a partir de una adecuada enunciación de su razonabilidad. ¿Y cómo lograr adecuadamente esa expresión de razonabilidad? Consideramos que, para que ello sea afianzado, no podemos dejar de lado las características de primer orden que identifican a un argumento basado en la ponderación. El argumento ponderativo no puede ser contradictorio, es decir, debe ser *consistente*, y, por tanto, debe expresar una adecuada lógica de pensamiento. Constituiría un yerro de inicio que el juez constitucional afirme una manifiesta contradicción con la norma enunciada por el legislador. Antes de ello debe atender al necesario ejercicio de presunción de la constitucionalidad de la norma y verificar su compatibilidad con la Constitución. De la misma forma, como ya sostuvimos más arriba, la ponderación exige una tesis de *coherencia*, es decir, no puede desligarse de una íntima y estrecha vinculación con principios ancla del ordenamiento constitucional, como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Reafirmemos esta propuesta del modo siguiente: la teoría de separación de poderes y el equilibrio necesario entre los mismos exige, de primera intención, que no haya excesos de un poder respecto a otros. Así, se busca evitar la arbitrariedad de uno de estos poderes, a fin de que los demás puedan desarrollar sus tareas sin restricción de sus funciones. Esa es una de las propuestas matrices de la teoría de separación de poderes. Sin perjuicio de ello, debemos admitir que la arbitrariedad en la gestión de los actos de poder no es una variable extraña, sino, por el contrario, más usual de lo que pensamos. En ese orden de argumentos, se hace necesaria la ponderación y su exigencia de ser coherente.

Adicionalmente, el argumento ponderativo en el control de la norma debe satisfacer la condición de *prevalente*, es decir, el principio que cede (afectado en su ámbito de nivel medio o leve) frente al principio que es mayormente satisfecho (cuyo grado de satisfacción debiera ser elevado) efectivamente pesa menos, pues se impone un argumento contrario que justifica buenas y mejores razones. En relación con esta afirmación que antecede, debiéramos admitir una regla que Atienza (2006) menciona cuando enuncia el decálogo del buen argumentador: Atienza señala que a veces es necesario renunciar al argumento que sostenemos. Agregaríamos a ello que, si el argumento opuesto es mejor, pues nada impediría que acojamos al mismo. En esto se expresa la prevalencia del argumento ponderativo, pues no se trata de imponer una cuestión,

185

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORESSEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

sino de optar por la mejor solución posible entre todas las situaciones posibles. Es esa la naturaleza intrínseca de un mandato de optimización desde el momento en que es definido como un enunciado que insta a hacer algo, del mejor modo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Entonces, no hay un carácter irracional en la ponderación y, por el contrario, esta velará por encontrar el mejor resultado posible. En esa prevalencia que identificamos como tercera expresión del argumento ponderativo, siguiendo ideas de MacCormick (citado por Hernando Nieto, 2011, p. 17), existen situaciones menores que no podemos dejar de observar: para que prevalezca nuestro argumento ponderativo, nuestra afirmación no debe enfrentar problemas de *ambigüedad* (por exceso de significados) ni de *vaguedad* (por ausencia de los mismos). De igual forma, el argumento debe ser *universalizable*, es decir, la idea de ponderación a proponer debe aspirar a poder ser aplicada siempre que las condiciones del caso sean las mismas. En ese mismo rango, este argumento debe ser *consecuencialista*, en tanto exige una respuesta que brinde una adecuada solución al problema en cuestión y no exceda, así, las dimensiones del problema a efectos de imponer una solución quizá de suyo más que onerosa.

Por lo tanto, podemos afirmar en respuesta a Commanducci (1998), no existe en esta forma de concebir la ponderación la indeterminación *in genere* de los principios al aplicar la ponderación. Dicha indeterminación existiría solo si el argumento ponderativo no cumplierse cabalmente los roles de consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo que le asignamos. En el mismo sentido de negación, la aplicación del principio de proporcionalidad —el medio sucedáneo procedimental de la ponderación— no expresa una degradación de la legislación, como lo preveía Fortshoff (1975), fundamentalmente porque no es tarea de la ponderación reducir los roles del legislador, sino validarlos con legitimidad a partir de las premisas base de la interpretación constitucional.

VIII. A MODO DE IDEAS FINALES

El concepto de separación de poderes ha superado la tesis inicial presentada por Montesquieu en su obra clásica *El espíritu de las leyes*, conjunto de ideas que desde 1748, año de su publicación, propone que el poder no se encuentre concentrado en las mismas manos. Hoy la separación de poderes expresa una dimensión de suyo distinta, en donde el elemento primordial es la tesis del equilibrio de poderes. Apuntar al logro de ese equilibrio exige no una redefinición de funciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino una nueva idea de complementariedad entre los mismos, fijando entre ellos verdaderos pesos y contrapesos. En ese orden de conceptos, consideramos necesario

el poder corrector de los jueces constitucionales respecto a las normas que emanen de los otros poderes, si estas contravienen mandatos materiales de la Constitución. Esta afirmación no supone poner un poder sobre otro, sino precisamente consolidar esas necesarias funciones de los poderes en sus contenidos formales y materiales.

La consecución de esa alta misión de los jueces constitucionales no puede estar exenta de ciertos ámbitos y parámetros: resulta necesaria la interpretación del poder corrector a través de los principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y primacía de la Constitución). La aplicación de estos principios se condice con los rasgos sustantivos son los siguientes: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, zonas no exentas de control constitucional, prevalencia de la interpretación judicial sobre aquella que desarrolla el legislador y existencia de una constelación plural de valores (en lugar de homogeneidad ideológica). Al usar estas herramientas no nos encontramos frente a un desarraigo de las funciones que caracterizan a los poderes, sino frente a una nueva forma de equilibrio entre los mismos. Aproximándonos a las ideas de Hamilton, la función correctora de los jueces en el juicio de constitucionalidad de las leyes no impone a un poder sobre otro. Por el contrario, legitima las funciones de los mismos e identifica plenamente los postulados de un modelo de Estado constitucional, con rasgos de neoconstitucionalismo en el siglo XXI, en el cual el ejercicio del poder ha de distar, con énfasis, de ser arbitrario. Esto constituye un mandato axiológico del cual no nos podemos sustraer.

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

IX. BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho* (segunda edición). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Atienza, Manuel (2006). Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. *Doxa*, 29, 473-475.

Atienza, Manuel (2010). A vueltas con la ponderación. *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 1, 1-15.

Bobbio, Norberto (1960). *Teoría del ordenamiento jurídico*. Turín: Giappichelli.

Commanduci, Paolo (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, 21 (II), 89-104.

Corte Suprema de Estados Unidos (1803). *Marbury v. Madison*. 24 de febrero de 1803. *United States Reports*, 5, 137-180. 5. U.S. 137.

Court of Common Pleas (1610). Thomas Bonham v. College of Physicians. Sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke.

Del Hierro, José Luis (1997). *Introducción al derecho*. Madrid: Síntesis.

Engisch, Karl (1967). El problema de la subsunción. En *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Guadarrama.

Forsthoff, Ernst (1975). *El Estado en la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García Amado, José (2006). El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia. En Ricardo Sanín Restrepo (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo* (119-163). Bogotá: Legis.

García Belaunde, Domingo. Kelsen en París: una ronda en torno al «modelo concentrado» (2011). En Peter Häberle & Domingo García Belaunde (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II.

Gargarella, Roberto (1997). La dificultad de defender el control de constitucionalidad de las leyes. *Isonomía*, 6, 55-70.

Gascón Abellán, Marina & Alfonso García Figueroa (2003). La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra.

Guastini, Riccardo (2011). Disposición vs. norma. En Susanna Pozzollo & Rafael Escudero (eds.), *Disposición vs. norma* (133-156). Lima: Palestra.

Hamilton, Alexander, James Madison & John Jay (1957). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1957.

Hart, Herbert (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño. En Casanovas, Pompeu & Josep Joan Moreso (coord.), *El ámbito de lo jurídico* (327-352). Barcelona: Crítica, 1994.

Hernando Nieto, Eduardo (2011). Módulo razonamiento jurídico. XV PROFA. Lima: Academia de la Magistratura (Perú).

Hesse, Konrad (1992). *Escritos de derecho constitucional* (segunda edición). Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Landa Arroyo, César (2007a). Los precedentes constitucionales. *Justicia Constitucional*, III (5).

Landa Arroyo, César (2007b). *Tribunal Constitucional y Estado democrático* (tercera edición). Lima: Palestra.

Plazas Vega, Mauricio (2003). *Ideas políticas y teoría del derecho*. Bogotá: Temis/Universidad del Rosario.

Prieto Sanchís, Luis (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, 23, 161-195.

Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.

Savigny, Federico Carlos (2004). *Sistema de derecho romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Analecta.

Recibido: 14/09/2015
Aprobado: 02/10/2015

189

SEPARACIÓN DE
PODERES Y JUECES
CONSTITUCIONA-
LES: UN ENFOQUE
DE ROLES
CORRECTORES

SEPARATION OF
POWERS AND
CONSTITUTIONAL
JUDGES:
AN APPROACH
OF CORRECTIVE
ROLES

Democracia directa: ¿voluntad del pueblo versus los derechos fundamentales? Análisis comparativo entre Suiza y California

Direct democracy: What if there is a conflict between the will of the people and fundamental rights? A comparative analysis between Switzerland and California

CLAUDIA JOSI*

Resumen: En muchos países, los ciudadanos tienen la facultad de proponer nuevas leyes o modificaciones a la Constitución mediante iniciativas populares. Dado que las mismas gozan de una legitimación especial muchas veces se regulan por procedimientos diferentes a la legislación promulgada por la legislatura y pueden ser usados por sus proponentes para esquivar las restricciones a las que la legislación «ordinaria» está sujeta. Eso ha llevado a que, recientemente, se han presentado varias iniciativas populares que han entrado en conflicto con los derechos de las minorías, derechos fundamentales de otros grupos afectados, y otras garantías constitucionales. Desde una perspectiva de análisis comparativo, este artículo explora si las legislaciones en Suiza y California establecen restricciones procedimentales y sustantivas a este mecanismo de democracia directa y en qué medida. En este contexto, cuestiona si el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales pueden estar sujetos a iniciativas populares. Finalmente, este artículo hace ciertas recomendaciones destinadas a mejorar los límites legales de las iniciativas populares y de sus mecanismos de control para garantizar que el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales no estén sujetos al contenido de iniciativas populares.

Palabras clave: Democracia directa – límites de iniciativas populares – derechos fundamentales – derecho constitucional comparativo

Abstract: In many countries, citizens have the power to propose new laws or amendments to their constitutions by popular initiatives. Provided that they have a special legitimacy, they are often regulated by different procedures to the legislation enacted by the legislature and may be used by their proponents to avoid the restrictions that the “ordinary” legislation is subject to. Recently, this has led that several popular initiatives which have come into conflict with the rights of minorities, fundamental rights of other affected groups, and other constitutional guarantees have been submitted. From the perspective of a comparative analysis, this article explores whether the laws in Switzerland and California set the procedural and substantive restrictions to this mechanism

* Es experta suiza-peruana en derechos humanos, derecho constitucional y derecho internacional. Abogada de la Universidad de Friburgo y con Maestría en Estudios Internacionales con mención especial en Derecho Internacional. Correos electrónicos: cjosi@scu.edu/claudia.josi@gmail.com. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) bajo el título original «Direct Democracy: What if there is a Conflict between the Will of the People and Fundamental Rights?» dentro del taller «Democracia directa».

of direct democracy and to what extent. In this context, the author questions whether the scope and enjoyment of fundamental rights may be subject to popular initiatives. Finally, several recommendations are made to improve the legal limits of popular initiatives and their control mechanisms to ensure that the scope and enjoyment of fundamental rights are not subject to the content of popular initiatives.

Key words: Direct democracy – limits of popular initiatives – fundamental rights – comparative constitutional law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RESTRICCIONES EN EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS INICIATIVAS POPULARES.– II.1. RESTRICCIONES EN LA MATERIA EN SUIZA.– II.2. RESTRICCIONES EN LA MATERIA EN CALIFORNIA.– III. EJEMPLOS RECIENTES DONDE LA MATERIA DE LAS INICIATIVAS PROPUESTAS HA ENTRADO EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– III.1. LA INICIATIVA SOBRE LOS MINARETES EN SUIZA.– III.2. «PROP 8» EN CALIFORNIA.– IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA.– IV.1. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INICIATIVAS POPULARES EN SUIZA.– IV.2. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INICIATIVAS POPULARES EN CALIFORNIA.– V. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS INICIATIVAS POPULARES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La iniciativa popular es uno de los mecanismos de democracia directa y de participación ciudadana más conocido en todo el mundo. A pesar de las diferencias en la forma en que los diferentes países desarrollan este mecanismo, existen ciertos elementos básicos comunes a la aplicación del mismo en todos los países. Mediante iniciativas populares, los ciudadanos tienen la facultad de proponer nuevas leyes o modificaciones a la Constitución. Por lo general, iniciativas populares son propuestas por grupos de ciudadanos organizados (como grupos de interés o partidos políticos). Además, normalmente las iniciativas pueden iniciarse sin el consentimiento del Poder Legislativo; o incluso, a pesar de la oposición del Congreso o Parlamento. De esta manera, las iniciativas populares pueden ser un medio poderoso para que los ciudadanos propongan activamente nueva legislación.

Igual que en cualquier otro proceso legislativo, puede haber restricciones legales relativas a la forma así como al contenido o a la materia de este mecanismo de democracia directa. Por ejemplo, posibles restricciones con relación a la materia podrían incluir el limitar la posibilidad de proponer ciertas iniciativas relacionadas con los derechos humanos u otros temas como la organización constitucional del Estado o el derecho internacional aplicable. Sin embargo, dado que las iniciativas populares gozan de una

legitimación especial y, muchas veces, se regulan por procedimientos diferentes a la legislación promulgada por la legislatura, a veces pueden ser usadas por sus proponentes para esquivar las restricciones a las que la legislación «ordinaria» está sujeta. Eso ha llevado a que, recientemente, se presenten varias iniciativas populares que entran en conflicto con los derechos de las minorías, derechos fundamentales de otros grupos afectados y otras garantías constitucionales.

Desde una perspectiva de análisis comparativo, este artículo explora si, y en qué medida, las legislaciones en Suiza y California establecen restricciones procedimentales y sustantivas a este mecanismo de democracia directa. Posteriormente, el artículo analiza dos ejemplos recientes —uno de Suiza y otro de California— donde surgieron conflictos entre las iniciativas populares y los derechos fundamentales. En este contexto, cuestiona si el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales pueden estar sujetos a iniciativas populares. Finalmente, este artículo hace ciertas recomendaciones destinadas a mejorar los límites legales de las iniciativas populares y de sus mecanismos de control, tales como el control administrativo (preelectoral) o la revisión judicial (pre y postelectoral), para garantizar que el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales no estén sujetos al contenido de iniciativas populares.

II. RESTRICCIONES EN EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS INICIATIVAS POPULARES

Las iniciativas populares pueden ser objeto de restricciones relacionadas con la forma y la materia. De importancia para este análisis son aquellas restricciones relacionadas con la materia. Estas son leyes que limitan el alcance o el contenido de las medidas electorales. Normalmente, estas restricciones impiden que las leyes aborden ciertos temas, tales como las libertades y derechos fundamentales, las instituciones religiosas u otras cuestiones políticamente complejas, tales como los impuestos y el presupuesto del Estado. En el siguiente capítulo, analizaremos las restricciones que Suiza y California han delimitado en cuanto al contenido de las iniciativas populares.

II.1. Restricciones en la materia en Suiza

El Artículo 139, párrafo 3 de la Constitución Federal de Suiza (1999) establece tres criterios para determinar la admisibilidad de una iniciativa popular¹. Los primeros dos se refieren a restricciones de

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

¹ En el artículo 139, párrafo 3 de la Constitución Federal de Suiza se definen las condiciones de iniciativas populares de la siguiente manera: «Cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total o parcialmente nula».

forma². El tercer criterio se refiere a la restricción material y establece que la iniciativa debe estar en armonía con las «disposiciones imperativas del derecho internacional», el denominado *ius cogens* internacional. Si una iniciativa popular entra en conflicto con el *ius cogens* internacional, el Parlamento Federal tiene la potestad de declararla inválida, con lo cual no se llevaría a cabo el voto sobre dicha iniciativa.

No obstante, esta restricción material a la posibilidad de que los proponentes puedan definir el contenido de una iniciativa es en sí limitada, ya que solo se refiere a las «disposiciones imperativas del derecho internacional», pero no al derecho internacional en general. Esto significa que si una iniciativa va en contra de acuerdos o normas internacionales que no forman parte del *ius cogens* internacional, el Parlamento no tiene la autoridad para declararla inválida y está obligado a presentar la iniciativa al voto popular³.

II.2. Restricciones en la materia en California

En los Estados Unidos, varios Estados que otorgan a los ciudadanos la iniciativa legislativa a través del mecanismo de la iniciativa popular han adoptado restricciones y regulaciones que limitan el alcance y contenido de dichas iniciativas. En California, el artículo 2 de la Constitución del Estado (1879) establece los límites de las iniciativas populares⁴. En la sección 12 de la Constitución del Estado de California se define el único límite material de iniciativas populares⁵ al establecerse que las iniciativas populares no pueden nombrar personas para ciertos mandatos o empresas para que presten ciertos servicios. En consecuencia, fuera de la exclusión de esas «iniciativas personalizadas», California no establece ninguna restricción relacionada con el contenido de una iniciativa.

2 En primer lugar, la iniciativa debe ser coherente en su forma. Este criterio requiere que una iniciativa sea formulada como un proyecto legislativo concreto o como una propuesta general. En segundo lugar, la iniciativa debe ser coherente en su contenido. Este criterio requiere que cada iniciativa aborde únicamente aquellas cuestiones que están estrechamente relacionadas entre sí. La vinculación de las diferentes materias que no están conectadas en una sola iniciativa no es permitida, ya que esto posiblemente confundiría a los votantes e impediría la expresión clara de su voluntad. Esta limitación tiene como objetivo garantizar que los ciudadanos puedan expresar claramente su opinión en el voto.

3 En el caso de una aceptación, su texto será interpretado como consistente con las obligaciones del derecho internacional como sea posible, con el fin de evitar un conflicto con estas obligaciones. Sin embargo, de no ser esto posible, la aprobación de una iniciativa con el voto popular debe ser entendida como un mandato implícito al Consejo Federal (Poder Ejecutivo) para derogar dicho tratado internacional.

4 En el artículo 2, sección 8 de la Constitución del Estado de California se establecen algunos criterios formales. Por ejemplo, al igual que la legislación suiza, la legislación del Estado de California establece la «regla de una sola materia», es decir, cada medida propuesta debe abordar un solo tema.

5 «No amendment to the Constitution, and no statute proposed to the electors by the Legislature or by initiative, that names any individual to hold any office, or names or identifies any private corporation to perform any function or to have any power or duty, may be submitted to the electors or have any effect» (Constitución del Estado de California, artículo 2, sección 12).

III. EJEMPLOS RECIENTES DONDE LA MATERIA DE LAS INICIATIVAS PROPUESTAS HA ENTRADO EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

195

III.1. La iniciativa sobre los minaretes en Suiza

En los últimos años, Suiza ha experimentado una serie de iniciativas populares que han desafiado el balance entre la voluntad del pueblo y el respeto de los derechos fundamentales de las minorías. Entre dichas iniciativas, la iniciativa sobre los minaretes fue uno de los momentos más oscuros de la democracia directa en Suiza. En noviembre de 2009, los ciudadanos suizos aceptaron una iniciativa popular que estableció una prohibición constitucional sobre la construcción de minaretes en el país. Desde que fue presentada como iniciativa popular, la propuesta levantó dudas sobre su legalidad. El gobierno suizo, así como una gran mayoría del Parlamento Federal de Suiza, estaba en contra de tal prohibición constitucional. Sin embargo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 139 (3) de la Constitución Federal, el Parlamento solo puede rechazar una iniciativa si viola «disposiciones imperativas del derecho internacional». En general, se acepta que estas normas de *ius cogens* incluyen la prohibición de crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la esclavitud y la tortura. Sin embargo, en el caso de la iniciativa sobre los minaretes, se disputó si el derecho afectado a la libertad religiosa ya había surgido como *ius cogens*. Después de largos debates, el Parlamento decidió que si bien la libertad religiosa era un derecho humano garantizado tanto por la Constitución como por estándares internacionales, el estado actual del derecho no permitiría afirmar que ya formaba parte del *ius cogens* internacional. Por ende, no tuvo fundamento para declarar la iniciativa inválida y la presentó al voto popular. Finalmente, la iniciativa ganó con el 57,5% de los votos (Oficina Federal de Estadísticas de Suiza, 2009; Asamblea Federal de Suiza, 2009), a pesar de la fuerte oposición del gobierno suizo, del Parlamento, de grupos de defensa de los derechos humanos, de iglesias y de los partidos liberales.

Debido a la organización particular del Poder Judicial suizo y la falta de un tribunal constitucional, el resultado de esta votación es vinculante y no está sujeto a una revisión judicial (abstracta). Eso se debe a que, en Suiza, el Tribunal Federal (la corte más alta del Estado) no tiene competencia para anular o derogar leyes. Como consecuencia, en Suiza, solo un acto administrativo concreto que aplique la legislación pertinente (por ejemplo, una decisión concreta de una entidad administrativa) puede ser impugnado como inconstitucional (ver más detalles en el apartado IV.1. del presente texto).

En este sentido, en el año 2009, el Tribunal Federal rechazó dos peticiones contra la nueva norma constitucional, ya que los peticionarios no pudieron

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

demostrar una afectación directa a sus derechos constitucionales por una decisión concreta y, por ende, no tenían legitimación para presentar dicha petición. De la misma manera, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó por razones procesales, en el año 2011, dos peticiones contra la nueva interdicción de construir minaretes. En consecuencia, después de la aprobación de la iniciativa por voto popular, una nueva norma constitucional que prohíbe la construcción de minaretes fue incluida en la Constitución Federal de Suiza.

III.2. «Prop 8» en California

Varias iniciativas populares en California también han aumentado las tensiones entre la voluntad expresada por el pueblo y la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales. Una de las más emblemáticas fue la aceptación por voto popular de la iniciativa popular número 8 (también llamada «Prop. 8») en noviembre de 2008.

«Prop. 8» fue una iniciativa popular que proponía una enmienda constitucional de la Constitución del Estado de California para definir el matrimonio como exclusivamente aplicable a parejas de distinto sexo⁶. La aprobación de esta propuesta añadió una nueva disposición en la Constitución del Estado de California, la cual establece que «solo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California» (Constitución del Estado de California, artículo 1, sección 7.5.).

Los partidarios de «Prop 8» argumentaban que la iniciativa no era un ataque al «estilo de vida» gay, sino más bien un esfuerzo por preservar lo que ellos consideran como valores fundamentales en torno a la visión del matrimonio tradicional. Por otra parte, los opositores de «Prop. 8» argumentaban que la iniciativa era inconstitucional por razones de debido proceso e igualdad ante la ley, ya que codificaba la discriminación de las parejas del mismo sexo y no proporcionaba igualdad de condiciones en los matrimonios. Finalmente, «Prop. 8» fue aprobada por voto popular con una mayoría del 52% en noviembre de 2008.

El debate sobre la constitucionalidad de «Prop. 8» ha recorrido un largo camino, a través del sistema judicial de California, desde su aprobación por voto popular en 2008. En el caso Perry contra Schwarzenegger, de 4 de agosto de 2010, el juez de distrito Vaughn Walker declaró inconstitucional esta prohibición, ya que violaba las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley (Corte de Distrito de los Estados

⁶ El texto original de la propuesta era el siguiente: «Section 1. Title: This measure shall be known and may be cited as the "California Marriage Protection Act. Section 2. Article I: Section 7.5 is added to the California Constitution, to read: Sec. 7.5. Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California"».

Unidos (Distrito Norte de California), 2010, p. 927). Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos, el 7 de febrero de 2012, en el caso Perry contra Brown. Según la Corte, lo que hizo inconstitucional a «Prop 8» era que parejas del mismo sexo ya tenían el derecho a casarse en el Estado de California, un derecho que les fue quitado por la iniciativa. «Retirarle a un grupo desfavorecido un derecho con consecuencias sociales importantes, es diferente a dejar de extender ese derecho [a ese grupo] en primer lugar», escribió el juez Stephen Reinhardt (Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos, 2012, p. 1080).

En el año 2013, el caso fue considerado por la Corte Suprema de EE.UU. (Thomaston & otros, 2012). Sin embargo, en su decisión, la Corte evitó decidir si la iniciativa violaba las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley a la luz de la Constitución de los EE.UU. Más bien, decidió desestimar el recurso de apelación presentado por los proponentes de «Prop 8» por razones de jurisdicción, al dictaminar que los particulares no tenían legitimación para defender iniciativas aprobadas por los votantes de California (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2013).

A pesar de que esta decisión fue un tanto decepcionante para los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, al desestimar el caso, la Corte dejó en efecto la decisión de primera instancia que permitía la reincorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el orden jurídico del Estado de California. Pocas horas después de la sentencia, el gobernador de California, Jerry Brown, ordenó a los condados estatales que debían comenzar a emitir licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo en California y, tan pronto como el Noveno Circuito confirmó la sentencia, la suspensión fue retirada. Brown sostuvo que él interpretaba la decisión del Tribunal en el sentido de que «Prop 8» había sido inconstitucional e inaplicable desde un inicio (Mears, 2013).

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA

El debate en torno a la constitucionalidad de «Prop 8», así como el dilema relativo a la legalidad de la «iniciativa sobre los minaretes» han planteado interrogantes importantes con respecto a las restricciones legales sobre el contenido y el objeto de las iniciativas populares, así como con respecto a sus mecanismos de control. En el siguiente apartado, intentaremos analizar y comparar las limitaciones legales existentes para la presentación de iniciativas populares y sus mecanismos de control, asimismo, buscaremos desarrollar propuestas de mejora de la organización legal actual.

197

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

IV.1. Análisis crítico del régimen jurídico de las iniciativas populares en Suiza

En los últimos diez años, las iniciativas populares, como la iniciativa contra los minaretes, han entrado en conflicto cada vez de manera más frecuente con los derechos fundamentales y otras obligaciones de derecho internacional. Si bien en el pasado también se habían presentado iniciativas que eran, hasta cierto punto, incompatibles con los derechos fundamentales, el hecho de que dichas iniciativas sean aceptadas por el voto popular es una tendencia reciente (Ritter, 2012).

Estos conflictos son aun más críticos debido a la estructura del Poder Judicial de Suiza. Como resultado de la falta de un tribunal constitucional como tal en Suiza, donde la legislación pueda ser impugnada, el resultado de una consulta popular es vinculante y no está sujeto a la revisión judicial (abstracta). La Constitución Federal Suiza establece en el artículo 190 que la administración federal y las Cortes Federales están obligadas a aplicar las leyes federales y el derecho internacional. Este mandato de aplicación imperativa de la ley federal se aplica también a la Corte Federal de Suiza (el más alto tribunal del Poder Judicial suizo, similar a la Corte Suprema de los EE.UU.) y le niega competencia a la Corte para anular, derogar o rechazar su aplicación, incluso en caso encuentre una incompatibilidad entre una ley federal y la Constitución (Constitución Federal de Suiza, artículo 189). Si bien la Corte puede determinar cuándo una ley federal es incompatible con la Constitución Federal, no tiene competencia para anular o derogar dicha ley. Por ello, en Suiza, solo un acto administrativo concreto (por ejemplo, una decisión concreta de una entidad administrativa) puede ser impugnado como inconstitucional y anulado por la Corte Federal en caso que esta establezca una violación de derechos constitucionales. Sin embargo, esto no afecta la validez de la ley en cuestión y los tribunales suizos continúan estando obligados a aplicar dicha ley.

Andreas Gross, un miembro del Partido Social Demócrata de la Cámara de Representantes de Suiza, sostiene que los resultados de la votación minarete contribuirán a un replanteamiento de la democracia Suiza. «Los suizos han aprendido ahora que hay un problema [con la democracia directa] y que no se puede votar sobre los derechos humanos básicos», dijo en 2010 (Slater, 2010). En respuesta a varias iniciativas populares que han entrado en conflicto con derechos fundamentales en los últimos años, el gobierno suizo está considerando distintas medidas para fortalecer las restricciones a tales iniciativas y aumentar el control respecto del contenido de las mismas.

Una de las propuestas se centra en el fortalecimiento de la capacidad del Parlamento para declarar inválida una iniciativa cuando esta entra en conflicto con los derechos fundamentales. Como se mencionó en

el punto II, hasta ahora, el Parlamento solo puede declarar inválida una iniciativa popular cuando esta es incompatible con el *ius cogens* internacional. La moción parlamentaria presentada hace dos años por Daniel Vischer, un miembro de la Comisión sobre Instituciones Políticas de la Cámara de Representantes, quiere ampliar las limitaciones materiales de las iniciativas populares para prohibir aquellas que pretendan menoscabar los derechos fundamentales (Slater, 2009). Aquí, sin embargo, se presenta la pregunta sobre el alcance de los «derechos fundamentales» que tienen que ser protegidos. ¿Son estos los derechos fundamentales garantizados por la Constitución o los derechos humanos reconocidos a nivel internacional? ¿Y quién ha de definir estos límites —una corte nacional o un Tribunal Internacional como la Corte Europea de Derechos Humanos—? Un análisis sobre dónde se deben establecer exactamente estos límites excede el alcance de este artículo. Sin embargo, la necesaria redefinición de la limitación de la materia se podría basar en el concepto del «núcleo de los derechos fundamentales», tal como lo ha definido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En todo caso, se ha demostrado que la restricción actual del *ius cogens* internacional es insuficiente.

Andreas Auer, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Zúrich y director del Centro para la Democracia Directa en Aarau, concuerda con que Suiza tiene que desarrollar propuestas para «evitar que la gente ponga en marcha iniciativas que violan directamente los derechos humanos garantizados internacionalmente» (Slater, 2009). Sin embargo, considera que el Gobierno y el Parlamento no deberían tener la última palabra sobre si un voto puede someterse o no a votación del pueblo. Para él, y para muchos otros, la última palabra la deben tener jueces en una corte (Slater, 2009).

IV.2. Análisis crítico del régimen jurídico de las iniciativas populares en California

Tal y como la experiencia con «Prop 8» ha demostrado, también en California, la falta de una limitación clara sobre la materia que puede estar sujeta a iniciativa popular ha llevado a conflictos entre la voluntad del pueblo y los derechos fundamentales. Sin embargo, a pesar que la legislación de California no proporciona mayor regulación respecto a los límites materiales de las iniciativas populares, en esta jurisdicción el Poder Judicial ha desarrollado importantes condiciones para determinar la validez de una iniciativa. A través de los años, las cortes en California reiteradamente han interpretado que las iniciativas deben cumplir con el requisito de constitucionalidad de la misma manera que otras piezas legislativas promulgadas por el Poder Legislativo (Corte Suprema de California, 1983, p. 27). Esta práctica de revisión judicial ha producido abundante jurisprudencia con respecto a la constitucionalidad de las

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

iniciativas populares y, en varios casos, ha llevado a la anulación de iniciativas aun después de ser aprobadas por el pueblo. En este sentido, las cortes pueden declarar la invalidez de aquellas iniciativas que entren en conflicto con una disposición constitucional existente, ya sea del Estado o de la Constitución de los EE.UU. (Westen, 2008).

El caso emblemático que ha desarrollado este principio del requisito de constitucionalidad que limita el poder legislativo del pueblo es el caso de la Legislatura contra Deukmejian (Corte Suprema de California, 1983). En este caso, los proponentes de una iniciativa popular trataron de argumentar que las iniciativas deben estar exentas de las reglas constitucionales aplicables al proceso legislativo de elaboración de las leyes. La Corte Suprema de California rechazó este argumento y afirmó que el poder de iniciativa es una forma de poder legislativo «que de otra forma residiría en la Legislatura» y, por lo tanto, estaba sujeto a las mismas reglas y limitaciones (Corte Suprema de California, 1983, p. 27). En el mismo sentido, en el caso de Wallace contra Zinman (Corte Suprema de California, 1927), la Corte inequívocamente confirmó que las iniciativas tienen que cumplir con los mismos límites constitucionales y normas que las leyes ordinarias.

Como resultado de lo anterior, en California puede ser impugnada la legalidad de una iniciativa popular en las cortes, incluso después de haber sido aceptada por el voto popular. Así, aproximadamente dos tercios de las iniciativas populares aceptadas por voto popular han sido impugnadas posteriormente por sus opositores. De 1964 a 2007, al menos un tercio de las iniciativas aceptadas (21 de 65) han sido anuladas por las cortes ya sea completamente o al menos parcialmente (Westen, 2008). Las iniciativas han sido impugnadas sobre la base de una amplia variedad de argumentos, pero a menudo las cortes estatales y federales han anulado iniciativas por violar algún principio constitucional (Holman & Stern, 1998). En consecuencia, la revisión judicial (y con esto la protección de los derechos fundamentales individuales) es desarrollada de mejor manera en California que en Suiza, donde el Parlamento tiene la última palabra con relación a la validez de una iniciativa popular, y no existe un control de constitucionalidad después de la votación del pueblo.

Sin embargo, la pregunta es si esta fuerte revisión postelectoral (sin ningún control previo que impida que iniciativas claramente inconstitucionales sean sometidas a votación en primer lugar) es la mejor solución. A diferencia de Suiza, la legislación de California no requiere ninguna revisión de la forma o el contenido de una iniciativa popular como paso previo al proceso de recolección de firmas. Esto significa que ningún control previo revisa la legalidad o constitucionalidad de las iniciativas antes de la votación popular. En consecuencia, la revisión judicial postelectoral ha llevado a la frustración entre los ciudadanos de

California, en la medida en que se presentan iniciativas populares, se llevan a cabo campañas electorales gastando millones de dólares, se les pide a los votantes que decidan y voten sobre la materia y, al final, las cortes invalidan las reformas legislativas o constitucionales ya aceptadas por votación popular.

Una solución a este problema podría ser una revisión judicial preelectoral de las iniciativas populares. Sin embargo, a pesar de que el principio de la revisión judicial de las iniciativas aparece firmemente consolidado en los EE.UU., los estudios han demostrado que los tribunales de algunos Estados, California inclusive, expresan deferencia considerable a las iniciativas y han mostrado renuencia a eliminar una iniciativa de la boleta antes de una elección (Holman & Stern, 1998). Además, la mayoría de los tribunales actúa con moderación cuando se trata de la revisión de iniciativas populares, especialmente en cuestiones materiales y no procesales (Holman & Stern, 1998). Esta moderación se debe a la idea de que una iniciativa aún no está al alcance del poder judicial, para ello debe pasar de ser una simple propuesta de ley a ley vigente (Gordon & Magieby, 1989, p. 311). La Corte Suprema de California ha declarado que «por lo general es más apropiado revisar la constitucionalidad y otras impugnaciones hechas a las propuestas electorales o a las medidas de iniciativa, después de una elección, en lugar de perturbar el proceso electoral, obstaculizando el ejercicio del sufragio del pueblo, en ausencia de una muestra clara de nulidad» (Corte Suprema de California, 1982, p. 4). En consecuencia, en California, solo seis iniciativas han sido sometidas a revisión judicial preelectoral. De estas, tres han sido eliminadas de la papeleta de votación. Con mayor frecuencia, en California las iniciativas son verificadas después de que los votantes las han aprobado (Holman & Stern, 1998). Sin embargo, una verificación sistemática y previa de la legalidad y de la constitucionalidad de una iniciativa ayudaría a prevenir la frustración del pueblo al votar sobre algo que posteriormente será anulado por un tribunal.

Otra opción sería un control administrativo, similar al suizo, o una revisión judicial preelectoral de carácter obligatorio. Un sistema de revisión judicial preelectoral se ha establecido en el Estado de Florida, donde la Constitución requiere que la Corte Suprema del Estado revise los aspectos formales y materiales de una iniciativa popular cuando esta haya logrado recoger el 10% de las firmas requeridas. El umbral del 10% evita sobrecargar al tribunal con propuestas que probablemente no irían a votación, pero garantiza una revisión judicial preelectoral de aquellas que eventualmente podrían llegar a votación (California Commission on Campaign Financing, 1992, pp. 108-109).

201

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

Por supuesto, la revisión preelectoral de una iniciativa popular tendría que hacerse tomando en cuenta el derecho a la libertad de expresión. Mucho más que en Suiza, este derecho está profundamente arraigado en los valores constitucionales de Estados Unidos. Algunos especialistas en la materia sostienen que la revisión judicial de las iniciativas antes de la votación violaría la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. (Radcliffe, 1994, pp. 430-431). Asimismo, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró, en el caso Meyer contra Grant, que el discurso político en un proceso de iniciativa debe estar libre de interferencias estatales relacionadas con el contenido (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1988; Radcliffe, 1994). Este asunto merece un análisis más profundo que excede el alcance de este artículo, pero basta señalar que la experiencia de Florida ha demostrado que la revisión judicial previa a las votaciones no necesariamente entraría en conflicto con el derecho a la libertad de expresión (California Commission on Campaign Financing, 1992, pp. 108-109).

V. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS INICIATIVAS POPULARES

Desde las primeras experiencias democráticas en Roma y Atenas, los mecanismos de democracia directa han fortalecido la participación ciudadana en el proceso de la toma de decisiones políticas. Sin embargo, hay buenas razones para proceder con cautela, especialmente cuando se trata de permitirle a una mayoría modificar o restringir los derechos constitucionales o derechos de las minorías. En este sentido, hacen falta dos tipos de medidas: por un lado, una mejor limitación de la materia sujeta a votación popular, por otro lado, la mejora de los mecanismos de control. En cuanto a lo primero, la experiencia de la «iniciativa sobre los minaretes» (y otras iniciativas similares en Suiza) ha demostrado que las disposiciones imperativas del derecho internacional o el *ius cogens* internacional son una limitación insuficiente para las iniciativas populares. Por lo tanto, Suiza debería desarrollar nuevas condiciones para el ejercicio de la democracia directa, a fin de garantizar una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas. Como es el caso en California, Suiza debería considerar como límite a las iniciativas populares los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, o los derechos humanos, tal como están garantizados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado sea Parte.

Con relación a lo segundo, se ha visto que también los mecanismos de control requieren ser fortalecidos. La experiencia suiza ha puesto de manifiesto que es necesario un mecanismo de revisión judicial preelectoral o postelectoral. A pesar de que el control administrativo

existente es un medio conveniente y eficiente para que el Estado regule determinados aspectos del proceso de iniciativa popular, las posibilidades de fracaso o abuso son altas. Dado que los miembros del Parlamento están bajo la presión de una reelección, son susceptibles de tomar decisiones acerca de la legalidad de una iniciativa electoral sobre la base de consideraciones más políticas que jurídicas. Gracias a la independencia judicial, los jueces son menos propensos a ser afectados por estas consideraciones. Con el fin de garantizar el imperio de la ley y la igual protección de todos los ciudadanos, es necesaria la revisión judicial por tribunales independientes. Esto es aun más necesario cuando se trata de la protección de los derechos de las minorías.

Al mismo tiempo, para California, la revisión judicial preelectoral podría ser una solución que ayudaría a evitar la frustración que provocan las iniciativas populares cuando son declaradas inconstitucionales solamente después de la votación por parte de los ciudadanos. Un sistema de control administrativo previo, similar a una opinión consultiva (como la propuesta presentada por Suiza) o la revisión judicial preelectoral sistemática similar a la de Florida, ayudaría a garantizar de mejor manera los derechos fundamentales y constitucionales, evitando al mismo tiempo la frustración de los votantes en California.

Los mecanismos de democracia directa son una herramienta importante en el orden jurídico y la concepción de la democracia. Sin embargo, la democracia es más que la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Es también la protección de las minorías y el respeto del imperio de la ley. Por ello, los mecanismos de democracia directa deben estar sujetos a ciertos límites, en la medida en que la voluntad de las personas puede llegar a convertirse en ley.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Federal Suiza (2009). *Volksabstimmung vom 29. November 2009*. Recuperado de <http://www.parlament.ch/d/wahlen-abstimmungen/volksabstimmungen/volksabstimmungen-2009/abstimmung-2009-11-29/seiten/default.aspx>.

California Commission on Campaign Financing (1992). *Democracy by Initiative: Shaping California's Fourth Branch of Government*. Los Ángeles. Recuperado de <http://policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/215.pdf>.

Constitución del Estado de California (1879).

Constitución Federal de Suiza (1999).

Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos (2012). *Perry v. Brown*. *Federal Reporter, Third Series*, 681, 1065. 681 F.3d 1065 (9th Cir. 2012)

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

Corte de Distrito de los Estados Unidos (Distrito Norte de California) (2010). *Perry v. Schwarzenegger*. C 09-2292 VRW. 4 de agosto de 2010. *Federal Supplement. Second Series*, 704, 921-1004. 704 F. Supp 2d 921 (N.D. Cal. 2010).

Corte Suprema de California (1927). *Wallace v. Zinman*. 4 de marzo de 1927. *Pacific Reporter*, 254, 946. 254 P. 946 (Cal. 1927).

Corte Suprema de California (1982). *Brosnahan v. Eu*. 11 de marzo de 1982. *California Reports. Third Series*, 31, 1. 31 Cal.3d 1 (Cal. 1982).

Corte Suprema de California (1983). *Legislature v. Deukmejian*. *Pacific Reporter. Second Series*, 669, 17. 669 P2d 17 (Cal. 1983).

Corte Suprema de los Estados Unidos (1988). *Meyer v. Grant*. 6 de junio de 1988. *United States Reports*, 486, 414-428. 486 U.S. 414 (1988).

Corte Suprema de los Estados Unidos (2013). *Hollingsworth et al. v. Perry et al.* 26 de junio de 2013. *United States Reports*, 570, expediente 12-144. 570 U.S. __ (2013).

Gordon III, James D. & David Magieby (1989). Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums. *Notre Dame Law Review*, 64 (3), 298-320.

Holman, Craig B. & Robert Stern (1998). Judicial Review of Ballot Initiatives: The Changing Role of State and Federal Courts. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31 (4), 1239-1266. Recuperado de <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol31/iss4/6>.

Mears, Bill (2013). Supreme Court dismisses California's Proposition 8 appeal. *CNN*, 27 de junio. Recuperado de <http://www.cnn.com/2013/06/26/politics/scotus-prop-8/>.

Oficina Federal de Estadísticas de Suiza (2009). Abstimmungen – Indikatoren. Eidgenössische Volksabstimmungen 2009 – Übersicht. Recuperado de <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/17/03/blank/key/2009/01.html>.

Radcliffe, M. Sean (1994). Pre-Election Judicial Review of Initiative Petitions: An Unreasonable Limitation on Political Speech. *Tulsa Law Review*, 30 (2), 425-445.

Ritter, Adrian (2012). Kalifornien als Vorbild. *UZH News*, 23 de agosto. Recuperado de <http://www.uzh.ch/news/articles/2012/kalifornien-als-vorbild.html>.

Slater, Julia (2009). Defending popular rights — by limiting them?. *Swissinfo*, 1 de diciembre. Recuperado de http://www.swissinfo.ch/eng/politics/internal_affairs/Defending_popular_rights_by_limiting_them.html?cid=7813618.

Slater, Julia (2010). The Swiss vote more than any other country. *Swissinfo*, 29 de marzo. Recuperado de http://www.swissinfo.ch/eng/specials/switzerland_for_the_record/world_records/The_Swiss_vote_more_than_any_other_country.html?cid=8483932.

Thomaston, Scottie & otros (2012). Supreme Court Will Hear Challenges to Prop 8, DOMA. *The Huffington Post*, 7 de diciembre. Recuperado de http://www.huffingtonpost.com/scottie-thomaston/supreme-court-will-hear-challenges-to-prop-8-doma_b_2260539.html.

Westen, Tracy (2008). *Democracy by Initiative: Shaping California's fourth branch of government* (segunda edición). Los Ángeles: Center for Governmental Studies. Recuperado de <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/5800.pdf>.

Recibido: 09/09/2015
Aprobado: 01/10/2015

205

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

Vigilancia y privilegio periodístico en la era de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones bajo la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Constitución de la República de Polonia

Journalistic monitoring and privilege in the era of new telecommunications technologies under the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Constitution of the Republic of Poland

JAN PODKOWIK*

Resumen: La era digital ha reconfigurado los servicios de seguridad, sobre todo las formas de vigilancia masiva que buscan prevenir distintas amenazas para la sociedad. No obstante, este escenario puede convertirse en problemático desde la perspectiva de la protección de la libertad de los medios de comunicación y del privilegio periodístico. El autor del presente artículo nos ofrece un panorama sobre los alcances de la tutela del privilegio periodístico en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como sobre su tratamiento en Polonia a partir de los desarrollos realizados por su Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Privilegio periodístico – vigilancia masiva – secreto profesional – libertad de prensa – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Tribunal Constitucional de Polonia

Abstract: The digital age has reconfigured the security services, especially the forms of mass surveillance aimed at preventing various threats to society. However, this scenario may become problematic from the perspective of protecting the freedom of the media and journalistic privilege. The author of this article offers an overview of the scope of the protection of the journalistic privilege pursuant to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as its management in Poland from the developments prepared by its Constitutional Court.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Varsovia y Profesor Asistente en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Jagellónica de Cracovia (investigador posdoctoral en el proyecto: «Implicación de la jurisdicción constitucional en las relaciones jurídicas de los privado-partidos»); empleado de la ley en la Oficina del Tribunal Constitucional de la República de Polonia. Anteriormente trabajó en la oficina del Defensor de los Derechos Humanos y en la Universidad Nacional de Defensa (Varsovia, Polonia). Correo electrónico: podkowik@trybunal.gov.pl

Key words: Journalistic privilege – mass surveillance – professional secret – press freedom – European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – European Court of Human Rights – Polish Constitutional Tribunal

CONTENIDO: I. LA NATURALEZA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.– II. EL SIGNIFICADO DEL SECRETO PERIODÍSTICO Y SU PROTECCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CEDH Y LA CONSTITUCIÓN DE POLONIA DE 1997.– III. LA VIGILANCIA Y EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN PERIODÍSTICA.– IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 30 DE JULIO DE 2014.– V. DESAFÍOS PARA EL LEGISLADOR Y LA PRÁCTICA.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NATURALEZA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

I.1. El propósito de este trabajo es exponer el problema de las violaciones del secreto periodístico, en particular, de la confidencialidad de las fuentes periodísticas, con respecto al uso de las medidas de vigilancia electrónica, en particular la llamada vigilancia masiva.

I.2. El desarrollo de nuevas tecnologías basadas en las redes de telecomunicaciones y comunicaciones por satélite ha contribuido a los cambios en los procesos de recolección, procesamiento y transferencia de datos entre los diferentes tipos de entidades. Aparte de la telefonía fija y móvil, han ido apareciendo el correo electrónico, la telefonía por Internet (VOIP) y otros servicios de mensajería por Internet, incluida la comunicación por satélite, que cada vez es más común (Zittrain, 2008). En la práctica, esas formas de comunicación han reemplazado fundamentalmente a las tradicionales, como la correspondencia.

Hoy en día, Internet no es solo una forma de comunicación, cada vez es más importante para la computación en nube, que permite el acceso universal, conveniente y concedido bajo demanda a un conjunto compartido de recursos, incluyendo espacios entre los discos y los servidores o aplicaciones para editar textos, imágenes y otros contenidos multimedia, comercio electrónico, e-learning, etcétera (Rittinghouse & Ransome, 2010; Pearson & Yee (eds.), 2013). Por lo tanto, Internet permite el acceso remoto a los recursos almacenados en la nube desde cualquier lugar del mundo y por cualquier dispositivo electrónico, sin almacenar los datos en los discos duros y sin ningún contacto físico con la unidad.

I.3. El desarrollo tecnológico es uno de los factores que ha contribuido a un cambio fundamental en el modelo operativo de las fuerzas de policía y los servicios de inteligencia. La transferencia masiva de datos, junto con su extraterritorialidad han exigido que los servicios de seguridad

se mantengan al día con una realidad social dinámica. La vigilancia con un objetivo específico, que consiste en las escuchas telefónicas o la incautación a documentos concretos con una orden judicial, ha sido sustituida por la denominada vigilancia preventiva. Esta última está basada en sistemas inteligentes utilizados para la recolección, almacenamiento y análisis del contenido de los mensajes transmitidos a través de redes de telecomunicaciones, la información almacenada en los discos virtuales o diferentes tipos de metadatos. Tal forma de vigilancia se lleva a cabo no solo para detectar delitos graves ya cometidos, como el espionaje o el terrorismo, sino para identificar las amenazas y prevenir su aparición. Esto es así pues actualmente el enfoque ha cambiado y ha pasado de la detección de amenazas a la prevención de amenazas.

La divulgación de los métodos de vigilancia causaría inevitablemente su ineficacia (Tribunal Constitucional de Polonia, 2005, parte III, 1.1.). En la práctica, el público tiene un conocimiento elemental sobre las acciones realizadas sobre la base de informes lacónicos entregados por las autoridades de supervisión. Sin embargo, también recibe información adicional a través de las actividades de los informantes¹. Parece ser que cierto grado de desinformación —incluso sobre formas de vigilancia y sus estadísticas generales— ha sobrepasado el punto crítico. La sociedad —no solo en los países del antiguo bloque soviético, donde después de la II Guerra Mundial se instalaron sistemas de supervisión, sino también en los países con democracias bien establecidas— no está de acuerdo con sacrificar su propia libertad y la privacidad en aras de una promesa incierta de seguridad. La renuencia a nuevos métodos de protección de la seguridad nacional, que impliquen injerencia en la esfera privada, se hace más común sobre todo en la eficacia de la denominada vigilancia masiva, la cual es criticada incluso por antiguos miembros de alto rango de los servicios que están bien familiarizados con la eficacia de tales medidas² y los órganos parlamentarios o internacionales de protección de los derechos humanos (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2014; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2015a).

1 Un ejemplo de modelo del control parlamentario de los servicios de inteligencia es la reacción del Parlamento Europeo a la divulgación de información por Edward Snowden de la colección masiva de datos por la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de los Estados Unidos y la cooperación con las agencias de los Estados miembros. Como resultado de la alarma de Snowden, se examinó el problema. Por lo tanto, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo llevó a cabo su propia investigación, cuyos resultados fueron recogidos en el documento de trabajo sobre los Programas de vigilancia de los Estados Unidos y los Estados miembros de la UE y su repercusión sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Sobre la base de este documento, se aprobó la resolución correspondiente (Parlamento Europeo, 2014b).

2 Según un memorándum abierto presentado al presidente Obama por antiguos directivos de la NSA, la colección masiva de datos no aumenta la capacidad de prevenir futuros ataques terroristas; mientras que los autores subrayan que la vigilancia masiva llevada a cabo por la NSA no ha resultado en la prevención de ningún ataque y que miles de millones de dólares se han gastado en programas que son menos eficaces y mucho más intrusivos en las relaciones jurídicas de la privacidad de los ciudadanos que otros tipos de tecnología (NSA Insiders Reveal What Went Wrong, 2014).

I.4. Diversas formas de vigilancia son muy conocidas en todo el mundo. Las formas más comunes son, por ejemplo, escuchas telefónicas y otras medidas técnicas que permitan acceso al contenido de los mensajes de telecomunicaciones. Por lo general, están permitidas solo con el fin de prevenir o combatir delitos graves. Además, se requiere la aprobación de un tribunal u otro órgano imparcial para su uso. La admisibilidad de dichas medidas en un Estado democrático de derecho es incuestionable (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1978; 1984; 1990; 2001; 2006; 2007a; 2007b; 2009a; 2010a; 2012a).

Durante varios años, la policía y los servicios de inteligencia de todo el mundo se han beneficiado de los metadatos de las telecomunicaciones —datos de tráfico y de localización, sin el contenido de la información transmitida— (Bignami, 2007; Stalla-Bourdillon, 2014, p. 59; para la retención de datos en Canadá, China, Reino Unido, Estados Unidos, Alemania, Israel, India, Australia y Japón, véase Cate & otros (eds.), 2012). La obligación de recopilar metadatos en la Unión Europea se impuso a los proveedores de telecomunicaciones por la Directiva 2006/24/CE (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2006), la cual fue recientemente anulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, 2014). En términos generales, la Directiva obliga a los proveedores de telecomunicaciones a retener ciertas categorías de datos por un período de entre seis meses y dos años y ponerlos a disposición, previa solicitud, de las autoridades policiales para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves y actos de terrorismo.

Sobre la base de estos datos, resulta posible determinar el flujo de información dentro de un grupo de entidades para reconstruir los procesos de toma de decisiones e incluso la jerarquía de grupos criminales, así como para identificar qué individuos se comunican entre sí en determinado lugar y tiempo (Xu & otros, 2004; Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2010). Según el TJUE, teniendo en cuenta la creciente importancia de los medios de comunicación electrónica, los datos retenidos brindan a las mencionadas autoridades oportunidades adicionales para esclarecer los delitos graves, por ello, son una herramienta valiosa para las investigaciones criminales. En consecuencia, la retención de datos puede considerarse como apropiada para alcanzar el objetivo perseguido por dicha Directiva.

La lucha contra las formas graves de corrupción —en especial contra la delincuencia organizada y el terrorismo— es, de hecho, de suma importancia a fin de garantizar la seguridad pública y su efectividad puede depender, en gran medida, de la utilización de técnicas modernas de investigación. Sin embargo, como explicó el TJUE, la Directiva no establece ningún criterio objetivo mediante el cual se limite el número

de personas autorizadas a acceder y utilizar los datos retenidos a lo estrictamente necesario a la luz del objetivo perseguido.

Adicionalmente, el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados no depende de un examen previo llevado a cabo por un tribunal o por un órgano administrativo independiente, cuya decisión trataría de limitar el acceso a los datos y su uso a lo estrictamente necesario para la finalidad de alcanzar el objetivo perseguido y cuya intervención sigue una solicitud motivada de dichas autoridades presentadas en el marco de los procedimientos de prevención, detección o enjuiciamiento penal. Por otra parte, el período de retención se ajusta a entre un mínimo de 6 meses y un máximo de 24 meses, pero no se establece que la determinación del período debe basarse en criterios objetivos a fin de garantizar que se limite a lo estrictamente necesario. La Directiva no establece reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia en los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Hoy en día existe *software* de inteligencia de vigilancia masiva que permite recoger diferentes tipos de datos de personas no identificadas y luego analizarlos en términos de criterios programados —por ejemplo, palabras clave, números—. Programas como PRISM, Xkeyscor, MUSCULAR, Tempora y otros prestan servicios de inteligencia de acceso a los recursos de los proveedores de telefonía o Internet (Parlamento Europeo, 2014a). En tales casos, los riesgos asociados a este tipo de vigilancia preventiva de los ciudadanos son reconocidos correctamente, ya que dicha vigilancia no se dirige contra personas sospechosas de actividades ilegales, sino contra cualquier persona que utiliza los nuevos medios de comunicación a distancia o herramientas de procesamiento y almacenamiento de datos. Por lo tanto, el riesgo de ser sometidos a la vigilancia no depende de que se incurra en un delito, sino que el simple hecho de utilizar determinados medios de comunicación es suficiente para estar en riesgo.

I.5. En mi opinión, el desarrollo tecnológico, por un lado, y el cambio de la metodología de operación de la policía y los servicios de inteligencia, por el otro, redefinen la clasificación legal de la privacidad y el privilegio periodístico. El problema central en la era digital no es la cuestión de si se puede exigir la divulgación de la identidad de los informantes a través de una orden judicial (lo que era un tema fundamental en la era de la comunicación analógica), sino, más bien, cómo los efectos de la interferencia con el privilegio periodístico, en lo que respecta a las herramientas automáticas para la recolección y análisis de datos, podrían ser minimizados.

Las preguntas fundamentales son: ¿cuándo podemos hablar de una violación del privilegio periodístico? ¿Descargar los datos personales

211

VIGILANCIA Y PRIVILEGIO PERIODÍSTICO EN LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LAS TELECOMUNICACIONES BAJO LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

JOURNALISTIC MONITORING AND PRIVILEGE IN THE ERA OF NEW TELECOMMUNICATIONS TECHNOLOGIES UNDER THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

almacenados en la nube, la cual contiene información sujeta al secreto periodístico, constituye una violación? ¿Solo se considera interferencia el análisis directo de datos conducente a la identificación de la periodista y su fuente? Preocupaciones similares se relacionan con las circunstancias en las que se obtiene información por los servicios de inteligencia. Por ejemplo, se plantea la cuestión de si existe una violación al privilegio periodístico solo después de la negativa del periodista a proporcionar la información, citando privilegio periodístico, o tal vez una violación del privilegio periodístico tiene lugar siempre que los servicios entraran en posesión de información que se genera y se asocia con la actividad periodística de una persona determinada. Por último, otro problema se refiere al derecho a la protección, en particular, si ese derecho incluye entidades involucradas en el periodismo ciudadano —que no trabajan como periodistas profesionales—.

Hasta cierto punto, tales dilemas resultan de las deficiencias de las soluciones legislativas aplicadas en un período de comunicaciones analógicas, las cuales no son adecuadas para procesos masivos de intercambio de información en la era de la comunicación digital.

I.6. El problema de la protección de la libertad de los medios y el privilegio periodístico son aún de vital importancia (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 2015b; Dobbie (ed.), 2013). Dar respuestas a todas las cuestiones antes mencionadas, no es posible en este momento. Por lo tanto, me centraré en solo tres preguntas principales. En primer lugar, si las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —más conocido como la Convención Europea de sobre los Derechos Humanos (CEDH)— y del Tribunal Constitucional de Polonia en relación con el privilegio periodístico siguen siendo adecuadas para la evaluación de la legislación y la práctica del uso en vigilancia masiva y las nuevas tecnologías. En segundo lugar, ¿qué criterios deben tenerse en cuenta para evaluar la proporcionalidad de la interferencia en el privilegio periodístico ocasionada por la vigilancia? En tercer lugar, me gustaría hacer referencia al caso relativo a la constitucionalidad de las disposiciones polacas sobre el control operativo y la retención de datos. El 30 de julio de 2014, el Tribunal Constitucional de Polonia dictaminó que algunas disposiciones de la ley de vigilancia —el llamado control operacional y la retención de datos— son inconstitucionales (Tribunal Constitucional de Polonia, 2014.). Estas disposiciones fueron controvertidas ya que, entre otras cosas, no protegían suficientemente el secreto profesional, sobre todo de abogados y periodistas, ni los privilegios médicos. Por esta razón, fueron declaradas incompatibles con el derecho a la defensa (artículo 42, apartado 2), el derecho a la intimidad (artículo 47) y la libertad de expresión (artículo 54, párrafo 1 de la Constitución polaca).

II. EL SIGNIFICADO DEL SECRETO PERIODÍSTICO Y SU PROTECCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CEDH Y LA CONSTITUCIÓN DE POLONIA DE 1997

II.1. El uso de la información obtenida de informantes confidenciales es una de las herramientas más valiosas para los periodistas. A través de los materiales enviados por los informantes, se hace posible alertar a la opinión pública sobre las irregularidades, fraudes o delitos, que han permanecido ocultos cuidadosamente, de aquellos en el poder. Como explicó el TEDH, sin esa información proporcionada por las fuentes, el papel vital de vigilancia pública de la prensa podría verse socavado y la capacidad de la prensa para proporcionar información precisa y confiable puede verse afectada (TEDH, 1996, párrafo 39; 1999, párrafo 59; 2003, párrafo 57; 2009c, párrafo 59; 2007c, párrafo 53). Por lo tanto, la protección del privilegio periodístico frente a la presión derivada del Estado, al que, por diversas razones, le gustaría conocer la identidad de los informantes, es de particular importancia. Por ello, la protección del privilegio periodístico es ampliamente considerada como uno de los pilares de la libertad de prensa (TEDH, 2010b, párrafo 50). Por otra parte, el privilegio de los periodistas debe ser visto como una obligación legal y ética del periodista a no revelar la identidad de sus fuentes.

El fundamento jurídico del privilegio periodístico y su ámbito de protección en la CEDH y en la Constitución de la República de Polonia se detallan a continuación³.

A) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

II.2. La CEDH no se refiere directamente al privilegio periodístico. En la jurisprudencia del TEDH se señaló que su protección se deriva del artículo 10, párrafo 1 de la CEDH (TEDH, 2007c, párrafo 60; 2013b, párrafo 95). Por lo tanto, es parte de la libertad de comunicación y difusión de información, así como la libertad de prensa (libertad de los medios), estrechamente integrada allí. El planteamiento del TEDH a este problema parece haberse estabilizado. Como explicó la corte, el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes no puede ser considerado un mero privilegio que se concede o quita dependiendo de la legalidad o ilegalidad de sus fuentes, sino que es parte integral del derecho a la información, y debe ser tratado con la máxima cautela (TEDH, 2007c, párrafo 65; 2013b, párrafo 97).

³ Vale la pena mencionar que ni la Convención ni la Constitución polaca estipulan *expressis verbis* el derecho del periodista a mantener en secreto la identidad de sus fuentes. Sin embargo, tal derecho —como un elemento integral de la libertad de prensa— está claramente prescrito en el artículo 38 (2) (b) de la Constitución de Portugal.

II.2.1. El tratamiento del privilegio periodístico como parte de la libertad de expresión se justifica sobre todo en la parte del artículo 10, párrafo 1 de la CEDH que se refiere al concepto de «la libertad de recibir o de comunicar informaciones». Parece que el concepto de esta libertad se ve no solo en la dimensión positiva, como una posibilidad de compartir la información disponible con los demás, sino también en la dimensión negativa, como «la libertad de la transmisión de información a otras partes», o de otra manera como «la libertad de silencio» (TEDH, 1992). La esencia del privilegio periodístico es la «libertad negativa» de un periodista —la libertad de divulgar información a otras personas, especialmente a las autoridades estatales—, y un derecho correlativo para garantizar que ninguna persona obtiene información en contra de la voluntad o sin el conocimiento de la persona interesada. Este punto de vista implica que el privilegio periodístico es un valor protegido por la CEDH como parte de la libertad de recibir o comunicar informaciones. Teniendo esto en cuenta, la obligación de revelar información, conforme a lo dispuesto por la ley, implica cada vez la violación del artículo 10, párrafo 1 de la CEDH, a menos que cumpla con los criterios de proporcionalidad del artículo 10, párrafo 2 de la CEDH (Kamiński, 2010, p. 510).

Independientemente del hecho de que el artículo 10 de la CEDH comprende la libertad de divulgación de información por parte de los periodistas y el derecho a proteger el secreto profesional, la protección de la información debe ser revisada también en el contexto de otras disposiciones de la Convención, en particular su artículo 8, que garantiza «el respeto de la vida privada» y «el respeto a la correspondencia». Por lo tanto, dos de estas disposiciones de la CEDH deben considerarse como garantías complementarias del privilegio periodístico (TEDH, 2012b, párrafo 102).

II.2.2. El artículo 10 de la CEDH no solo protege las fuentes anónimas que colaboran con la prensa para informar al público sobre asuntos de interés público (TEDH, 2005). También garantiza el derecho a no revelar su identidad en material de prensa —por ejemplo, mediante un artículo anónimo o un artículo firmado con un seudónimo—, enviando en una carta al editor.

Un tema complejo que no se ha resuelto de manera adecuada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es si el secreto periodístico se aplica también a las personas que participan en el periodismo ciudadano, en particular, los *bloggers* y otros involucrados con la edición, sin fines de lucro, de sitios web (como Facebook, Twitter, blogs, etcétera), donde el contenido se publica para el interés público. Parece que no hay obstáculos legales para los no profesionales —quienes pueden acogerse a la libertad de expresión e invocar el privilegio periodístico—. Después

de todo, a la luz de la redacción del artículo 10, párrafo 1 de la CEDH, la libertad de la divulgación de información no se limita subjetivamente y es ejercida por todos, no solo los periodistas.

Sin embargo, la otra cuestión se refiere a la medida del margen de apreciación que un Estado tiene en la creación de limitaciones a este privilegio, que consiste en el establecimiento de la obligación legal de proporcionar información o en un permiso para adquirir información sin el consentimiento de la persona interesada. En otras palabras, ¿en qué medida pueden los Estados construir el marco legal del privilegio periodístico? Parece que reducir el alcance de la protección únicamente a las personas que proporcionan información de manera permanente o profesional, y como tal, el ejercicio de control social, debe ser considerada como justificada. Con este supuesto, los que informan a la opinión pública por los medios de comunicación social solo incidentalmente no pueden exigir la misma protección que los periodistas. La razón de esta suposición es, en particular, la necesidad de garantizar la protección efectiva de los valores mencionados en el artículo 10, párrafo 2 de la CEDH. Si cualquier persona, incluso al informar a la opinión pública por accidente, pudiese invocar «la libertad de silencio» y exigir protección jurídica, la protección de los valores mencionados en el artículo 10, párrafo 2 de la CEDH sería en realidad ilusoria.

Vale la pena mencionar que el TEDH no dudó en tomar en cuenta las garantías derivadas del artículo 10, párrafo 1 de la CEDH en lo que respecta a recibir información sobre asuntos públicos de organizaciones sociales. Las organizaciones no gubernamentales desempeñan un papel similar al de los medios de comunicación como organismos de control público y, por lo tanto, pueden confiar en la protección resultante del artículo 10, párrafo 1. 1, de la CEDH, por lo menos cuando se trata de acceder a la información pública (TEDH, 2009, párrafo 27; 2013a, párrafo 20).

II.2.3. El ámbito subjetivo de protección de los periodistas parece amplio. Comprende no solo la protección de identidad de las fuentes (en sentido estricto), sino también la protección de los datos que permitan la identificación de la identidad de las fuentes. Por lo tanto, además del nombre, la protección también abarca dirección, voz y/o imagen. En la jurisprudencia del TEDH —siguiendo la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000)— se supone que, al identificar la información proporcionada por una fuente, debe tenerse consideración para con las circunstancias de hecho de adquirir información de una fuente por parte de un periodista, para con el contenido no publicado de la información proporcionada por una fuente a un periodista, y para con los datos personales de los periodistas y sus empleadores en relación con su labor profesional.

215

VIGILANCIA Y PRIVILEGIO PERIODÍSTICO EN LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LAS TELECOMUNICACIONES BAJO LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

JOURNALISTIC MONITORING AND PRIVILEGE IN THE ERA OF NEW TELECOMMUNICATIONS TECHNOLOGIES UNDER THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

El marco sustantivo de la protección del secreto periodístico, expresado en la Recomendación y posteriormente adoptado en la jurisprudencia de Estrasburgo, si se determinase como un catálogo cerrado, sería insuficiente. En la era digital, la identificación de una fuente es posible en buena parte a través de varios análisis de los metadatos del proceso de comunicación. El uso del teléfono, Internet u otro medio de comunicación o difusión de información siempre deja una señal en la realidad virtual, como una huella digital, lo que permite identificar a la persona inmediatamente. En términos generales, el análisis de los metadatos puede conducir a la identificación de la persona que ha creado un archivo o de personas que se comunican entre sí.

Teniendo esto en cuenta, parece que, en la era digital, es necesario redefinir el alcance de la protección del privilegio periodístico para que incluya en él todos los datos utilizados en el proceso de comunicación, preparación, elaboración o recopilación de información que permita la identificación de un informante o un autor de un comunicado de prensa, incluso si dicha identificación requiere mucho tiempo y esfuerzo. Estos datos serían considerados como metadatos de telecomunicaciones (por ejemplo, de medición, datos de localización, números de IP) o contenidos en el código fuente de archivos (por ejemplo, la dirección o la ubicación geográfica del lugar donde se creó el archivo, los datos de los equipos que se utilizaron para crear el archivo).

B) La Constitución de la República de Polonia

II.3. En la Constitución polaca de 1997 —así como en la CEDH— la protección del secreto periodístico no se expresa directamente. Sin embargo, no crea un obstáculo para el Tribunal Constitucional, el cual puede interpretar las disposiciones ampliamente y de conformidad con las normas europeas. Se trata de una jurisprudencia constitucional bien establecida que el contenido normativo de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH no pueden ser omitidos en el proceso de aplicación de la Constitución (Tribunal Constitucional de Polonia, 2012). De hecho, el nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales es al menos el mismo. El punto de partida para el Tribunal Constitucional es la suposición de que la CEDH establece las normas mínimas y la Constitución polaca —como la ley suprema normativa de la República de Polonia (artículo 8 de la Constitución)— solo puede establecer estándares más altos, y no menores.

II.3.1. En el sistema jurídico de Polonia, la protección de la identidad de las fuentes se deriva de la libertad de prensa (artículo 14) y de la libertad —estrechamente relacionado con la primera— de adquirir y difundir información (artículo 54, párrafo 1 de la Constitución; Tribunal Constitucional de Polonia, 2001; 2006). Más aun, debe considerarse

vinculada a la protección de la vida privada (artículo 47) y a la autonomía informacional (artículo 51, párrafo 1 de la Constitución). Este enfoque también se confirmó en la sentencia del 30 de julio de 2014 del Tribunal Constitucional de Polonia.

El artículo 14 de la Constitución, es una de las principales reglas fundantes del sistema indicadas en el primer capítulo de la Constitución; expone los fundamentos del orden jurídico y del sistema jurídico de la República de Polonia. Su contenido es el siguiente: «La República de Polonia velará por la libertad de prensa y otros medios de comunicación social». La libertad para adquirir y difundir información, a su vez, se expresa directamente en el artículo 54, párrafo 1 de la Constitución. Esta disposición se establece en el capítulo sobre las libertades, los derechos y las obligaciones de las personas y los ciudadanos: «La libertad de expresar opiniones, adquirir y difundir la información estará garantizado a todas las personas». El enfoque del Tribunal en torno a las raíces de secreto periodístico está —más o menos— en consonancia con la presentada por el TEDH.

II.3.2. Se da un énfasis especial a la protección de la información adquirida por las personas que realizan las llamadas profesiones de fe pública en el ejercicio de sus actividades (Tribunal Constitucional de Polonia 2004, párrafo III.3; 2007, párrafo III.7; 2011, párrafo III. 6.4.). Aparte de las profesiones de médico o abogado, la profesión de periodista también es considerada como una de confianza pública. Los contactos entre dicha persona y otros individuos se basan en la confianza, no solo en las cualificaciones profesionales, sino también en la confidencialidad. Por lo tanto, la protección de la confidencialidad de la «información adquirida» —aunque no la protección de la «persona que adquiere la información»— es un requisito immanente de un complejo de protección de la confianza, tanto en la dimensión individual como privada.

II.3.3. En mi opinión, la Constitución de la República de Polonia garantiza la libertad de silencio y la libertad de la divulgación de información como parte de la libertad de expresión (artículo 54, párrafo 1 de la Constitución). El Tribunal, sin embargo no trata el secreto profesional desde el punto de vista personal, como un privilegio del periodista, como lo hace el TEDH. El privilegio del periodista no es una «libertad negativa de un periodista». Se señaló claramente que todos los secretos profesionales son obligaciones legales y éticas de los sus depositarios (custodios), no un privilegio o derecho.

Desde el punto de vista constitucional, es admisible derogar el privilegio periodístico, si se hace al servicio de objetivos legítimos de un Estado democrático y de acuerdo con la regla de la proporcionalidad. La protección de la seguridad nacional y el orden público, del entorno natural, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras

217

VIGILANCIA Y
PRIVILEGIO PERIO-
DÍSTICO EN LA ERA
DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS DE
LAS TELECOMUNI-
CACIONES BAJO
LA CONVENCION
DE DERECHOS
HUMANOS Y
LIBERTADES FUN-
DAMENTALES Y LA
CONSTITUCIÓN DE
LA REPÚBLICA DE
POLONIA

JOURNALISTIC
MONITORING
AND PRIVILEGE IN
THE ERA OF NEW
TELECOMMUNICA-
TIONS TECHNOLO-
GIES UNDER THE
CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS
AND FUNDAMEN-
TAL FREEDOMS
AND THE CONS-
TITUTION OF THE
REPUBLIC OF
POLAND

personas (artículo 31, párrafo 3 de la Constitución) son considerados objetivos legítimos de un Estado democrático. Aunque el artículo 31, párrafo 3 de la Constitución parece estar redactado de una manera más general que el artículo 10, párrafo 2 de la CEDH, una norma para la injerencia en el secreto periodístico parece ser concurrente.

III. LA VIGILANCIA Y EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN PERIODÍSTICA

III.1. De acuerdo con la jurisprudencia establecida, solicitar a los periodistas renunciar a su derecho a guardar silencio y proporcionar información sobre sus fuentes o para obtener acceso a la información periodística interfiere con la libertad de expresión periodística (TEDH, 1996, párrafo 39; 2010b, párrafo 59; 2009c, párrafo 56).

III.2. El TEDH ha reconocido que llevar a cabo una búsqueda para poder identificar las fuentes periodísticas es más oneroso —desde el punto de vista de la protección del privilegio periodístico y la libertad de la prensa— que una orden oficial para entregar documentos o proporcionar información sobre la identidad de las fuentes (TEDH, 2003, párrafo 47; 2007c, párrafo 56; 2013b, párrafo 95). En consecuencia, en una situación así, un periodista es solo un observador pasivo de una búsqueda llevada a cabo por las autoridades públicas en su hogar o lugar de trabajo, mientras que en el caso de la orden judicial, él o ella podrían negarse a cooperar y decidir no revelar la identidad de sus fuentes.

En mi opinión, la interferencia con el privilegio periodístico por medio de la vigilancia es al menos tan onerosa —o incluso más onerosa para la privacidad y la libertad de prensa— como la inspección de una vivienda o un lugar de trabajo. Durante la vigilancia, los periodistas no solo son observadores pasivos, sino que ni siquiera saben de los controles, la adquisición o el análisis de los datos que son objeto de protección por el privilegio periodístico.

Tomando en cuenta lo anterior, las solicitudes de revelar ciertos documentos o identidades de las fuentes, así como la adquisición de este tipo de piezas de información por medio de la vigilancia sin el consentimiento del periodista, deben ser consideradas como interferencia con la protección que otorga el artículo 10 de la CEDH (la libertad de prensa y el privilegio periodístico). La posibilidad de utilizar estos métodos desencadena un efecto negativo no solo respecto del derecho al respeto de la vida y la correspondencia privada, concedida en virtud del artículo 8, sino también respecto de la libertad de expresión y la libertad de prensa (CEDH, artículo 10)⁴.

4 En el caso Weber y Saravia contra Alemania, el TEDH consideró que el problema de la vigilancia de los periodistas y de las violaciones de su secreto profesional debía ser examinado desde el punto de

III.3. Teniendo en cuenta la importancia de las nuevas tecnologías en el reconocimiento efectivo, la prevención y la lucha contra los delitos, se debe asumir que una exclusión incondicional de la admisibilidad de la información clasificada adquirida por los periodistas conduce a dificultades en la obtención de pruebas en el caso de, por ejemplo, cibercrimes, en los que los periodistas también pueden estar involucrados. Por lo tanto, hoy en día, el foco se ha puesto en favor del establecimiento de garantías procesales adecuadas que evadan el riesgo de revelar información protegida por la ley cuando no es necesario.

III.4. Como ya se mencionó, solo aquellos que proveen profesionalmente o regularmente a la opinión pública de información podrían considerarse como controladores sociales y pueden invocar el privilegio periodístico. El problema surge cuando quien es vigilado no es un periodista, sino un tercero (propietario de un servidor o un equipo en el que los datos de los periodistas están siendo almacenados, etcétera). Dificultades análogas se producen en el caso de la vigilancia masiva, la cual no se centra directamente en revelar las identidades de las fuentes, como se mencionó antes.

III.4.1. La sentencia del caso Weber y Saravia contra Alemania contiene alguna orientación sobre los requisitos que deberán cumplir las legislaciones nacionales en este sentido (TEDH, 2006). El Tribunal de Estrasburgo examinó, entre otras cosas, la violación del artículo 10 de la CEDH en lo que se refiere al uso del llamado seguimiento estratégico de las telecomunicaciones⁵. Uno de los demandantes en dicho asunto (un periodista) sostuvo que la posibilidad del seguimiento estratégico es, por sí misma, una injerencia en la libertad garantizada por el artículo 10 de la CEDH. El TEDH sostuvo que efectivamente se violó el artículo 10 de la CEDH, ya que la legislación alemana relativa a dicha forma de vigilancia no tenía el objetivo de revelar la identidad de las fuentes, sino luchar contra delitos graves. En otras palabras, el objetivo de la vigilancia en este caso no era superar el privilegio periodístico. Tal interferencia no puede describirse como «particularmente grave». Además, se han adoptado numerosas garantías procesales que garantizan la proporcionalidad de

vista del artículo 8 —garantizando el derecho a la protección de la vida y correspondencia privadas—, antes que desde la libertad de expresión contenida en el artículo 10 de la CEDH (TEDH, 2006). Mientras que en el caso de Telegraaf Media, el TEDH explicó que, a pesar de que las preguntas planteadas por las medidas de vigilancia suelen ser consideradas en virtud del artículo 8, en ese caso la cuestión como debía ser revisada en los artículos 8 y 10 al mismo tiempo (TEDH, 2012b).

⁵ Bajo las restricciones del secreto de correspondencia, correos y la Ley de Telecomunicaciones (llamada Ley G10), el seguimiento estratégico está dirigido a la recopilación de información mediante la interceptación de las telecomunicaciones con el fin de identificar y evitar peligros graves que enfrenta la República Federal de Alemania, como un ataque armado contra su territorio, la comisión de atentados terroristas internacionales y otros delitos graves. Por el contrario, la llamada vigilancia individual, es decir, la intervención de las telecomunicaciones de determinadas personas, sirve para prevenir o investigar ciertos delitos graves que las personas supervisadas son sospechosas de haber planificado o cometido.

los medios utilizados y la reducción de la divulgación de la identidad de las fuentes «a un mínimo inevitable».

Con el fin de evaluar si se ha producido una injerencia en la libertad de prensa incompatible con la CEDH, es necesario evaluar si la obtención de información tenía como objetivo divulgar las fuentes. Este razonamiento se confirma en el caso de *Telegraaf Media* y otros contra los Países Bajos (TEDH, 2012b). La denuncia fue presentada por un editor de periódicos holandeses y sus dos periodistas. Durante el procedimiento, los denunciados dieron cuenta de que sus teléfonos estaban intervenidos y de que estaban siendo investigados por los servicios de inteligencia. El TEDH consideró que había habido una violación simultánea del artículo 8 y del artículo 10 de la CEDH. En primer lugar, la vigilancia específica de los periodistas se llevó a cabo con el fin de determinar de dónde habían obtenido su información. En segundo lugar, la vigilancia contra los solicitantes no había sido ordenada ni supervisada por un tribunal o una autoridad de la independencia e imparcialidad comparable. Los solicitantes solo podían presentar una queja *post factum*. Esto no es suficiente porque, en el caso de la revelación de las identidades de fuentes, la confianza en un periodista, una vez arruinada, no puede ser reconstruida.

III.4.2. Las garantías procesales que resultan en la protección del privilegio periodístico —según se indicaba en la jurisprudencia de Estrasburgo— deberán incluir disposiciones sobre la participación de la corte o un órgano independiente. . En su sentencia del caso *Sanoma Uitgevers B.V. contra los Países Bajos*, el Tribunal de Estrasburgo declaró lo siguiente:

La primera y más importante de estas garantías es la garantía de revisión por parte de un juez o un órgano de decisión independiente e imparcial. [...] La revisión requerida debe ser realizada por un órgano independiente del ejecutivo y otras partes interesadas, investido de la facultad para determinar si existe un requerimiento de primer orden en el interés público que anule el principio de protección de las fuentes periodísticas antes de que se haga entrega de dicho material, y para impedir el acceso innecesario a la información capaz de revelar la identidad de las fuentes si no existe tal requerimiento» (TEDH, 2010b, párrafo 90).⁶

6 Ver: Las sentencia del TEDH en *Sanoma Uitgevers BV v las Netherland*, párrafo 90.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE 30 DE JULIO DE 2014

IV.1. El problema constitucional en el caso se debe a los niveles diferenciados de injerencia en el secreto profesional en el sistema jurídico polaco. Mientras que en un proceso penal, el legislador ha garantizado el secreto periodístico por las prohibiciones de pruebas (medios de prueba específicos), no ha establecido aún garantías cercanas para los procedimientos de obtención de información de una manera no revelada para fines de inteligencia operativa (por lo tanto, las actividades previas al juicio).

IV.2. El alcance legal de la protección del secreto periodístico en Polonia es el siguiente. De acuerdo con el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal (CPC por sus siglas en inglés), los que están obligados a mantener el secreto profesional pueden negarse a declarar como testigos en el procedimiento sobre las circunstancias que se extienden a esta obligación. La decisión de utilizar el derecho pertenece al testigo, que está sujeto a la confidencialidad en virtud de las disposiciones aplicables al secreto profesional específico. En el caso de los periodistas, esta obligación se deriva del artículo 15 de la Ley del Derecho de Prensa. Esta protección se aplica plenamente a los documentos en poder de los periodistas, lo cual está, a su vez, determinado por el artículo 226 del CPC.

La protección legal del secreto profesional no es absoluta. Un fiscal o un tribunal pueden eximir de la obligación de secreto (artículo 180 *in fine* CPC). Dicha exención implica que no hay posibilidad de que el testigo evada dar testimonio debido a la obligación de reserva. Sobre la base del artículo 226 del CPC, esa regla también será aplicable a determinados documentos que contienen información protegida por el secreto. La exención de la obligación de secreto profesional es permisible solo cuando es necesario para el interés de la justicia, y cuando un hecho no puede determinarse sobre la base de otras pruebas (artículo 180, §2 del CPC). Sin embargo, en el caso de los periodistas, el legislador también ha introducido una restricción adicional. Un periodista no puede ser eximido de mantener la confidencialidad de los datos que permitan la identificación de un autor de material de prensa, una carta al director u otro material de esta naturaleza, así como la identificación de las personas que facilitan la información publicada o presentada para su publicación, si se reservan el derecho de no divulgación de sus datos (artículo 180, §3 del CPC). Los periodistas no tienen derecho a declararse bajo el privilegio periodístico si esta información se aplica a delitos graves que incluyen, entre otros, los delitos contra la República de Polonia (es decir, la traición o espionaje), contra las fuerzas de la vida y las fuerzas armadas, entre ellos los delitos de terrorismo.

221

VIGILANCIA Y PRIVILEGIO PERIODÍSTICO EN LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LAS TELECOMUNICACIONES BAJO LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE POLONIA

JOURNALISTIC MONITORING AND PRIVILEGE IN THE ERA OF NEW TELECOMMUNICATIONS TECHNOLOGIES UNDER THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

En tales casos, no existe un derecho efectivo a permanecer en silencio e invocar privilegio periodístico.

IV.3. A su vez, el sistema jurídico polaco no ofrece garantías procesales con alcance similar en cuanto al procedimiento para la exención del secreto profesional, en el marco del proceso penal, que impida las infracciones sobre el secreto profesional. En particular, no hay supervisión imparcial judicial o fiscal u otro consecuente sobre el contenido de los materiales recogidos de una manera no revelada. El legislador no excluye ni minimiza el riesgo de que los agentes de policía o inteligencia dispongan —usando las medidas de vigilancia— de contenido al que normalmente no tendrían acceso o recibirían solo por orden de la corte o fiscal, emitida en un procedimiento distinto.

A la luz de la situación legal actual en Polonia, la protección de la confidencialidad de privilegio periodístico en realidad sigue dependiendo de los medios de comunicación con los informantes. En el caso en que un periodista utilice un teléfono o Internet, el alcance de la protección será drásticamente más estrecho que si el informante es contactado directamente, o por medio de las modernas tecnologías de procesamiento de datos.

Esto demuestra que el legislador polaco resulta ser inconsistente en mantenerse al ritmo de los cambios tecnológicos, como resultado de la difusión de la tecnología de comunicación a la distancia y de Internet. A pesar de la introducción de soluciones legislativas que permiten prestar servicios de seguridad para utilizar las nuevas tecnologías para combatir las amenazas a la seguridad y el orden público, no se establecieron las adecuadas garantías de los derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión.

IV.4. En la sentencia del 30 de julio de 2014, el Tribunal dictaminó disposiciones sobre el control operativo en la medida en que no prevén una garantía de que los materiales que contengan información que fue prohibida como evidencia deben ser objeto de inmediata destrucción testificada, en el caso en que el tribunal no había levantado requisito de confidencialidad profesional —como incompatible con el artículo 42 (2), el artículo 47, el artículo 49, el artículo 51 (2) y el artículo 54 (1) en relación con el artículo 31 (3) de la Constitución—.

En opinión del Tribunal, el objetivo de la ley era asegurar que hubiese garantías procesales, en lugar de eliminar el acceso no autorizado a la información por las fuerzas policiales y los servicios de seguridad del Estado; dicha información debe ser protegida por la ley, debido a su contenido y las circunstancias en que fue transferida. Existe un determinado modelo de solución en el procedimiento criminal, según lo establecido en el artículo 180 (2) del Código de Procedimiento

Penal polaco. Dicha disposición autoriza a un tribunal a suprimir la obligación de secreto profesional, si esto es necesario para el beneficio de la administración de justicia, mientras que una determinada circunstancia no puede indicarse de una manera diferente, es decir, sin comprometer el secreto profesional. Un mecanismo similar podría estar en su lugar en lo que respecta a la vigilancia operacional. En la actualidad, no existe tal mecanismo. El legislador no ha previsto la obligación de verificar —bajo la supervisión de un tribunal determinado— los datos recogidos en el curso de la vigilancia operacional que podría contener información incluida en el ámbito del secreto profesional.

En resumen, el enfoque del Tribunal es más riguroso que el de la CEDH. Mientras que la CEDH requiere un control eficaz independiente sobre el ordenamiento de vigilancia, el Tribunal Constitucional requiere revisión independiente no solo antes, sino que exige la introducción de un control judicial después de la recolección de materiales, si solo tales materiales contienen potencialmente información de secreto profesional. Por lo tanto la corte debería poseer la facultar de evaluar toda la información y suprimir el secreto periodístico si es necesario.

V. DESAFÍOS PARA EL LEGISLADOR Y LA PRÁCTICA

La naturaleza de la participación de un tribunal o de un órgano independiente en el procedimiento relativo a la renuncia al derecho de los periodistas al secreto profesional no es tan obvia como parece a primera vista. A saber, la pregunta es si el consentimiento de un tribunal o una autoridad independiente es o no necesaria para la vigilancia y si, por separado —después de recoger el material—, un tribunal o una autoridad independiente debe verificar el material y emitir una decisión derogando el privilegio periodístico si el material contiene información que esté sujeta al secreto periodístico, o si el consentimiento antes de la vigilancia es suficiente, ya que cuenta con el consentimiento de la abrogación del privilegio.

Sin embargo, a pesar del hecho de que la sola existencia de una supervisión independiente del material recogido en el curso de la vigilancia secreta tiene muchas ventajas y permite una amplia protección del privilegio periodístico, en la práctica podría ser poco realista. En primer lugar, no siempre es posible evaluar, en el curso de la vigilancia, si el material recogido está sujeto a privilegio periodístico. En segundo lugar, no se puede perder de vista las limitaciones técnicas que puedan afectar a la posibilidad real de ejercer un control efectivo sobre el material recogido en el curso de la vigilancia.

223

VIGILANCIA Y PRIVILEGIO PERIODÍSTICO EN LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LAS TELECOMUNICACIONES BAJO LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

JOURNALISTIC MONITORING AND PRIVILEGE IN THE ERA OF NEW TELECOMMUNICATIONS TECHNOLOGIES UNDER THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

Esto se aplica principalmente a los datos de telecomunicaciones, archivos de metadatos, así como las llamadas y otras formas de comunicación de la información recolectados durante la vigilancia indirecta. Los números de teléfono en sí, listas de llamadas o de metadatos de archivos —sin las herramientas informáticas adecuadas y los conocimientos operativos— no son suficientes para establecer, por ejemplo, las identidades de las fuentes o hechos relevantes de la vida del periodista. Por lo tanto, no está claro cómo y en qué medida un tribunal u órgano independiente evaluaría si el material adquirido está sujeto a privilegio periodístico o si la revocación del privilegio estaría justificada. Por otra parte, estos registros son generalmente grandes conjuntos de datos. Su cuidadoso análisis y la concesión de la autorización a la derogación del privilegio parecen casi imposibles de cumplir.

Por lo tanto, en mi opinión, en la era digital, el único camino para la protección del secreto periodístico necesario y factible es un juez u otro examen administrativo imparcial en el primer paso, cuando se ordena la vigilancia. Es decir, que conceda la autorización a una orden de vigilancia emitida por un tribunal u órgano independiente es suficiente para proteger la libertad de prensa. De hecho, este razonamiento es confirmado por las decisiones antes citadas en los casos Weber y Saravia y Telegraaf Media (TEDH, 2006; 2012b).

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2015a). Mass surveillance. Reporte de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. Resolución provisional y recomendación provisional. 26 de enero de 2015.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2015b). Protection of the safety of journalists and of media freedom in Europe. Recomendación 2062 (2015). 29 de enero de 2015.

Bignami, Francesca E. (2007). Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive. *Chicago Journal of International Law*, 8, 233-255.

Cate, Fred H. & otros (eds.) (2012). *Systematic Government Access to Private-Sector Data. International Data Privacy Law*, 2 (4).

Código de Procedimiento Penal (Polonia) (1997). Kodeks postępowania karnego.

Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000). Recommendation R (2000) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information. 8 de marzo de 2000.

Dobbie, Mike (ed.) (2013). *Power, Protection & Principles. The State of Press Freedom in Australia 2013*. Redfern: Media, Entertainment & Arts Alliance. Recuperado el 26 de agosto de 2014 de http://issuu.com/meaa/docs/meaa_press_freedom_2013/1?e=1630650/2263927.

Kamiński, Ireneusz C. (2010). *Ograniczenia swobody dopuszczalne wypowiedzi w Europejskiej Konwencji Praw człowieka. Analiza krytyczna*. Varsovia: Wolters Kluwer.

NSA Insiders Reveal What Went Wrong (2014). *Consortiumnews.com*, 7 de enero. Recuperado de <http://consortiumnews.com/2014/01/07/nsa-insiders-reveal-what-went-wrong>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014). El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/27/37.

Parlamento Europeo (2014a). Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de Justicia y Asuntos de Interior (2013/2188 (INI)). A7-0139/2014. Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. 21 de febrero de 2014.

Parlamento Europeo (2014b). Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre el programa de vigilancia de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE.UU., los órganos de vigilancia en diversos Estados miembros y su impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y en la cooperación transatlántica en materia de justicia y asuntos de interior (2013/2188(INI)).

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2006). Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 105, pp. 54-63.

Pearson, Siani & George Yee (eds.) (2013). *Privacy and Security for Cloud Computing*. Londres: Springer.

Rittinghouse, John W. & James F. Ransome (2010). *Cloud Computing: Implementation, Management, and Security*. Boca Raton: CRC Press.

Stalla-Bourdillon, Sophie (2014). Privacy versus security... Are we done yet? En Sophie Stalla-Bourdillon & otros, *Privacy vs. Security* (pp. 1-90). Londres/Heidelberg/Nueva York/Dordrecht: Springer.

Tribunal Constitucional de Polonia (2001). K 11/00. Sentencia. 4 de abril de 2001.

Tribunal Constitucional de Polonia (2004). SK 64/03. Sentencia. 22 de noviembre de 2004.

VIGILANCIA Y PRIVILEGIO PERIODÍSTICO EN LA ERA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LAS TELECOMUNICACIONES BAJO LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

JOURNALISTIC MONITORING AND PRIVILEGE IN THE ERA OF NEW TELECOMMUNICATIONS TECHNOLOGIES UNDER THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

Tribunal Constitucional de Polonia (2005). *Police Surveillance*. K 32/04. Sentencia. 12 de diciembre de 2005.

Tribunal Constitucional de Polonia (2006). P 10/06. Sentencia. 30 de octubre de 2006.

Tribunal Constitucional de Polonia (2007). K 41/05. Sentencia. 2 de julio de 2007.

Tribunal Constitucional de Polonia (2011). K 33/08. Sentencia. 13 de diciembre de 2011.

Tribunal Constitucional de Polonia (2012). SK 3/12. Sentencia. 20 de noviembre de 2012.

Tribunal Constitucional de Polonia (2014). K 23/11. Sentencia. 30 de julio de 2014. No existe una versión oficial en inglés de la sentencia, tan solo existe un comunicado de prensa publicado después de la audiencia: *Determining the catalogue of information on the individual, gathered by technical means in operational activities; rules for deleting obtained data*. <http://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/7005-okreslenie-katalogu-zbieranych-informacji-o-jednostce-za-pomoca-srodkow-technicznych-w-dzialaniu/>. Fecha de consulta: 26 de agosto de 2014.

Tribunal Constitucional Federal Alemán (2010). 1 BvR 256/08. Sentencia. 2 de marzo de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (2014). *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung (C-594/12) y otros*. Sentencia. 8 de abril de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1978). *Case of Klass and others v. Germany*. Solicitud 5029/71. Sentencia. 6 de setiembre de 1978.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1984). *Case of Malone v. the United Kingdom*. Solicitud 8691/79. Sentencia. 2 de agosto de 1984.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1990). *Case of Kruslin v. France*. Solicitud 11801/85. Sentencia. 24 de abril de 1990.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1992). *Case of Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*. Solicitud 14234/88; 14235/88. Sentencia. 29 de octubre de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1996). *Case of Goodwin v. the United Kingdom*. Solicitud 17488/90. Sentencia. 27 marzo de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1999). *Case of Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*. Solicitud 21980/93. Sentencia. 20 de mayo de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2001). *Case of P.G. and J.H. v. the United Kingdom*. Solicitud 44787/98. Sentencia. 25 de setiembre de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2003). Case of Roemen and Schmit v. Luxembourg. Solicitud 51772/99. Sentencia. 25 de febrero 2003.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2005). Decision as to the admissibility of Application no. 40485/02 by Nordisk Film & TV A/S against Denmark. 8 de diciembre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2006). Decision as to the admissibility of Application no. 54934/00 by Gabriele Weber and Cesar Richard Saravia against Germany. 29 de junio de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2007a). *Affaire Heglas c. République Tchèque*. Solicitud 5935/02. Sentencia. 1 de marzo de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2007b). Case of the Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria. Solicitud 62540/00. Sentencia. 28 de junio 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2007c). Case of Tillack v. Belgium. Solicitud 20477/05. Sentencia. 27 de noviembre de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009a). Case of Iordachi and others v. Moldova. Solicitud 25198/02. Sentencia. 10 de febrero de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009b). Case of Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary. Solicitud 37374/05. Sentencia. 14 de abril de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009c). Case of Financial Times Ltd and others v. the United Kingdom. Solicitud 821/03. Sentencia. 15 de diciembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2010a). Case of Uzun v. Germany. Solicitud 35623/05. Sentencia. 2 de septiembre 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2010b). Case of Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands. Solicitud 38224/03. Sentencia. 14 de septiembre 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012a). Case of Hadzhiev v. Bulgaria. Solicitud 22373/04. Sentencia. 23 de octubre 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2012b). Case of Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and others v. the Netherlands. Solicitud 39315/06. Sentencia. 22 de noviembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013a). Case of Youth Initiative for Human Rights v. Serbia. Solicitud 48135/06. Sentencia. 25 de junio de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2013b). Case of Nagla v. Latvia. Solicitud 73469/10. Sentencia. 16 de julio de 2013.

227

VIGILANCIA Y
PRIVILEGIO PERIO-
DÍSTICO EN LA ERA
DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS DE
LAS TELECOMUNI-
CACIONES BAJO
LA CONVENCION
DE DERECHOS
HUMANOS Y
LIBERTADES FUN-
DAMENTALES Y LA
CONSTITUCIÓN DE
LA REPÚBLICA DE
POLONIA

JOURNALISTIC
MONITORING
AND PRIVILEGE IN
THE ERA OF NEW
TELECOMMUNICA-
TIONS TECHNOLO-
GIES UNDER THE
CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS
AND FUNDAMEN-
TAL FREEDOMS
AND THE CONS-
TITUTION OF THE
REPUBLIC OF
POLAND

Xu, Jennifer & otros (2004). Analyzing and Visualizing Criminal Network Dynamics: A Case Study. En Hsinchun Chen & otros (eds.), *Intelligence and Security Informatics* (pp. 359-377). Berlín/Heidelberg: Springer.

Zittrain, Jonathan L. (2008). *The Future of the Internet and How to Stop It*. New Haven/Londres: Yale University Press/Penguin UK.

Recibido: 08/09/2015

Aprobado: 15/10/2015

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Los dilemas para consumir justicia: algunos alcances de la tutela procesal del consumidor en la vía administrativa y el arbitraje de consumo

Dilemmas to consume justice: some scopes of procedural protection of the consumer administrative procedure and consumer arbitration

MOISÉS REJANOVINSCHI TALLEDO*

Resumen: El presente documento plantea que el consumidor debe escoger el mecanismo procesal que pueda satisfacer de mejor manera su necesidad de resolver una controversia y de ser indemnizado. Asimismo, la administración, en defensa de los derechos de los consumidores, debe contar con facultades para preferir la Constitución mediante el control difuso.

Palabras clave: Protección al consumidor – arbitraje de consumo – control difuso de la Constitución – procedimiento administrativo

Abstract: This paper argues that the consumer should choose the procedural mechanism that satisfies their need to resolve a dispute and being compensated. Also, the administration, in order to defend rights of consumers, must have the authority to prefer the Constitution through diffuse constitutional control.

Key words: Consumer protection – consumer arbitration – diffuse constitutional control – administrative procedure

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. TUTELA DE LOS CONSUMIDORES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA.– III. ARBITRAJE DE CONSUMO.– III.1. EXPERIENCIA EXTRANJERA.– III.2 CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

* *Para Sandra.* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la misma casa de estudios. Docente del curso Protección al Consumidor y del Seminario de Tesis, en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente del curso Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la Universidad Continental. Ha cursado el Summer Academy on Integration Trade Regulation en el World Trade Institute (Berna, Suiza). Cuenta con especializaciones en derecho de la propiedad intelectual dictadas por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). Participante en la Audiencia Pública de diversos Reglamentos de Implementación del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Expositor y asesor legal en temas de competencia y propiedad intelectual. El presente artículo refleja la opinión del autor y no de las entidades que representa. Correo electrónico: mrejanovinschi@pucp.pe

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 65 de la Constitución Política del Perú indica que el Estado «defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población» (1993). El Tribunal Constitucional ha reconocido que los derechos de los consumidores, indicados en la norma anteriormente citada, son derechos fundamentales (2003, fundamento jurídico 32) —aplicando la teoría de los derechos innominados¹ y añadiendo como derecho fundamental, entre otros, a la indemnización por daños²—. La indemnización es la vía para resarcir el daño causado por un proveedor, el cual puede ser «psicofísico, patrimonial y no patrimonial» (Alpa, 2004, p. 434). A su vez, la indemnización puede comprender criterios patrimoniales (como el daño emergente, lucro cesante) y extrapatrimoniales (como el daño moral) (Espinoza Espinoza, 2002, pp. 159ss.), proyectándose este derecho «tanto frente a poderes públicos como frente a particulares» (Canosa Usera, 2008, p. 101).

A su vez, también el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el Estado tiene un deber especial de protección frente a los consumidores, correspondiéndole

[...] crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores [...] establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses. Con el establecimiento de ese tipo de procedimientos no solo debe facilitarse una vía para la satisfacción de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sino también las reglas conforme a las cuales puedan solucionarse equitativamente los problemas (Tribunal Constitucional, 2004, fundamento jurídico 14).

En el presente documento analizaremos cuáles son los procedimientos apropiados u opciones procesales que ofrece el Estado para que los consumidores puedan ser tutelados procesalmente, logrando satisfacer sus necesidades de ser indemnizados, centrándonos en la vía administrativa y el arbitraje de consumo. El objetivo del presente artículo es relevante, ya que el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Congreso de la República, 2010) —en adelante, Código de Consumo— incluye

1 Encontrándose la misma en el artículo 3 de la Constitución: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

2 La sentencia también reconoce como derechos fundamentales de los consumidores el del acceso al mercado y la protección de sus intereses económicos, así como la defensa corporativa, es decir, el derecho a la protección de los derechos mediante la creación y fomento de las asociaciones de consumidores.

como políticas públicas los derechos de los consumidores reconocidos como fundamentales por el Tribunal Constitucional.

Así, tenemos que en el numeral 6 del artículo VI del Código de Consumo, el Estado, como política pública

[...] garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores [...] garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditivos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños [...] facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos (Congreso de la República, 2010).

Podemos observar que los mecanismos procesales efectivos, la protección de intereses colectivos y difusos, así como la reparación por daños, se encuentran relacionados: una colectividad de consumidores puede verse afectada por un daño común y dichos consumidores deberán ser resarcidos mediante una vía efectiva.

II. TUTELA DE LOS CONSUMIDORES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 105 del Código de Consumo, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la autoridad

[...] con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones [del Código de Consumo] [...] así como para imponer disposiciones [...] sanciones y medidas correctivas [...]. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley (Congreso de la República, 2010).

En la vía administrativa establecida por INDECOPI encontramos un procedimiento sancionador, de acuerdo al artículo 107 del Código de Consumo³, en el cual se determinará si existe o no vulneración a los derechos de los consumidores, tales como a la información relevante, a la idoneidad, a la protección de intereses económicos, al no ser discriminado, a la seguridad y salud, a efectuar reclamos, a obtener resarcimientos.

En lo referente al presente documento, en la vía administrativa los consumidores solicitarán, haciendo una analogía con la vía judicial,

3 «Artículo 107. Postulación del proceso. Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores [...]» (Congreso de la República, 2010).

pretensiones encauzadas mediante las llamadas medidas correctivas reparadoras⁴, las cuales «tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior [...]» (Congreso de la República, 2010, artículo 115.1). Entre este tipo de medidas encontramos la reparación de productos, el cambio del mismo, el cumplimiento de prestaciones, y los demás supuestos regulados en el artículo 115.1 del Código de Consumo. También podemos considerar que estas medidas correctivas son equivalentes al daño emergente —el mismo que forma parte del contenido de una indemnización— en la responsabilidad civil, el cual se define «como la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como [...] “la disminución de la esfera patrimonial” del dañado» (Espinoza Espinoza, 2002, pp. 157-158).

Inicialmente, las normas de protección al consumidor no establecían este tipo de medidas a favor de los consumidores, ya que un consumidor que interponía una denuncia ante la autoridad administrativa en materia de protección al consumidor —como la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI antes de la promulgación del Código de Consumo— solamente obtenía como medida «resarcitoria» la sanción al proveedor, por lo que era necesario que los derechos de los consumidores se encontraran efectivamente protegidos. Es por ello que, en el año 2000, INDECOPI reconoce esta falencia del sistema, proponiendo que la autoridad administrativa

[...] ordene, entre otras medidas, la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor o cualquier otra medida que tenga por objeto revertir los efectos de la infracción. Ello en atención a que en el 80% de las denuncias los consumidores piden estas medidas, a pesar que el INDECOPI no puede concederlas (INDECOPI, 2000, p. 5).

Las medidas correctivas reparadoras se introducen al decreto legislativo 716, la antigua Ley de Protección al Consumidor (derogada por el actual Código de Consumo), por medio de la ley 27311 (Congreso de la República, 2000). Posteriormente en el artículo 2 de la ley 27917 (Congreso de la República, 2003), que también modificó el decreto legislativo 716, señala que las medidas correctivas no son indemnizaciones:

Precísase que las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. Para ello se parte

4 También el artículo 116 del Código de Consumo regula las medidas complementarias, pero estas no tienen carácter resarcitorio.

de la existencia de una relación de consumo en todos los sectores y sin límite de monto. Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria.

La Comisión no es competente para ordenar indemnizaciones. Corresponde esta facultad, de manera exclusiva, al Poder Judicial. Las pretensiones de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria que se presenten a la Comisión de Protección al Consumidor, en el marco de una relación de consumo, serán rechazadas (Congreso de la República, 2003).

Cabe resaltar que el artículo 115.7 del Código de Consumo enfatiza —al igual que su antecesor— que este tipo de medidas no tiene naturaleza indemnizatoria; sin embargo, añade que «se descuenta de la indemnización patrimonial (solicitada en la vía judicial) aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa» (Congreso de la República, 2010), por lo que se debe concluir que la administración otorga «indemnizaciones a cuenta» o daños emergentes, de modo tal que en la vía judicial se podrá solicitar el lucro cesante y daños extrapatrimoniales.

En este extremo, es necesario preguntarnos si la opción del legislador en defensa de los consumidores ha sido la correcta, es decir, que la vía administrativa, siendo previa a la judicial, no pueda otorgar indemnizaciones de manera plena. Para responder lo planteado, citamos lo denunciando en el expediente 2081-2010/CPC: un consumidor interpone una denuncia administrativa ante la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI contra un proveedor, debido a la pérdida de los 3 rollos fotográficos entregados a un establecimiento encargado del revelado de fotografías. En la resolución 078-2012/SC2- INDECOPI, se declaró fundada la denuncia por infracción al deber de idoneidad y al encontrarse el consumidor frente a una cláusula abusiva, pues «el denunciado limitó el resarcimiento de daños que tendría que asumir frente al denunciante por la pérdida de sus 3 rollos de películas fotográficas, a la sola entrega de la misma cantidad de rollos vacíos, negándose a pagar una compensación mayor» (INDECOPI, 2012, numeral 97).

El consumidor solicitó como pretensión una indemnización, pues las fotografías perdidas tenían un valor extrapatrimonial, tal como lo indicó la Sala de Defensa de la Competencia 02 en la resolución citada anteriormente:

[...] las películas fotográficas entregadas a los proveedores del servicio de revelado, tienen por lo general un valor extrapatrimonial [...] relacionado con las fotografías contenidas. Piénsese en las fotografías de cumpleaños, matrimonios o vacaciones familiares, las cuales constituyen

235

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

testimonios de eventos irrepetibles. Además, es importante señalar que las películas pueden llegar a tener, incluso, un valor patrimonial por las fotografías que contienen. Por ejemplo, las fotografías de una reserva natural tomadas por el consumidor en sus vacaciones de verano, que pueden ser vendidas a una revista especializada en temas ecológicos [...] De allí que la pérdida de tales bienes por parte del proveedor pueda ocasionar daños extrapatrimoniales y patrimoniales a los consumidores [...] En efecto, si se pierden las películas del consumidor que contenían las fotos de su matrimonio, cumpleaños o vacaciones familiares; ello sin duda generaría aflicción en aquel, sobre todo si se trata del único registro fílmico de tal evento familiar o amical. Asimismo, si el proveedor pierde las películas fotográficas de la reserva natural generaría un perjuicio económico al consumidor, en la medida que este perdería la suma dineraria que iba a recibir por la comercialización de tales fotografías (INDECOPI, 2012, numerales 104-105).

Pese al valor extrapatrimonial del contenido fotográfico, la Sala de Defensa de la Competencia 02 ordenó que el denunciante reciba como medida correctiva, citando el artículo 2 de la ley 27917, la suma de S/. 30,00 por el pago adelantado del servicio de revelado fotográfico y el monto equivalente a los tres rollos fotográficos perdidos de manera negligente por el proveedor, ya que cualquier indemnización la debería solicitar el consumidor en la vía judicial. Al denunciado se le multó con 11.5 UIT (INDECOPI, 2012, sexta y séptima parte resolutive). Se aprecia que la sanción es disuasiva, pero, ¿se ejerce de manera efectiva el derecho del consumidor a ser indemnizado por daños, derecho reconocido como fundamental?

Asimismo, en el expediente 615-2010/CPC, una consumidora denunció a una tienda veterinaria, pues al contratar el servicio de baño para su perro de raza chihuahua, este escapó del área de baño hacia la calle y fue atropellado por un vehículo, falleciendo por dicho acontecimiento. En la resolución 2323-2011/SC2-INDECOPI, se declaró fundada la denuncia por la falta de custodia de la tienda veterinaria. En cuanto al valor afectivo de la mascota, la Sala indicó que no es competente para analizar dicha lesión, pese a que «el valor afectivo comprometido supera largamente el valor comercial en que fue adquirido dicho bien» (INDECOPI, 2011, numeral 29).

Igualmente, en la resolución 340-2006/TDC-INDECOPI, se sancionó a dos empresas de transporte terrestre que ocasionaron un accidente en el que fallecieron 36 pasajeros y resultaron heridos 24. La falta de idoneidad del servicio se debió a «la operatividad de los conductores de ambas unidades de transporte, quienes actuaron en forma negligente al conducir sus vehículos a una velocidad excesiva, considerando las

condiciones climatológicas del lugar, pues la visibilidad se encontraba restringida a causa de la neblina» (INDECOPI, 2006, p. 12).

En los tres casos anteriormente descritos, se puede concluir que la medida correctiva reparadora será insuficiente para resarcir los daños sufridos por los consumidores, más aun cuando nos encontramos ante daños extrapatrimoniales: en el primer ejemplo, el valor sentimental de la pérdida de fotografías que capturaron momentos valiosos; en el segundo, la muerte de una mascota; o, lo más grave, la pérdida de seres queridos debido a un accidente de tránsito por una conducta negligente de los conductores de una empresa de transporte.

Es posible afirmar que la Constitución se extiende a todo el ordenamiento jurídico. Nos encontramos, así, ante «una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales» (Guastini, 2001, p. 153). Si la Constitución es el referente de toda interpretación y política, debemos concluir que el derecho de los consumidores a ser indemnizados debe ser canalizado también en la vía administrativa. Si el artículo 115.7 es contrario a la Constitución, ¿con qué herramienta contaría la autoridad administrativa para aplicar el derecho conforme a la Constitución?

En la Sentencia, recaída en el expediente 03741-2004-AA/TC y su aclaración, el Tribunal Constitucional, mediante precedente, afirmó los criterios por los cuales la autoridad administrativa puede ejercer el control difuso⁵ para proteger la Constitución, debiendo cumplir los siguientes presupuestos:

- Los órganos competentes son los tribunales u órganos colegiados administrativos «que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados» (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 4).
- El examen de constitucionalidad debe ser relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo y la ley cuestionada no puede ser interpretada de conformidad con la Constitución (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento jurídico 50, literal A).

5 Aplicando los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución: «Artículo 38. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación»; «Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]»; «Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.»

- El ejercicio del control difuso puede realizarse a pedido de parte «siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados» (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 7). También procede de oficio «cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional [...] o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional» (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 7).
- Los órganos competentes deben aplicar la norma de inferior jerarquía constitucional cuando su constitucionalidad «haya sido confirmada en procesos constitucionales» (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 8) y no pueden aplicar «a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos» (Tribunal Constitucional, 2006, fundamento jurídico 8).

Actualmente INDECOPI tiene procedimientos sumarísimos y ordinarios (en el artículo 125 del Código de Consumo se establecen las competencias): en los primeros, en primera instancia resuelve un jefe, por lo que no podría ser considerado un órgano calificado, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, para ejercer el control difuso; en los procesos ordinarios, la Comisión de Protección al Consumidor resuelve en primera instancia, pero no cuenta con competencia nacional⁶, por lo que tampoco constituye un órgano calificado para ejercer el control difuso. Entonces, en la vía administrativa en INDECOPI, el único órgano competente para ejercer el control difuso ante una controversia de protección al consumidor sería la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

Sin embargo, el criterio del Tribunal Constitucional ha variado, pues mediante la sentencia recaída en el expediente 4293-2012-PA/TC se deja sin efecto el precedente establecido en el expediente 3741-2004-AA/TC y su sentencia aclaratoria, utilizando tres argumentos (Tribunal Constitucional, 2014, fundamentos jurídicos 33): afectación del sistema dual de control constitucional reservado para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional; la potestad de administrar justicia ejercida por el Poder Judicial; el hecho de que cuando en el Poder Judicial se ejerce el control difuso existen mecanismos de control como la elevación en consulta.

⁶ Esto se debe a que existen diversas comisiones a nivel nacional: por ejemplo, las Comisiones de Protección al Consumidor 1, 2 y 3 de la sede central en Lima, la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte, entre otras.

Frente a lo señalado por el Tribunal Constitucional, debemos hacer dos precisiones: la primera es que la Sala Especializada en Protección al Consumidor resuelve controversias entre consumidores y proveedores. Ello, sin embargo, no se hace de manera definitiva, pues se puede interponer una demanda contencioso administrativa en sede judicial; en otras palabras, la Sala ejerce una función cuasijurisdiccional (Bullard González & Higa Silva, 2007). En este extremo, debe tenerse en cuenta que lo importante es que la autoridad resuelva controversias, tal como lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al ampliar la definición de «juez nacional» —aquel que solicitará interpretación prejudicial al Tribunal Andino— a entidades administrativas como INDECOPI, debiendo preferirse «el criterio funcional, material u objetivo y no únicamente el criterio orgánico, formal o subjetivo [de modo tal que se debe] [...] ampliar necesariamente la noción de juez nacional, puesto que los Estados tienen la potestad de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014).

Si el mecanismo de control de elevación en consulta es lo que preocupa al Tribunal Constitucional, se deberá establecer que la Sala Especializada en Protección al Consumidor, al aplicar el control difuso, eleve en consulta el caso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, siempre que no se haya impugnado judicialmente la resolución, pero se debe permitir el control difuso de la administración, pues esta última también debe hacer prevalecer el respeto a la Constitución.

Los consumidores se encuentran en este momento frente a las siguientes preocupaciones: i) no pueden obtener una indemnización plena en sede administrativa; ii) la administración no puede ejercer control difuso; iii) la vía administrativa resulta obligatoria, pues INDECOPI cuenta con competencia primaria para resolver estas controversias.

Las primeras dos inquietudes las hemos comentado anteriormente, ahora cabe preguntarse por qué INDECOPI debe ser la vía obligatoria para resolver las controversias entre los consumidores. Si miramos el ámbito del derecho de autor, será el autor o el titular del derecho quien escoja ante qué vía acudir: administrativa, judicial o penal, por ejemplo (Poder Ejecutivo, 1996b, artículo 173). Deberá ser el consumidor afectado quien opte por acudir a una vía administrativa, civil o de cualquier otra índole para resolver su controversia: será mediante un análisis costo-beneficio que decidirá cuál es la entidad amparada por la ley que puede resolver de mejor manera para sus intereses. Reconocemos la labor que a la fecha se encuentra efectuando INDECOPI en materia de protección al consumidor, pero, como hemos dicho, deberá ser el consumidor quien elija ante qué vía acudir, e INDECOPI

239

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

tendrá que ganar las preferencias de los consumidores en la tutela de sus derechos frente a otras opciones como la vía judicial o arbitral.

III. ARBITRAJE DE CONSUMO

El Texto Único Ordenado del decreto legislativo 716 (Poder Ejecutivo, 1991, actualmente derogado por el Código de Consumo) —mediante su artículo 38— habilitó a que la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI, en coordinación con el Directorio de la entidad, establezca de manera directa o a través de instituciones públicas o privadas «mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismo mixtos que, mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios». Adicionalmente, el artículo 30 del decreto legislativo 807 reguló en lo referente al arbitraje que

[...] si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el Directorio de INDECOPI a propuesta de las Comisiones correspondientes. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros (Poder Ejecutivo, 1996a, artículo 30).

En el ámbito de la vigencia del decreto legislativo 716 no se promovió el mecanismo del arbitraje. Recién con el Código de Consumo se estableció en los artículos 137 a 144 el sistema arbitral de consumo como una vía alternativa para resolver las controversias entre proveedores y consumidores. Posteriormente, el decreto supremo 046-2011-PCM (Poder Ejecutivo, 2011) aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo —en adelante, Reglamento de Arbitraje de Consumo—. Como normas complementarias tenemos la «Directiva que aprueba el Procedimiento para la nominación de árbitros del Sistema de Arbitraje de Consumo» (INDECOPI, 2015a) y la «Directiva que aprueba el Procedimiento de Adhesión de Proveedores y Creación del Registro de Proveedores Adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo» (INDECOPI, 2015b). Como indicaremos en las siguientes líneas, el arbitraje de consumo tiene la característica —entre otras— de representatividad, es institucional y se constituye «en coordinación con los gobiernos regionales y locales»⁷.

⁷ Mediante la conformación de Juntas Arbitrales, según el artículo 138 del Código de Consumo (Congreso de la República, 2010).

Asimismo, se ha aprobado la creación de una oficina temporal denominada «Junta Arbitral de Consumo Piloto» que funcionará en la sede central del INDECOPI (INDECOPI, 2015c), con el siguiente sustento: i) no ha existido intención de los gobiernos regionales y locales de crear juntas arbitrales (INDECOPI, 2015c); ii) si no existe esta intención, INDECOPI, como la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor (conforme artículo 135 del Código de Consumo), puede crear las juntas arbitrales en cualquier de sus oficinas o sedes (Poder Ejecutivo, 2011, numeral 5.2); iii) la falta de asignación presupuestal en los gobiernos regionales y locales para implementar las Juntas Arbitrales y la preocupación de los proveedores respecto a que los gobiernos regionales y locales administren el arbitraje de consumo»⁸.

Han pasado varios años desde la inicial inclusión del arbitraje de consumo en el Código de Consumo⁹ y a la fecha todavía no se implementa, por lo que es necesario preguntarse cómo podrá competir el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias entre los consumidores y los proveedores.

III.1. Experiencia extranjera

Los antecedentes en experiencia de arbitraje de consumo pueden observarse en España y Argentina. En ambos casos el origen es constitucional, con posterior desarrollo legislativo.

En el caso de España, se desarrolló a partir del artículo 51 numeral 1 de su Constitución, de fecha 27 de diciembre de 1978, por la cual «los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Luego, en el artículo 31 de la ley 26/1984 —Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Jefatura del Estado, 1984)—¹⁰, el legislador indicó los criterios que debe cumplir el arbitraje de consumo: participación de las asociaciones de consumidores y empresas, sometimiento voluntario, informalidad y resolución del conflicto con carácter vinculante, exclusión de materias como intoxicación, muerte o indicios de delito. Posteriormente, se emitió el real decreto 231/2008 (Ministerio de la Presidencia, 2008), el cual regula el sistema arbitral de consumo.

En la experiencia argentina, el artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina, tras la reforma de fecha 22 de agosto de 1994,

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

8 Numeral 9 del informe 035-2015/DPC-INDECOPI, mencionado en la parte considerativa de INDECOPI (2015c) y obtenido mediante carta 473-2015/GEG-Sac del 15 de julio de 2015 que da respuesta a nuestra solicitud de acceso a la información.

9 El Código de Consumo se encuentra vigente desde el 02 de octubre de 2010, el Reglamento del Arbitraje de Consumo desde el 23 de junio de 2011.

10 Posteriormente se aprobó el texto refundido mediante real decreto legislativo 1/2007.

establece la protección de los consumidores y la obligación de regular procedimientos eficaces para la solución de controversias:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. [...] La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos [...].

Luego, la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor (Congreso de la Nación Argentina, 1993)—, en su artículo 59, señala los criterios que deben seguir los tribunales arbitrales: el arbitraje puede ser de derecho o de conciencia, el tribunal arbitral se encuentra compuesto por árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y las empresas. Finalmente, el decreto legislativo 276/98 regula el sistema nacional de arbitraje de consumo (Poder Ejecutivo, 1998).

III.2. Características del arbitraje de consumo

El artículo 137 del Código de Consumo señala que el sistema de arbitraje de consumo tiene el objetivo de resolver las controversias entre consumidores y proveedores «de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante» (Congreso de la República, 2010). El arbitraje de consumo es institucional, pues es «organizado y administrado por una institución arbitral» (Poder Ejecutivo, 2008b, artículo 7, numeral 1), y, de conformidad con el artículo 138 del Código de Consumo, las Juntas Arbitrales (o instituciones arbitrales) se constituyen en cada localidad, coordinando la autoridad nacional de protección al consumidor con los gobiernos regionales y locales, «a fin de que [...] organicen el sistema y lo promuevan entre los agentes del mercado y los consumidores».

Del Águila (2005) expone las ventajas del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc: mayor previsión normativa por la experiencia; simplicidad al incorporar las partes una cláusula modelo de la institución arbitral; predictibilidad de la regulación de las distintas situaciones que se presenten en el proceso; reducción de contingencias prevista en los reglamentos de la institución arbitral; adaptación permanente de los reglamentos, como producto de la experiencia (2005, pp. 243-244); supervisión de las conductas de los árbitros,

[...] dado que procuran tener listas o registros de árbitros propios, con el objeto de destacar ante los usuarios sus servicios, el grupo profesional y experimentado que tienen a su disposición; es más, el ingreso a estas listas de árbitros se perfecciona cada día más, pasando el postulante por una rigurosa evaluación de la institución arbitral, la que examina sus

antecedentes académicos, profesionales y también personales (2005, p. 247).

Los proveedores pueden desconfiar de las juntas arbitrales establecidas en gobiernos regionales y/o locales por no contar con la experiencia suficiente, o en tanto entidades en las que las autoridades pueden cambiar cada cuatro años. A su vez, la junta arbitral de consumo podría ser «politizada». En cuanto a la experiencia, la autoridad nacional de consumo puede organizar las capacitaciones que sean necesarias para la implementación del sistema. En cuanto al cambio de autoridades, también esto puede ocurrir en la autoridad nacional de consumo. Frente a la politización, tampoco existe temor fundado, ya que será la designación de miembros con condiciones óptimas las que permita llevar adelante de modo adecuado la institución arbitral.

En lo que discrepamos en este extremo de la norma es en lo siguiente: no necesariamente se deben constituir las juntas arbitrales de consumo en los gobiernos regionales y locales, debiendo constituirse las mismas en

[...] instituciones o entidades, sean públicas o privadas, como universidades, colegios profesionales, o municipalidades, siempre que cumplan un perfil adecuado. No puede sostenerse que las municipalidades por contar con un alcance nacional puedan ser un apoyo adecuado en la defensa de los consumidores (Rejanovinski Talledo, 2011, p. 287).

Otra característica del arbitraje de consumo es la representatividad, pues los órganos arbitrales —es decir, los árbitros— están representados por el Estado, los proveedores y las asociaciones de consumidores, potenciando «el asociacionismo, crear un método conciliatorio entre intereses contrapuestos y otorgar al arbitraje una verdadera función social dirigida a formar consumidores conscientes y empresarios responsables» (García Gómez, 2006, p. 790). La sencillez obliga a que el arbitraje de consumo sea «ágil y accesible para los consumidores, [...] [y] se concibe como un mecanismo que permite al consumidor dirigirse directamente frente al empresario sin dificultades ni obstáculos formales —al estilo del procedimiento judicial— para hacer valer sus pretensiones en cualquier relación de consumo, atribuyéndole, consecuentemente, un carácter sumatorio» (García Gómez, 2006, pp. 788-789).

La gratuidad se diferencia de la denuncia administrativa, pues la tasa de esta última asciende al 1% de la unidad impositiva tributaria (UIT), es decir, S/. 38,50. Cabe precisar que la tasa es de una cuantía baja. En el año 2010, el costo del procedimiento de la denuncia por infracciones a las normas sobre protección al consumidor ascendió a la suma de S/. 36,00. La estructura de costo desagregada el mismo año —es decir, lo que le cuesta a la entidad dicho procedimiento— ascendió

243

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

a la suma de S/. 852,72¹¹. De acuerdo a ello, existe una diferencia de S/. 816,72 que es cubierta por los ingresos de INDECOPI según el artículo 52 del decreto legislativo 1033 (2008a)¹².

Al ser el arbitraje gratuito, también se explica que a la fecha no se haya implementado, pues los gobiernos regionales y locales no cuentan con los recursos. En las tasas por denuncias administrativas, INDECOPI cubre el costo con ingresos propios; en el caso de las municipalidades, los recursos propios deben utilizarse inicialmente en beneficio de los vecinos. Esto representa un reto para el arbitraje de consumo, el cual podría solventarse con donaciones de entidades extranjeras o nacionales.

En la experiencia extranjera, el éxito del arbitraje también depende del fomento económico. En el año 2007, en la experiencia española, el presupuesto no fue el adecuado, pues con los recursos presupuestados

[...] no puede aspirarse ni de modo remoto a ofrecer un sistema eficaz a consumidores y empresarios, pues indefectiblemente existirá déficit de personal que repercutirá en la dilación de la tramitación de los expedientes, carencias materiales de primera necesidad, imposibilidad presupuestaria de admisión de prácticas probatorias a instancias del propio Colegio, nulos fondos para el desarrollo de campañas de comunicación tendentes a la difusión del sistema, etc. Resulta indispensable pues, como punto de partida para afrontar cualquier proceso de difusión y promoción del sistema arbitral de consumo incrementar de modo serio y contundente el presupuesto asignado (Ribón Seisdedos, 2007).

En la experiencia argentina también se indica como falencia la financiación del mismo, siendo

[...] «indispensable que no exista asimetría de formación ni de dedicación entre dichos árbitros y los propuestos por las cámaras empresariales, puesto que fallaría el sistema desde su base, debido a que las asociaciones de consumidores reconocidas reciben sumas muy exiguas para su sostenimiento. (...) Ello ha determinado que algunos especialistas ni siquiera se hayan anotado como árbitros y que muchos árbitros estén analizando la posibilidad de renunciar al sistema o de limitar su actuación a algunos casos puntuales (Bersten, 1998).

La unidireccionalidad es también una característica del arbitraje de consumo, pues «protege fundamentalmente a los consumidores y es su iniciativa la que pone en marcha el procedimiento» (Romero Herrero,

11 Conforme carta 324-2010/GEG-Sac de fecha 03 de noviembre de 2010 que absuelve nuestra solicitud de acceso a la información.

12 Conforme a la mencionada carta 324-2010/GEG-Sac.

2003, p. 24). El consumidor siempre será demandante, a diferencia del arbitraje común, situación parecida a la que podemos observar en los procedimientos administrativos seguidos ante INDECOPI.

El arbitraje de consumo es voluntario, «debiendo constar por escrito o en cualquier otro medio fehaciente» (Congreso de la República, 2010, artículo 140) el sometimiento al mismo. Esta característica es fundamental, ya que «las partes renuncian voluntariamente a su derecho a la tutela judicial efectiva» (Guillén Caramés, 2007, p. 376) o, en nuestro ordenamiento, al ser INDECOPI la autoridad con competencia primaria, las partes renuncian a la tutela cuasijurisdiccional efectiva. Elegir acudir a un arbitraje de consumo excluye que el consumidor solicite por los mismos hechos el inicio de un procedimiento administrativo ante INDECOPI, aunque tampoco impide que la administración inicie procedimientos de oficio (Congreso de la República, 2010, artículos 143 y 145).

Conforme al artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de Consumo (Poder Ejecutivo, 2011), el sometimiento al arbitraje de consumo tiene las siguientes pautas:

- La voluntad de las partes de someter su controversia al arbitraje de consumo puede ser acreditada con el convenio arbitral celebrado de modo previo a la existencia de la controversia; o, mediante la aceptación por parte del consumidor de la oferta pública de adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo o el acuerdo de ambas partes [...] [al solicitar el consumidor que la controversia sea resuelta mediante el arbitraje de consumo].
- El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada en un contrato o acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de consumidores y proveedores de resolver sus conflictos a través del arbitraje de consumo. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en documento firmado por las partes u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo.
- Cuando exista adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo la petición de arbitraje del consumidor demuestra la voluntad de ambas partes de someter su controversia al arbitraje de consumo.
- En caso de que no conste la voluntad del proveedor de someter sus conflictos al arbitraje de consumo en alguna de las formas señaladas, pero exista petición de arbitraje del consumidor, se notificará al proveedor reclamado de la existencia de la solicitud para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación, la acepte o rechace. Transcurrido dicho plazo, sin que conste la aceptación del arbitraje por el

245

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

proveedor, el Secretario Técnico de la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de la solicitud notificando a las partes.

Si se compara con el diseño legal de los procedimientos sumarísimos (que tienen una duración por instancia de 30 días hábiles, la primera de las cuales está a cargo del Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos; la segunda—en apelación—, de la Comisión de Protección al Consumidor; y la tercera, de manera excepcional mediante recurso de revisión, de la Sala Especializada de Protección al Consumidor) y los procedimientos ordinarios (que tienen una duración de 120 días hábiles por instancia: la primera ante la Comisión de Protección al Consumidor y, en apelación, ante la Sala Especializada de Protección al Consumidor), el arbitraje de consumo es más rápido si se compara el plazo del laudo: noventa días hábiles computados desde la fecha de admisión de la petición de arbitraje.

También se menciona que el arbitraje tiene carácter vinculante, ya que el laudo constituye título ejecutivo y su incumplimiento se considera una infracción sancionable administrativamente (Congreso de la República, 2010, artículo 144). Si una persona quisiera impugnar el laudo, deberá efectuar dicha impugnación mediante las causales de anulación establecidas en el artículo 63 del decreto legislativo 1071 (Poder Ejecutivo, 2008b).

Adicionalmente el artículo 64 del decreto legislativo 1071 señala que el recurso de anulación se interpone «ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo» (Poder Ejecutivo, 2008b). En la ciudad de Lima, tenemos salas civiles, salas comerciales, salas contencioso administrativas y también una sala superior contencioso administrativa con subespecialidad en temas de mercado.

Consideramos que, por un tema de especialidad, esta última debería—en el caso de la ciudad de Lima— ser competente para resolver las anulaciones de los laudos de arbitraje de consumo, pues la misma se ha creado mediante la resolución administrativa 206-2012-CE-PJ (Poder Judicial, 2012)¹³, con subespecialidad en temas donde sea parte INDECOPI y con la finalidad de resolver controversias derivadas de las resoluciones que emiten los órganos resolutivos de INDECOPI, tales como las resoluciones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor. Si bien en un recurso de anulación no se discute el fondo de la controversia—y en un arbitraje de consumo no nos encontramos ante un órgano resolutivo de INDECOPI, ni tampoco es parte INDECOPI, pues quienes emiten el laudo son árbitros—, es conveniente que esta sala contencioso

¹³ En dicha resolución se crean también tres juzgados contencioso administrativos y un juzgado constitucional con especialidad en temas en los que sea parte INDECOPI.

administrativa con subespecialidad en temas de mercado sea la competente, pues en las resoluciones que revisa en apelación mediante procesos contencioso administrativos analiza controversias en materia de consumo, a diferencias de otras salas superiores en sede judicial.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el informe defensorial 109, emitido por la Defensoría del Pueblo, se afirma que «los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (negociación, conciliación y transacción extrajudicial, arbitraje) no han generado espacios significativos o amplios, paralelos al Poder Judicial, para la solución de controversias» (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 62). La Defensoría plantea como alternativa de solución la difusión y que exista personal capacitado para promover los mecanismos de conciliación:

Los medios alternativos serán mecanismos exitosos en la medida en que la población los conozca y existan recursos humanos adecuadamente capacitados para promoverlos y operarlos. Para cumplir con este objetivo se requiere planificar campañas intensivas para difundir dichos mecanismos entre los usuarios del sistema y la población en general, de modo que se genere confianza en su utilización (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 65).

Consideramos que INDECOPI se encuentra posicionado frente a los consumidores; en el caso de las municipalidades, su aceptación dependerá de la gestión en cada gobierno, por lo que resulta variable. Por ello, el plan piloto aprobado en la sede central de INDECOPI servirá para evaluar las mejoras ante una eventual vigencia del arbitraje de consumo y, en un futuro, a nivel nacional.

La diferencia entre un procedimiento sancionador y un arbitraje de consumo es la extensión de la pretensión que será solicitada, pues en el arbitraje el consumidor puede solicitar una indemnización que incluya daños patrimoniales y extrapatrimoniales, mientras que la administración otorga una medida correctiva, daño emergente o «indemnización a cuenta». Si el consumidor no obtiene una indemnización plena, se estará vulnerando el derecho a un recurso efectivo, reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Si el legislador se inclinó por un arbitraje institucional, debió preferir un perfil de la institución y no restringir a los gobiernos regionales y locales dicha tarea, pues el que existan entidades estatales a nivel nacional no necesariamente conlleva a que cuenten con una organización idónea. Se ha perdido la oportunidad para que INDECOPI amplíe el ámbito de aplicación de la designación de juntas arbitrales, pues en anteriores

247

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

experiencias celebró convenios en materia concursal con universidades y/o gremios.

De implementarse el arbitraje de consumo, actualmente no existe costo alguno para un consumidor. Sin embargo, existe el riesgo de que no sean representados de manera idónea por los árbitros que designen las asociaciones de consumidores¹⁴. En un procedimiento sancionador, los proveedores cuentan siempre con la calidad de denunciado. Por ello, a la fecha no cuentan con interés en designar a los árbitros que los representarán, pues ocuparán asimismo la posición de demandados en las controversias arbitrales. El incentivo de los proveedores para acogerse al arbitraje de consumo es similar a una garantía explícita, es decir, la que «se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos» (Congreso de la República, 2010, artículo 20, literal b). Será como una garantía explícita, pues se ofrece «un sistema que otorgue indemnizaciones a los consumidores, con un plazo de resolución inferior al de una controversia administrativa y judicial. Estos evaluarán, antes de realizar un acto de consumo, si los proveedores otorgan una garantía adicional como la mencionada» (Rejanovinschi Talledo, 2011, p. 58).

Lo importante será que el Estado brinde mecanismos —sea mediante un procedimiento administrativo, arbitral o judicial— que puedan satisfacer de manera efectiva el derecho del consumidor a ser indemnizado de manera plena, y que el consumidor escoja, mediante un análisis costo-beneficio, cuál es la vía que mejor puede satisfacer sus necesidades de justicia.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alpa, Guido (2004). *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica.

Bersten, Horacio L. (1998). Algunas reflexiones sobre el sistema de arbitraje de consumo. *La Ley*, 1998-F (1016).

Bullard González, Alfredo & César Higa Silva (2007). Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En Edgar Carpio Marcos y Pedro Grandez Castro (coords.), *La defensa de la constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra.

Canosa Usera, Raúl (2008). Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios. En Jaime Rodríguez-Arana Muñoz & Raúl Canosa Usera (eds.), *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblio.

¹⁴ Sobre la evaluación del desempeño de las asociaciones de consumidores, véase Rejanovinschi Talledo (2011, pp. 64ss.).

Congreso de la Nación Argentina (1993). Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Ley 24.240. 13 de Octubre de 1993.

Congreso de la República (Perú) (2000). Ley 27311. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de julio de 2000.

Congreso de la República (Perú). (2003). Ley 27917. *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2003.

Congreso de la República (Perú) (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571.

Constitución de la Nación Argentina (1853).

Constitución Española (1978).

Constitución Política del Perú (1993).

Defensoría del Pueblo (2007). Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán. Informe 109 (segunda edición). Lima: Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo (2005). Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc. ¿He ahí el dilema?. *Revista Peruana de Arbitraje*, 1, 231–263.

Espinoza Espinoza, Juan (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

García Gómez, Ramón (2006). El convenio arbitral de consumo. Arbitraje de consumo y justicia material. En Eugenio Llamas Pombo (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Madrid: La Ley/Grupo Wolters Kluwer.

Guastini, Riccardo (2001). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. En *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 15 de marzo de 2015 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf>.

Guillén Caramés, Javier (2007). El arbitraje y el derecho de los consumidores y usuarios. En Jorge Luis Collantes González (dir.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho. Primera parte*. Volumen 3. Lima: Palestra.

INDECOPI (2000). Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta. Documento de trabajo 001-2000. Área de Estudios Económicos.

INDECOPI (2006). Resolución 340-2006/TDC-INDECOPI.

INDECOPI (2011). Resolución 2323-2011/SC2-INDECOPI.

INDECOPI (2012). Resolución 078-2012/SC2-INDECOPI. 11 de enero de 2012.

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

INDECOPI (2015a). Directiva que aprueba el Procedimiento para la nominación de árbitros del Sistema de Arbitraje de Consumo. Directiva 005-2014/DIR-COD-INDECOPI. Aprobada mediante resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI 024-2015-INDECOPI/COD. *Diario Oficial El Peruano*, 11 de febrero de 2015.

INDECOPI (2015b). Directiva que aprueba el Procedimiento de Adhesión de Proveedores y Creación del Registro de Proveedores Adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo. Directiva 006-2014/DIR-COD-INDECOPI. Aprobada mediante resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI 025-2015-INDECOPI-COD. *Diario Oficial El Peruano*, 11 de febrero de 2015.

INDECOPI (2015c). Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI 100-2015-INDECOPI/COD. *Diario Oficial El Peruano*, 07 de junio de 2015.

Jefatura del Estado (España) (1984). Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ley 26/1984. 24 de julio de 1984.

Ministerio de la Presidencia (2008). Decreto que regula el Sistema Arbitral de Consumo. Real Decreto 231/2008. 25 de febrero de 2008.

Poder Ejecutivo (Argentina) (1998). Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Decreto 276/98. *Boletín Oficial*, 13 de marzo de 1998.

Poder Ejecutivo (Perú) (1991). Decreto legislativo 716. Aprobado por decreto supremo 039-2000-ITINCI.

Poder Ejecutivo (Perú) (1996a). Facultades, Normas y Organización del INDECOPI. Decreto legislativo 807. 16 de abril de 1996.

Poder Ejecutivo (Perú) (1996b). Ley sobre el Derecho de Autor. Decreto legislativo 822. 23 de abril de 1996.

Poder Ejecutivo (Perú) (2008a). Decreto legislativo 1033. 24 de junio de 2008.

Poder Ejecutivo (Perú) (2008b). Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Decreto legislativo 1071. 27 de junio de 2008.

Poder Ejecutivo (Perú) (2011) Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo. Decreto supremo 046-2011-PCM.

Poder Judicial (2012). Resolución administrativa 206-2012-CE-PJ. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de octubre de 2012.

Rejanovinschi Talledo, Moisés (2011). *¿Defendiéndonos de manera adecuada? El rol de las asociaciones de consumidores en el Perú*. Tesis de Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Lima: PUCP

Ribón Seisdedos, Eugenio (2007). Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo. Ponencia presentada en el VIII Congreso de Arbitraje de Consumo. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo/>.

Romero Herrero, Francisco J. (2003) El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista. En Tribunal Arbitral de España, *Anuario de Justicia Alternativa IV. Derecho Arbitral*. Barcelona: Bosch.

Tribunal Constitucional (2003). Expediente 008-2003-AI/TC. Sentencia. 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional (2004). Expediente 858-2003-AA/TC. Sentencia. 24 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional (2005). Expediente 3741-2004-AA-TC. Sentencia. 14 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 3741-2004-AA-TC. Sentencia aclaratoria. 11 de octubre de 2006.

Tribunal Constitucional (2014). Expediente 4293-2012-PA/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2014.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2014). Proceso 121-IP-2014. 20 de noviembre de 2014.

Recibido: 30/07/2015
Aprobado: 03/09/2015

251

LOS DILEMAS
PARA CONSUMIR
JUSTICIA:
ALGUNOS
ALCANCES DE LA
TUTELA PROCESAL
DEL CONSUMIDOR
EN LA VÍA
ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRAJE DE
CONSUMO

DILEMMAS TO
CONSUME JUSTICE:
SOME SCOPES
OF PROCEDURAL
PROTECTION OF
THE CONSUMER
ADMINISTRATIVE
PROCEDURE
AND CONSUMER
ARBITRATION

Regímenes complementarios de jubilación en el Perú: ¿una opción paralela?

Supplementary retirement plans in Peru: a parallel choice?

CÉSAR ABANTO REVILLA*

Resumen: En el Perú, existe, desde finales de 1992, un modelo mixto de pensiones que está formado, a su vez, por un régimen público —dentro del cual tenemos a los miembros de las fuerzas armadas y policiales (decreto ley 19846), a los servidores públicos (decreto ley 20530), a los servidores diplomáticos (decreto supremo 065-2009-RE) y al Sistema Nacional de Pensiones (decreto ley 19990)— y, en paralelo, un régimen privado, a saber, el Sistema Privado de Pensiones (SPP) de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) (decreto ley 25897). En la medida en que diversos factores han afectado el normal desarrollo de los sistemas estatales de pensiones, se ha pretendido sustituirlos por el modelo privado chileno de 1980. Sin embargo, las crisis financieras han demostrado que este mecanismo también presenta debilidades, en especial, por su íntima vinculación a la volatilidad de los mercados financiero y bursátil, lo cual ha llevado a que se ensayen fórmulas alternas. En algunos casos, estas se han dirigido hacia los regímenes de pensiones complementarias, es decir, a la creación de fondos previsionales que tienen por finalidad otorgar prestaciones adicionales a las reconocidas por los sistemas obligatorios existentes.

Palabras clave: Seguridad social – pensión – jubilación – regímenes complementarios

Abstract: In Peru, since the end of the year 1992, there is a mixed retirement model which consists of a public system – integrated by the members of the armed and police forces (Decree Law 19846), public officials (Decree Law 20530), diplomatic officials (Supreme Decree 065-2009-RE) and the National Retirement System (Decree Law 19990) - and, in parallel, a private model, namely, the Private Retirement System (SPP – Sistema Privado de Pensiones) of the Retirement Fund Administrators (AFP – Administradores de Fondos de Pensiones) (Decree Law 25897). Due to the extent that several factors have affected the normal development of the public retirement systems, they have been tried to be replaced by the Chilean private model of 1980. However, the financial crises have revealed that this mechanism also has weaknesses, especially by their intimate connection with the volatility of the financial and stock markets, which have led to test alternative formulas. In some cases, these have been aimed towards supplementary retirement models, that is, the creation of retirement funds which are designed to provide additional benefits to those recognized by the existing mandatory systems.

Key words: Social security – pension – retirement – supplementary plans

* Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de San Martín de Porres. Abogado y maestro en Derecho. Correo electrónico: cesar.abanto@gmail.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SEGURIDAD SOCIAL, PENSIÓN Y JUBILACIÓN.- II.1. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO CONCEPTO.- II.2. LA PENSIÓN: AUTONOMÍA DEL DERECHO PREVISIONAL.- II.3. LA JUBILACIÓN: CONCEPTO Y MODALIDADES.- III. RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS: CUESTIONES GENERALES.- IV. LOS RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS EN EL PERÚ.- IV.1. PRIMERA ETAPA: LEY 1378.- IV.2. SEGUNDA ETAPA: LEY 10624.- IV.3. TERCERA ETAPA: DECRETO LEY 17262.- IV.4. ALGUNOS RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS.- IV.5. ¿ES VIABLE UN RÉGIMEN DE JUBILACIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR?.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un elemento trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de todos los países (Grzeticz, 2005, p. 9). Por ello, la decisión que se asuma con relación al sistema que se adoptará en determinado momento de la historia de cada nación podría originar un ahorro considerable de recursos humanos y materiales o, por el contrario, una profunda depresión colectiva como consecuencia del descontento social derivado de la atención ineficiente, insuficiente e inoportuna, así como un impacto económico negativo por la aplicación de dispositivos legales inadecuados para su manejo financiero. Si bien el modelo tradicional de seguridad social alude a la regulación prioritaria de las prestaciones de salud y pensiones, en la medida en que estas últimas se han constituido en un elemento preponderante en la estructura económica de la mayoría de países, centraremos nuestro estudio en su análisis general.

Este ensayo tiene por finalidad revisar la evolución histórica de los regímenes complementarios de jubilación en el Perú. Estos sirven de beneficio adicional a las pensiones otorgadas actualmente por la seguridad social regular, bajo la gestión de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente. Nuestro sistema de pensiones se divide en dos regímenes, a saber:

- El público, que está conformado por el régimen militar y policial —decreto ley 19846 (Poder Ejecutivo, 1972b)—, el de los servidores públicos —decreto ley 20530 (Poder Ejecutivo, 1974), el de los servidores diplomáticos —decreto legislativo 894 (Poder Ejecutivo, 1996b), y el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) —decreto ley 19990 (Poder Ejecutivo, 1973); y,
- El privado (SPP), el cual está a cargo de particulares a través de sociedades anónimas llamadas AFP, que administran las pensiones de los trabajadores públicos y privados, sean dependientes o

independientes¹, bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)².

Si bien el SPP nació formalmente a finales de 1992, no fue esta la primera oportunidad en que la empresa privada asumió —junto al Estado, o en solitario— la administración de un mecanismo de aseguramiento previsional, como podrá ser apreciado más adelante, cuando analicemos las leyes 1378, 4916 y 10624 (Congreso de la República 1911; 1924; 1946a), y el decreto ley 17262 (Poder Ejecutivo, 1968). Paralelamente a estos regímenes, se dictaron normas que regularon el pago de prestaciones a favor de trabajadores de determinados sectores laborales, como los de las empresas eléctricas y tranvías —ley 10772, del 9 de octubre de 1946 (Congreso de la República, 1946b)— y los pescadores —decreto supremo 01, del 22 de enero de 1965 (Poder Ejecutivo, 1965)—. Estas normas ofrecían beneficios complementarios y adicionales a los que establecían las normas generales de seguridad social en pensiones.

Junto a estos regímenes complementarios existían también empresas privadas que otorgaban unilateralmente el beneficio de una pensión a sus trabajadores, como la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. En 1994, dicha universidad creó para sus profesores un régimen de nivelación —similar a la cédula viva del decreto ley 20530 (Poder Ejecutivo, 1974)—. Este régimen fue cerrado en el año 2000 a partir de una crisis financiera, como se explica detalladamente en los considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional (2006b). En la mayoría de los casos en los que ha participado la empresa privada en la administración de regímenes pensionarios —de manera directa o indirecta—, se presentaron cuestionamientos con relación al respeto del acceso a la pensión. Así fue, por ejemplo, en el caso de la ley 10624 (Congreso de la República, 1946a), en que el goce de la jubilación dependía de cumplir cierta cantidad de años de servicios para un mismo empleador, pues en muchas oportunidades el trabajador era despedido antes de alcanzar el mínimo (40 años) para evitarle a la empresa el pago de dicha prestación (Gordillo, 1994, p. 98).

El SPP tampoco escapa a las críticas, sobre todo por la afiliación masiva de los asegurados del sistema estatal (SNP), a quienes no se les habría brindado información objetiva respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen, lo cual ha llevado a que, desde hace más de una década, miles de personas soliciten su (libre) desafiliación de las AFP. Recién a partir del 18 de marzo de 2007, con la entrada en vigencia de la ley 28991 (Congreso de la República, 2007), se creó un modelo de desafiliación sujeto a tres causales —complementadas con un supuesto

1 Cuya afiliación a un sistema de pensiones es voluntaria.

2 A partir del 25 de julio de 2000, la SBS ha asumido las funciones de la extinta Superintendencia de AFP, por mandato de la ley 27238.

adicional, el de la información deficiente, contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Víctor Augusto Morales Medina contra la SBS (2007), pero no en la citada ley—. Este es el modelo que se viene aplicando hasta la actualidad.

Pese a las dudas que subsisten respecto a la eficiencia e idoneidad de la empresa privada en la administración de derechos pensionarios, en varios países del mundo existen regímenes de jubilación a cargo de los empleadores. En estos sistemas, son los empleadores quienes asumen el pago de dichas pensiones de manera directa o a través de bancos, compañías financieras, de seguros o fondos particulares creados específicamente para dicho fin (Comisión de las Comunidades Europeas, 1997; Acuña, 2015). Ante esta realidad, cabría preguntarse si debe darse una nueva oportunidad al sector privado para que asuma el reto de tener a su cargo un régimen por el cual se pague a los trabajadores una prestación adicional y complementaria a la que reciben de la seguridad social regular. El tema es discutible.

II. SEGURIDAD SOCIAL, PENSIÓN Y JUBILACIÓN

II.1. La seguridad social como concepto

Para llegar a elaborar el concepto de seguridad social, el hombre atravesó por diversas etapas que pueden relacionarse con la evolución misma del ser humano. Así, se pasó del ahorro personal —en la Edad Antigua— hacia el asistencialismo, la beneficencia y el mutualismo —en la Edad Media— y, de ahí, al seguro social —o régimen contributivo—, concebido a finales del siglo XIX en la Prusia del canciller Otto Von Bismarck, en plena revolución industrial —Edad Moderna—.

Si bien existieron países como Dinamarca (1891), Australia (1901), Francia (1905), Uruguay (1919) o Nueva Zelanda (1938), que incluyeron esquemas no contributivos dentro de sus esquemas de seguro social, perfeccionando así el sistema prusiano, algunos autores consideramos que fue en Inglaterra (1942)³ que se acuñó el concepto moderno de seguridad social. Esto ocurrió a partir del informe elaborado por lord William Beveridge (Seguro Social y Servicios Afines), en el que se concibió un esquema estatal organizado sobre la base de los principios de universalidad y solidaridad, que permite otorgar cobertura a todo ciudadano —trabajador y/o no aportante— frente a toda contingencia, protegiendo al individuo «desde la cuna hasta la tumba».

3 Otros autores sostienen que dicho concepto fue citado previamente por Simón Bolívar, en 1819; la Constitución de la OIT, en 1919; John M. Keynes, en 1930; y el «Social Security Act» de los EE.UU., en 1935. Sin embargo, la estructura que utilizó Beveridge es la que sirve de base a su moderna definición, como precisa Grzetchik (2005, p. 11).

La seguridad social es un mecanismo de protección del individuo que deberá aplicarse cuando se presenten —durante el desarrollo de su vida— determinadas situaciones que afecten —de forma transitoria o permanente— su capacidad para trabajar, impidiendo que pueda asumir el pago de sus necesidades básicas y las de sus dependientes (alimentación, salud, vivienda, etcétera). En efecto, hechos cotidianos de la vida como un embarazo, una enfermedad, un accidente, la vejez, el desempleo o la muerte originan que la capacidad para laborar del individuo disminuya o se extinga —en el caso del fallecimiento—, ante lo cual tenemos en las prestaciones de la seguridad social la herramienta con la cual proveer un apoyo en lo sanitario —asistencia médica— y lo económico —subsidios y pensiones—.

La seguridad social es, sin embargo, un concepto complejo. Al tratarse de un fenómeno social, económico, político y jurídico, tiene diversas definiciones, según el ángulo desde el cual se lo analice, y todas estas —de una forma u otra— resultan válidas. Como nos recuerda Martí (1964, p. 25), para el hombre, es un derecho; para la sociedad, una expresión de solidaridad; para la economía, un factor de redistribución de riqueza; y, para la administración, un servicio público. Desde una perspectiva jurídica, que es la que utilizamos en este estudio, nos remitimos al concepto esbozado por Fajardo, quien sostiene que «[...] la seguridad social es un sistema de protección frente a las contingencias humanas, que procura elevar el nivel de vida del individuo y el bienestar colectivo, mediante la redistribución de la renta» (1992, p. 21).

II.2. La pensión: autonomía del derecho previsional

Si bien, como hemos precisado anteriormente, la seguridad social se manifiesta a través de diversas prestaciones —salud, pensiones, subsidios, etcétera—, en la medida en que, desde hace unos treinta años, asistimos a una evolución acelerada y diferenciada de las normas, los principios y la doctrina relativa al campo pensionario, podemos afirmar que, durante dicho periodo —y hasta la actualidad—, se ha ido gestando la autonomía científica de la especialidad previsional. Esta independencia o separación fáctica y teórica de la seguridad social, como conjunto, se debe a la relevancia que, en las últimas décadas, han adquirido la administración y tutela de los fondos pensionarios. Esto se debe a que constituyen la garantía del financiamiento del sistema, y determinan la elaboración de propuestas diversas —a nivel mundial— para reformular el tradicional modelo de reparto, variando sus principios básicos con miras a lograr una gestión eficiente.

El desarrollo del tema pensionario ha adquirido, tanto en el nivel normativo como en el teórico, una autonomía e independencia particular.

257

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

Esto justifica el análisis de su problemática de forma diferenciada a través del denominado derecho pensionario o previsional. Tal situación es manifiesta en el Perú, donde pasamos de la implementación del SPP en 1991 —reformulado en 1992— a la modificación de la Constitución, con fines pensionarios por medio de la ley 28389 (Congreso de la República, 2004) y a una reciente reforma por medio de la ley 29903 (Congreso de la República, 2012). Asimismo, cabe recordar que, en las últimas campañas presidenciales, algunas de las principales propuestas de los candidatos que ganaron las elecciones estuvieron directamente vinculadas con este tema: la libre desafiliación de las AFP —en 2006— y la creación del programa «Pensión 65», un régimen no contributivo —en 2011—.

Pese a ello, difícilmente encontraremos algún autor que nos explique de forma clara y expresa el concepto de «pensión», o que nos precise los elementos que lo conforman. La mayoría se limita al estudio individualizado de sus diversas modalidades: cesantía, jubilación, invalidez, sobrevivientes, etcétera. Para quien suscribe, la pensión es —independientemente de la contingencia que la origine: enfermedad, accidente, vejez, muerte, etcétera— una suma dineraria, generalmente vitalicia⁴, que sustituirá los ingresos percibidos por una persona cuando se presente un estado de necesidad, sea permanente o transitoria⁵, y con la cual la persona podrá cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que se cumplan todos los requisitos previstos legalmente (como se sostuvo anteriormente en Abanto Revilla, 2006, p. 416).

En 2005, con ocasión de resolver las demandas de inconstitucionalidad en contra de las leyes que aprobaron la reforma del régimen previsional estatal (Tribunal Constitucional, 2005a), el Tribunal Constitucional determinó los elementos que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. Estos son, de acuerdo con el fundamento 107 de la sentencia citada, los siguientes:

- el derecho de acceder a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión; y,
- el derecho a una pensión mínima vital.

Una vez definido dicho concepto, el Tribunal Constitucional determinó también aquellos reclamos que, al estar vinculados al contenido esencial, forman el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, y pueden plantearse a través de un proceso de amparo (Tribunal Constitucional, 2005b)⁶.

4 Existen supuestos en que la pensión tiene carácter temporal, como la cesantía por disponibilidad a que alude el decreto ley 19846, Ley de Pensiones Militar Policial (Poder Ejecutivo, 1972b).

5 Por ejemplo, el caso de la caducidad de la pensión de invalidez, regulado por el literal a del artículo 33 del decreto ley 19990 (Poder Ejecutivo, 1973).

6 En el fundamento 37 se precisa que puede reclamarse en vía de amparo: (a) la denegatoria de acceso a un sistema de seguridad social; (b) la denegatoria de una pensión de cesantía, jubilación

Las demandas cuyas pretensiones no fueran parte de esta lista —por ejemplo, los reclamos sobre reajustes o topes máximos— deberán ser interpuestas en la vía ordinaria, contencioso administrativa.

259

II.3. La jubilación: concepto y modalidades

El envejecimiento es un hecho natural que tiene consecuencias jurídicas. En efecto, al llegar a una edad avanzada, las facultades físicas y mentales de la persona disminuyen, por tanto, sería injusto obligarla a continuar con sus labores. Era necesario contar con un reemplazo de su remuneración. Esta preocupación fue la que inspiró la creación de la pensión de jubilación.

Para Romero (1993, p. 9), la palabra «jubilación» deriva del hebreo 'yobel' (jubileo o alegría), que era el nombre de una fiesta solemne que los antiguos israelitas celebraban cada 50 años —siguiendo una ley de Moisés—, y en la cual no se cultivaban los campos, los esclavos recuperaban su libertad y las tierras expropiadas retornaban a sus dueños. Paradójicamente, se relacionaba esta festividad con un momento de tristeza, pues al jubilarse una persona deja de ejercer una actividad remunerada y se retira del mercado laboral para percibir una prestación que representará apenas un 32% de sus ingresos —tasa de retorno promedio— (Mendiola & otros, 2013, p. 56).

En nuestra opinión, la jubilación es la prestación dineraria de carácter vitalicio que se otorga cuando el trabajador cumple la edad mínima y/o acredita los años de servicio o aporte fijados por ley. La jubilación puede ser voluntaria u obligatoria⁷. En este estudio nos centramos en la primera, es decir, en el supuesto en el que el trabajador decide concluir su actividad laboral para iniciar su trámite de pensión ante la ONP o la AFP, dependiendo del régimen al que pertenezca. La vejez fue el origen de dicho concepto, pero —con el tiempo— se ha permitido la existencia de otras modalidades —como la jubilación por años de servicio— en las cuales no es un requisito la edad avanzada para acceder a una pensión. Demos una mirada a ambas modalidades.

a) La jubilación por edad

En nuestra legislación, la edad de jubilación mínima regular es de 65 años (en acorde con el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1952, artículo 26), para el hombre y la mujer, tanto en el sistema público como en el privado. Existen supuestos de

o invalidez; (c) los cuestionamientos relacionados con la pensión mínima vital; (d) la denegatoria de pensión de sobrevivientes; y (e) la afectación al derecho a la igualdad material en pensiones.

7 De acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la jubilación es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla los 70 años de edad (Poder Ejecutivo, 1997a).

adelanto de la edad, dependiendo de la naturaleza del trabajo y otros factores. Según el Banco Mundial (1994, p. 1), en 1990 alrededor de 500 millones de personas —casi el 10% de la población mundial— tenían más de 60 años. Para 2030, el número de ancianos se triplicará. En el Perú, existen en la actualidad unos dos millones de personas mayores de 65 años, de los cuales más de la mitad nunca ha aportado. Conforme envejecemos, trabajamos, producimos y ganamos menos, por tanto, necesitamos una fuente de ingresos segura para sobrevivir en la tercera edad.

La vejez es una contingencia que ha ido en aumento en las últimas décadas, pues el avance de la ciencia ha permitido prolongar la vida humana. Esto ha convertido a la senectud en un problema para financiar —en el largo plazo— los modelos de reparto y capitalización individual, al resultar insuficientes los fondos aportados durante la vida laboral activa de los trabajadores —asegurados— para el pago de pensiones hasta su fallecimiento, que luego pasan a sus familiares —cónyuges, hijos y/o ascendientes— con derecho a pensión de sobrevivientes.

Para Grzetich (2006, pp. 19-20), además de la senectud, existen otros factores que también afectan la base de los sistemas jubilatorios, tales como el descenso de la tasa de natalidad, el impacto tecnológico —automatización— y la informalidad laboral. Todo esto ha originado una disminución de los trabajadores en actividad que sostenían la pirámide del modelo de reparto de cambio intergeneracional, en proporción inversa al incremento de la cantidad de pensionistas. Se aprecia, entonces, que la edad no solo constituye un requisito para acceder a una pensión de jubilación, sino que la determinación del mínimo puede tener un enorme impacto negativo en el costo financiero del sistema previsional y de la economía misma (Gillion & otros, 2002, p. 635).

b) La jubilación por años de servicio

En este sistema se prescinde de la exigencia de acreditar la edad mínima avanzada —vejez—, por tanto, el trabajador solo deberá probar haber cumplido los años de servicio —aportación— fijados por la ley para el régimen o modalidad respectiva. Si nos remontamos al pasado, podemos ver que, desde la primera norma que reguló el pago de pensiones en el Perú (Congreso de la República, 1850), la edad avanzada era el requisito básico para acceder a la prestación de vejez o jubilación. Sin embargo, cuando el 10 de julio de 1946 se promulgó la ley 10624, se permitió la existencia de un régimen que tenía como único requisito acreditar cierta cantidad de años de servicio ininterrumpidos —40 años— para un mismo empleador.

Este mismo criterio fue asumido por normas posteriores, como la Ley de Pensiones Militar Policial, decreto ley 19846 (Poder Ejecutivo, 1972b); y la Ley de Pensiones de los Servidores Públicos, decreto ley 20530 (Poder Ejecutivo, 1974). En estas no se hace mención a la edad para acceder a una pensión de cesantía. Estas normas no hacen referencia alguna al concepto «jubilación». Si bien podría alegarse que el requerir una cantidad considerable de años de servicio conlleva implícitamente tener una edad avanzada, cabe recordar que, para acceder a una pensión de cesantía en el régimen del decreto ley 20530, el funcionario o servidor público solo debía acreditar 15 o 12 y medio años de servicio —según sea hombre o mujer—. Por tanto, si ingresó a laborar a los 20 años de edad, podría tendría una pensión de cesantía —aunque reducida— a los 35 años, etapa que no puede ser calificada bajo ningún punto de vista como «vejez»⁸.

Si una de las prioridades para garantizar el funcionamiento de un régimen de pensiones —en el largo plazo— es un financiamiento sólido y suficiente, creemos que un modelo de jubilación que tenga como requisito únicamente los años de servicio no es conveniente en nuestros tiempos. En el Perú, la jubilación por edad se aplica en el SPP, mientras que la modalidad de años de servicio se utiliza en el régimen de pensiones militar policial y el de los servidores públicos. En el SNP se aplica un esquema mixto, pues además de la edad avanzada —vejez— el asegurado deberá acreditar una cantidad determinada de años de aportación.

III. RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS: CUESTIONES GENERALES

Las prestaciones de la seguridad social deben cubrir las necesidades de todos los trabajadores, pero en la medida en que los modelos de pensiones vigentes no han encontrado la forma adecuada de asegurar un ingreso en la vejez de un monto cercano al percibido antes de culminar la etapa activa, se vienen ensayando alternativas a dichos sistemas. Una de estas alternativas es que los empleadores tengan a su cargo regímenes jubilatorios internos. Con frecuencia, como señala Fajardo (1993, p. 165), los trabajadores recurren a compañías de seguros para mejorar sus prestaciones o afianzar su estabilidad personal futura —a través de programas privados de renta vitalicia—. Otras veces recurren a entidades particulares como las derramas o mutuales y, desde hace algún tiempo, a los planes previstos por sus empleadores.

⁸ Una situación similar se presentaba en el SNP hasta fines de 1992, cuando con 5 años de aportes, un asegurado podía tener derecho a una jubilación en la modalidad del Régimen Especial.

Hace casi dos décadas, el Banco Mundial (1994, pp. 269-291) propuso la creación de un modelo de pensiones construido sobre la base de tres pilares: el primero, uno público, para garantizar el pago de una pensión mínima —podría ser bajo el sistema de reparto—; el segundo, a cargo del sector privado —supervisado por el Estado—, con planes ocupacionales o cuentas de ahorro, bajo el sistema de la capitalización; y el tercero, con planes de ahorro personales voluntarios. En el año 2005 reformuló su modelo y agregó un pilar cero, constituido por un régimen no contributivo —asistencial—. En este trabajo analizamos el segundo pilar, que contempla a los sistemas de capitalización y a los planes ocupacionales o regímenes complementarios.

Cabe recordar que la jubilación a cargo del empleador, base de los regímenes complementarios, se popularizó en los países industrializados, a mediados del siglo XIX, como una herramienta de administración de recursos humanos de las grandes empresas para retener al personal con especialidades valiosas. En la actualidad, como consecuencia del fracaso de los sistemas de reparto, está planteándose la necesidad de implementar regímenes complementarios de pensión que estén a cargo de los empleadores, quienes asumirían el pago directamente o a través de seguros colectivos. Esta medida, sin embargo, no es solo una cuestión privada, sino también una decisión pública, pues el Estado deberá regular su aplicación y asumir —en caso de fracasar— la responsabilidad de atender las prestaciones impagas, al ser el último garante de todo plan de pensiones de la seguridad social.

Los modelos privados de capitalización, que en muchos países han sustituido a los regímenes públicos o coexisten con estos, fueron vistos, en un primer momento, como la panacea. Sin embargo, entraron en una etapa de revisión como medida alterna para solucionar el problema pensionario, pues las crisis financieras mundiales de los últimos años han repercutido de forma negativa en los fondos que administran. Ante esta situación, una nueva opción sería incentivar el ahorro privado y la implementación de los planes ocupacionales o regímenes complementarios. Estos regímenes podrían desempeñar un papel importante, contribuyendo al mantenimiento y fortalecimiento del sistema de pensiones e, indirectamente, al bienestar social. Sin embargo, no todos los empleadores —ni trabajadores— están dispuestos a destinar un mayor porcentaje de sus ingresos para financiar la seguridad social. En la práctica, estos regímenes solo benefician a quienes tienen una relación laboral formal, e incluso, en este grupo, a quienes trabajan para empresas con la capacidad financiera y operativa suficiente para asumir un modelo jubilatorio administrado por estas directamente. No es un modelo de carácter universal.

IV. LOS RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS EN EL PERÚ

263

IV.1. Primera etapa: ley 1378

Fue a inicios del siglo pasado que por primera vez la empresa privada asumió la administración del pago de una prestación previsional, al dictarse el 20 de enero de 1911 la ley 1378. Dicha ley hacía responsable al empleador —a partir de la teoría del riesgo profesional— por los accidentes que les ocurrieran a sus empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa del mismo⁹. Posteriormente, la ley 7975 (Congreso de la República, 1935) incluyó en las contingencias protegidas por dicha norma a la neumoconiosis¹⁰ o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación con gases derivados de productos químicos. Si bien esta norma no reguló propiamente un régimen de pensiones, sino de indemnizaciones y rentas vitalicias o temporales según el grado de invalidez (Congreso de la República, 1911, artículo 20), se trata del primer dispositivo legal que incluyó a la empresa privada en el ámbito de la seguridad social.

La norma establecía —como regla general— que el empleador asumiría el pago de una renta o indemnización ante la ocurrencia de la contingencia. Asimismo preveía —como excepción— la sustitución de su obligación mediante la contratación de seguros individuales o colectivos, bajo su costo total, siempre que la suma a pagar no fuera inferior a la que le correspondería —por ley— al trabajador (artículo 67). El empleador también podía liberarse de la obligación de pagar la renta vitalicia si cancelaba —en la Caja de Depósitos y Consignaciones— el equivalente a dos años de salario, situación que era conocida en la práctica como «redención de la renta» (artículo 34).

La ley incluía a todos los trabajadores —obreros o empleados— a cargo de un empleador, sin hacer distinción por la naturaleza del régimen laboral: estatal o privado. Tampoco existía un límite o restricción de cobertura a un número mínimo o máximo de trabajadores. En cuanto a los sobrevivientes, los artículos 21 a 23 de la norma señalaban que solo se reconocería una indemnización al cónyuge, hijos o ascendientes si el trabajador fallecía como consecuencia del accidente laboral.

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?

SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

9 La norma se elaboró a partir del proyecto de José Matías Manzanilla, quien reprodujo la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 1898.

10 Enfermedad pulmonar producida por inhalar partículas de polvo mineral, que produce alteraciones en el alvéolo pulmonar de tipo irreversible; algunas de sus formas más comunes son la silicosis (causada por la exposición al sílice libre por periodos de 6 o más años) y la asbestosis (producida por la exposición al asbesto, silicato de magnesio, etcétera). Los lineamientos para evaluar y diagnosticar dicha enfermedad se encuentran en la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT, adoptada por el Perú a través de la resolución suprema 014-93-TR.

El modelo de pago de prestaciones a cargo del empleador fue retomado por la ley 4916, del 7 de febrero de 1924¹¹. Esta ley dispuso, en su artículo 5, que el patrono o empleador pagaría a favor del empleado —no incluía a los obreros— que se inhabilite en forma definitiva una renta vitalicia equivalente a la quinta parte de su sueldo. Este beneficio fue absorbido posteriormente por las leyes 10624 y 13724 (Congreso de la República, 1946a; 1961).

IV.2. Segunda etapa: ley 10624

La distinción entre obreros y empleados se extendió a la legislación laboral y previsional. Mientras que los primeros tenían, desde 1936, una norma que regulaba a su favor una pensión de vejez a cargo de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero —la ley 8433 (Congreso de la República, 1936)—, los empleados carecían de este beneficio, hasta que el 10 de julio de 1946 fue promulgada la ley 10624 (Congreso de la República, 1946a). Esta norma reguló el derecho al pago de una pensión —a cargo del empleador— equivalente a un sueldo íntegro para los empleados con 40 años de servicio ininterrumpidos a las entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras, que tuvieran un capital mayor a dos millones de soles oro. Posteriormente, el decreto ley 11013 (Poder Ejecutivo, 1949) y la ley 15117 (Congreso de la República, 1964) redujeron los años de servicio exigidos para acceder a la jubilación, quedando fijados en 30 para el hombre y 25 para la mujer.

Como señalan algunos autores (Alcántara, 1979, p. 9), en la medida en que el derecho nacía de un contrato de trabajo, la terminación del vínculo laboral originaba la pérdida del tiempo de servicio acumulado para acceder a la jubilación y, en tanto en dicha época regía el despido sin causa justificada¹², fueron muchos los trabajadores cesados poco tiempo antes de alcanzar el mínimo legal. Por esta razón, el Ministerio de Trabajo tuvo que dictar un decreto supremo (s/n) el 4 de noviembre de 1958, señalando que no se reconocería la rescisión de contratos de trabajo de los empleados con 20 o más años de servicio si no existía una justificación válida debidamente comprobada. Cabe recordar que el reglamento (promulgado por decreto supremo s/n del 7 de abril de 1947) precisaba que esta pensión de jubilación era inherente a la persona, por tanto, no podía ser transmitida por causa de muerte: no existía una pensión para los sobrevivientes —viudez u orfandad—.

¹¹ Algunos creen que la norma se dictó por imposición de la Asociación de Empleados de Comercio, pero, en realidad, habría sido una concesión del presidente Augusto Leguía, pues dicho grupo era una facción importante del Civilismo, con el cual estaba enfrentado (Rendón, 2008, p. 62).

¹² Era suficiente un aviso del empleador con 90 días de anticipación.

IV.3. Tercera etapa: decreto ley 17262

Esta norma (Poder Ejecutivo, 1968) creó el Fondo Especial de Jubilación de los Empleados Particulares (FEJEP). El FEJEP asumió, a partir de la fecha de promulgación de la ley 17262 —29 de noviembre de 1968—, a los trabajadores que estaban comprendidos en la ley 10624 (Congreso de la República, 1946a) que no estuvieran percibiendo pensión jubilatoria bajo dicha norma. La prestación de quienes hubieran cumplido los requisitos durante la vigencia de esa ley se mantuvo a cargo de sus empleadores.

El FEJEP fue administrado por el Seguro Social del Empleado, a través del Consejo Directivo y las autoridades administrativas de su Caja de Pensiones. Para acceder a una pensión de jubilación se debían acreditar 20 o 25 años de servicios para el mismo empleador, según se trate de un trabajador mujer u hombre. Las demás contingencias que pudiera padecer el trabajador serían atendidas con cargo a la ley 13724 (Congreso de la República, 1961). Este régimen fue derogado el 1 de mayo de 1973, al dictarse el decreto ley 19990, pero, según lo previsto por su Undécima Disposición Complementaria, algunos trabajadores tuvieron la opción de elegir entre mantenerse y jubilarse por el FEJEP o pasarse al SNP.

Años después, se dictó el decreto ley 22847 (Poder Ejecutivo, 1979), por el cual todos los pensionistas del FEJEP fueron incorporados en el SNP al cumplir 60 o 55 años de edad, según se tratase de hombres o mujeres. Sin embargo, el 19 de julio de 1985 fue reestablecida la vigencia de este régimen, por mandato de la ley 24245 (Congreso de la República, 1985). Esta ley modificó la fórmula de cálculo de la pensión, al indicar que el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) estaría obligado a pagar el monto que resultase del cómputo establecido en el decreto ley 17262 (Poder Ejecutivo, 1968, artículo 17) hasta el 80% de 11 remuneraciones mínimas vitales (RMV), correspondiendo de forma adicional, que el empleador abonase el valor máximo de 8 RMV. La norma fue derogada el 14 de mayo de 1988, pero existió un periodo durante el cual se mantuvo vigente, lo cual fue aprovechado por algunos trabajadores para obtener una pensión equivalente a 8 RMV a cargo de su empleador (Tribunal Constitucional, 2006a).

IV.4. Algunos regímenes complementarios

Los regímenes complementarios tienen por finalidad otorgar prestaciones adicionales a las reconocidas por los sistemas obligatorios existentes. En la mayoría de casos existen porque las pensiones otorgadas por los regímenes regulares son demasiado bajas, y lo que se pretende es lograr un acercamiento entre la pensión y el nivel de vida alcanzado por el trabajador. En tal sentido, si el objetivo de estos regímenes es asegurar pensiones más altas, se entiende que el trabajador debe pagar

aportaciones complementarias adicionales, de ahí la razón por la cual en países subdesarrollados prevalecen los regímenes públicos, mientras que en países industrializados se promueven los regímenes privados junto con los complementarios.

Para Romero (1993, p. 36), la esencia del régimen complementario consiste en que sus prestaciones añadan algo nuevo a las prestaciones existentes. Dicho autor considera que estos regímenes están relacionados con el principio de integralidad o suficiencia, lo que, trasladado al campo de la jubilación, implica que la pensión debe ser suficiente para que el beneficiario viva adecuadamente. De lo contrario, el envejecimiento producirá su empobrecimiento y, por tanto, el deterioro de la calidad de vida alcanzada.

En el Perú, vemos que desde mediados del siglo pasado se crearon regímenes complementarios que nacieron con la finalidad de beneficiar a trabajadores de ciertos sectores de la producción. Si bien dichos regímenes fueron administrados al inicio por empresas privadas, con el paso del tiempo, su administración ha tenido que ser asumida —totalmente o en parte— por el Estado, principalmente debido a problemas de administración financiera. Junto con estos regímenes, también encontramos algunos casos aislados de empresas privadas que han incorporado mecanismos de jubilación internos, aunque con resultados desfavorables.

a) La Caja de Beneficios Sociales de Electrolima

Al referirnos al régimen complementario de jubilación de los trabajadores de las Empresas Eléctricas Asociadas (EE.AA.) y la Compañía Nacional de Tranvías S.A. (CNT), debemos recordar que estas actividades estuvieron estrechamente relacionadas con el desarrollo del país a inicios del siglo XX. Los inicios más remotos de la electrificación y el transporte ferroviario en el Perú nos llevan hacia 1906, pues fue en este momento que se formaron las EE.AA. (Lima Light & Power Co.), tras la fusión de las empresas privadas que brindaban ese servicio a pequeña escala y de las encargadas del transporte interno y urbano: tranvías (Caballero, 2009). El 28 de abril de 1934, las empresas de transportes transfirieron sus líneas ferroviarias y vagones al Estado, a partir de lo cual se formó la CNT. En dicho escenario, el 18 de setiembre de 1946, se promulgó la ley 10772: Ley de Goces de Jubilación, Cesantía y demás beneficios sociales del personal de las EE.AA. y la CNT (Congreso de la República, 1946b). De este modo se creó un régimen especial de jubilación exclusivo para sus trabajadores, en el cual no se requería una edad avanzada específica, sino una cantidad de años de servicio. Esta norma, complementada luego por un Estatuto (aprobado por un decreto supremo s/n promulgado el 7 de abril de 1947), reguló tres prestaciones:

- (i) jubilación ordinaria, para trabajadores con 30 o más años de servicio;
- (ii) jubilación reducida, para trabajadores con 25 a 29 años de servicio; y,
- (iii) pensión de invalidez, para trabajadores con incapacidad para laborar, que tuvieran al menos 10 años de servicio.

No preveía el otorgamiento de pensiones de sobrevivientes —viudez, orfandad o ascendencia— al fallecimiento del trabajador, que eran reconocidas en el seguro social regular. Sin embargo, sí consideraba un pago único de S/. 400,00 soles oro, más una suma equivalente a dos mensualidades del salario del causante. Para establecer los montos de las pensiones, se fijaron fórmulas de cálculo en las cuales se distinguía entre empleados y obreros, con extremos mínimos y máximos, como da cuenta la ley 11291 del 17 de febrero de 1950 (Poder Ejecutivo, 1950).

El Estatuto aludía a la Caja de Beneficios Sociales de los trabajadores de las EE.AA. y la CNT, pero cuando esta última fue liquidada, se le conoció, más tarde, solamente como Caja de Beneficios Sociales de Electrolima. Se fijaron como ingresos para el financiamiento de la Caja las siguientes fuentes:

- el 5% del monto total de las planillas mensuales de los sueldos y salarios de los obreros y empleados;
- los recargos o incrementos tarifarios del servicio motriz o de luz;
- los intereses o beneficios de los fondos acumulados de reserva;
- los beneficios no reclamados por los servidores o sus deudos, dentro del plazo de prescripción fijado por ley; y,
- las rentas creadas por el Poder Ejecutivo o el Controlador para asegurar la solvencia de la Caja, con vista a los resultados del ejercicio anterior.

Dentro del proceso de privatización de los servicios públicos, ejecutado en la década de 1990, por decreto supremo 011-93-TR se declaró la liquidación de la Caja de Beneficios Sociales de Electrolima, nombrando una Comisión Especial a cargo del procedimiento de disolución. Posteriormente, por decreto de urgencia 126-94, se declaró extinguido dicho régimen¹³, disponiendo que el Estado se encargue de la administración y pago de sus pensionistas.

13 Según el Informe Final de la Comisión Liquidadora, los directivos de la empresa habrían incumplido con depositar al Fondo de Reserva de la Caja de Electrolima la suma de S/. 12 294 791,16 nuevos soles, lo cual imposibilitaba el sostenimiento financiero de dicho régimen a futuro.

Cabe precisar, que, si bien el decreto legislativo 817 (Poder Ejecutivo, 1996a, Novena Disposición Complementaria) declaró expresamente cerrado dicho régimen, la norma ha sido revisada por el Tribunal Constitucional (1997), aunque sin que se objete dicha decisión. A la fecha subsisten reclamos judiciales que pretenden la incorporación de beneficiarios o el reajuste de sus prestaciones.

b) La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador

La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP) fue creada por el decreto supremo 01 del 22 de enero de 1965, sin precisar el régimen jurídico al cual se sometería dicha entidad (Poder Ejecutivo, 1965). Fue recién el 2 de marzo de 1965, con la aprobación del Estatuto (aprobado por la resolución suprema 108) —elaborado por una comisión tripartita conformada por representantes del Estado, los trabajadores y los empleadores—, que se estableció que la Caja era una institución de derecho privado, con personería y patrimonio propio, que era reconocida por el Estado como una entidad de utilidad pública.

La presencia del Estado como parte integrante de la CBSSP se mantuvo hasta la década de 1990, como consta en los sucesivos Estatutos, aprobados por las resoluciones supremas 036-TC, del 27 de enero de 1969; 086-78-TR, del 21 de setiembre de 1978; 009-82-TR, de 5 de febrero de 1982; y 002-90-TR, del 25 de enero de 1990. Esta situación cambió con el decreto ley 25897, Ley del SPP (Poder Ejecutivo, 1992), en cuya Primera Disposición Final y Transitoria se estableció lo siguiente:

Primera.— Toda entidad, incluidas las Derramas, que por mandato de la Ley o bajo cualquier modalidad brinde a la fecha prestaciones de pensiones, podrá adecuarse en todos sus alcances a lo dispuesto por la presente Ley y sus reglamentos. Aun en el caso que no se adecuen, quedan sujetas al control de la Superintendencia y a las disposiciones que imparta [...].

Al ser una entidad que brindaba prestaciones de pensiones, la CBSSP quedó bajo el control de la extinta Superintendencia de AFP¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, se expidió la resolución suprema 004-93-TR, que dispuso la exclusión de los Estatutos de la CBSSP de toda representación estatal, otorgando al Consejo Directivo facultades necesarias para modificar dicho régimen. Al entrar en vigencia la norma, el Estado dejó de formar parte integrante de la Caja, siendo innecesario expedir leyes para modificar sus dispositivos internos¹⁵ y ratificando su naturaleza privada.

14 La ley 26516, del 8 de agosto de 1995, dispuso que la supervisión de la CBSSP sería ejercida por la SBS.

15 Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (2002, fundamento 6).

De acuerdo con el reglamento del Fondo de Jubilación de la CBSSP, aprobado por la resolución suprema 423-72-TR (Poder Ejecutivo, 1972a), se reconocen las siguientes prestaciones:

- (i) Régimen general: para los pescadores —con carnet de la CBSSP— que tengan 55 años de edad y 15 contribuciones semanales por año¹⁶.
- (ii) Régimen de primera generación: para los que al 29 de octubre de 1969 tenían 55 o más años de edad, figuraban inscritos como pescadores desde abril de 1965 (carnet) y contaban con el mínimo de contribuciones siguientes:
 - 5 años, los nacidos entre 29 de octubre de 1909 y 29 de octubre de 1914;
 - un año, los nacidos antes del 29 de octubre de 1909 (Poder Ejecutivo, 1972a, artículos 46 y 47).
- (iii) Régimen transitorio: para los que no estaban incluidos en los regímenes anteriores. Su pensión sería el equivalente al 50% de la que les hubiera correspondido en el régimen general (artículo 48).

En la actualidad, las prestaciones de la CBSSP están reguladas por el Estatuto aprobado por Acuerdo de Directorio 012-002-2004-CEMR-CBSSP, que fuera elaborado por el Comité Especial Multisectorial de Reestructuración creado por la ley 27766 (Congreso de la República, 2002), bajo las siguientes reglas:

- Pensión de jubilación: el pescador debe estar inscrito en la CBSSP (carnet), contar con 55 años de edad mínima y con 25 años de labores en la pesca, con contribuciones equivalentes a dicho periodo.
- Pensión de sobrevivientes: para acceder a la de viudez se exige 5 años de matrimonio previos al deceso, siendo equivalente al 50% de la prestación del causante. La orfandad solo se otorga a hijos menores de 18 años (20%).

El factor central de la crisis financiera fue la deuda de las empresas pesqueras, que no pagaron US\$ 0,26 dólares americanos por tonelada métrica de pescado capturado (TMP), gravamen impuesto por el decreto supremo 016-88-PE.

16 Esta modalidad fue sometida a sucesivas modificaciones (Acuerdos de Directorio 115-96-D y 213-96-D), hasta que el Acuerdo de Directorio 142-2001-D restituyó los requisitos primigenios.

c) La experiencia privada: la «cédula viva» Garcilasina

Dentro del ámbito de su autonomía administrativa y financiera, la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV), creó —mediante las resoluciones 203-94-RUIGV y 334-95-RUIGV, del 27 de octubre de 1994 y 20 de setiembre de 1995— un régimen previsional (privado) por el cual otorgaba pensión jubilaria para los profesores ordinarios con 70 o más años de edad y 30 o más años de servicio. El monto de dicha pensión era el equivalente al 100% de la última remuneración que hubieran percibido, monto que sería reajustado periódicamente. El funcionamiento de este régimen dependía de los recursos recaudados, por ello, se creó un Fondo Intangible de Aportaciones para la Jubilación Docente, destinado exclusivamente para el pago de pensiones. Estaba constituido a partir de las siguientes fuentes de financiamiento:

- (i) la cuota mensual de los profesores activos y los docentes jubilados;
- (ii) los descuentos por inasistencias y/o tardanzas de horas lectivas y horas no lectivas;
- (iii) el 10% de los derechos recaudados por grados académicos y títulos profesionales;
- (iv) el 10% del excedente de las siguientes actividades:
 - los ingresos extraordinarios del Centro Preuniversitario;
 - los cursos o programas de actualización profesional y análogos;
 - las concesiones a terceros, por cafeterías, fotocopiadoras y otros conceptos;
- (v) el 5% del monto que perciba el docente, beneficiario de dicho régimen, de los ingresos extraordinarios en los casos siguientes:
 - exámenes de admisión;
 - titulaciones y grados académicos de posgrado;
 - cualquier concepto remunerativo por servicios u honorarios;
- (vi) los intereses y demás beneficios que el fondo obtenga por los depósitos que mantuviera en bancos y/o entidades financieras.

Pese a la diversidad de ingresos con los que contaba este régimen jubilario, al final no tuvo otro destino que el fracaso económico total. En efecto, luego de revisar el Informe Financiero de 1999, se constató un déficit de S/. 248 131,10 nuevos soles, razón por la cual la Asamblea Universitaria, del 22 de enero de 2000, acordó suspender el

funcionamiento de dicho régimen privado, lo cual se materializó con la resolución A.U. 058-2000-RUIGV.

En el informe de la Dirección Universitaria de Economía del Vicerrectorado Administrativo se concluía que el fondo estaba en crisis por la disminución de los aportantes, fijándose una deuda futura de más de S/. 500 000,00 nuevos soles. Por tanto, no podría autofinanciarse ni conducirse mancomunadamente, comprometiendo el activo y el pasivo de la misma universidad. Pese a la intención original de implementar un régimen jubilatorio privado —con calidad de «cédula viva»—, tuvo que decretarse su liquidación ante una falencia financiera, circunstancia que debió ser prevista al momento de su creación, de haberse realizado un estudio actuarial. Por tratar de beneficiar a sus profesores, la UIGV pudo terminar comprometiendo su patrimonio, con un eventual perjuicio para sus alumnos, que constituyen el fin principal de su actividad.

El cierre de este régimen fue cuestionado a través de un proceso de amparo, resuelto en instancia final por el Tribunal Constitucional. En su fallo, el Tribunal Constitucional (2006b) precisó que los regímenes complementarios en los que el Estado no participa directa o indirectamente —administrándolo o supervisándolo— no forman parte del derecho constitucional a la seguridad social y a la pensión, contemplados en los artículos 10 y 11 de la Constitución. Tomando lo expuesto por la sentencia de vista de la Corte Superior, el Tribunal precisa que el régimen era un beneficio económico que la UIGV concedió a sus profesores bajo determinados requisitos, en mérito a su autonomía universitaria y sobre la base de sus relaciones de derecho privado, por tanto, resultaba ajeno a la previsión social (2006b, fundamento jurídico 10). El derecho fundamental a la pensión puede materializarse a través de entidades e instituciones públicas y privadas. Entre las primeras, se encuentra el SNP, que tiene como entidad central a la ONP. Las segundas constituyen el SPP y tienen como exponentes a las AFP. Sin embargo, existen otras —como la CBSSP— que, si bien nacieron privadas, se encargan de administrar fondos pensionarios que cuentan con supervisión estatal (2006b, fundamento 11). Para ratificar su posición, respecto al hecho de que este régimen complementario era ajeno a la seguridad social, el Tribunal señaló que la prestación reconocida por la UIGV era un beneficio civil que no merecía protección judicial, pese a ser coincidente con las pensiones, al ser un «pago adicional» que la Asamblea Universitaria acordó a favor de sus profesores, y por más *nomen iuris* que posea (jubilación o similar), no puede ser considerada una «pensión», al no cumplir un fin social específico (fundamento 14).

271

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

IV.5. ¿Es viable un régimen de jubilación a cargo del empleador?

Si bien existen diversas definiciones de «empresa», dependiendo del enfoque que se quiera utilizar —económico, jurídico, etcétera—, la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española la define como una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. En efecto, la finalidad de una empresa —entiéndase, privada— es el lucro. Entonces, la pregunta que sigue en el desarrollo de este trabajo sería: ¿le interesará a una empresa ser responsable de un plan de pensiones vitalicio para sus trabajadores? Creo que la respuesta dependerá de la solución a una pregunta previa: ¿cuál es el beneficio que se obtendría de la administración de un régimen complementario?

La pensión constituye, para el trabajador, un derecho fundamental. Una prestación que deben otorgarle al llegar a la vejez por los años de servicios laborados y que, además, se espera que sea suficiente para atender sus necesidades básicas y —de ser posible— le permita mantener el nivel socio económico alcanzado al momento de su cese. ¿Podemos compatibilizar las expectativas de empleadores y trabajadores?

El pasado nos muestra que la aplicación de las leyes 1378 y 10624 no ha sido precisamente el reflejo de un cumplimiento impoluto por parte del empresario. Por el contrario, la falta de atención oportuna de las prestaciones —en el caso de accidentes o enfermedades laborales— o el despido del trabajador previo a alcanzar el mínimo de años de servicio para jubilarse fueron moneda común en este tema. Pero este comportamiento negativo del pasado no debe ser el punto de partida en la evaluación de la interrogante planteada, sino un parámetro a tener en cuenta al fijar ciertas prohibiciones al accionar del empleador, para evitar que sean repetidos los excesos del ayer. Revisemos entonces a continuación las dos vertientes estructurales.

a) Evaluación de la viabilidad constitucional y legal

El artículo 11 de la Constitución establece expresamente que el Estado garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento. Si bien dicho precepto sería suficiente para habilitar la existencia de los regímenes complementarios de pensión, debemos recordar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la ajenidad de dichos modelos con relación al ámbito de la seguridad social (2006b, fundamento 14).

Además, el Tribunal ha establecido (2005a, fundamentos 53-56) que la seguridad social es una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros fijados para

un Estado social y democrático de derecho. Asimismo, es un complejo normativo estructurado que requiere de la presencia de un supuesto fáctico —contingencia— acompañado de la presunción de necesidad —vejez, invalidez, muerte, etcétera— que condiciona el otorgamiento de una prestación dineraria, que está regida por los principios de universalidad, solidaridad y suficiencia (Tribunal Constitucional, 2002, fundamento 14).

Los regímenes complementarios no están estructurados sobre tales principios, ni sus prestaciones tienen un fin social, por tanto, no podría decirse que forman parte del sistema de pensiones del Perú. Sin embargo, ello no les resta importancia a efectos de constituir un mecanismo que coadyuve en la procura del individuo para la obtención de un ingreso mayor al que le correspondería en los regímenes regulares de pensiones —público o privado—, lo cual le permitiría, eventualmente, mantener un nivel de vida similar al que tenía durante su ejercicio laboral activo.

En tal sentido, pese a que el Tribunal Constitucional habría sustraído a la pensión de los regímenes complementarios del ámbito —y tutela— de la seguridad social, consideramos que no se trata de una prestación civil, sino de una suerte de híbrido entre lo privado y social que merece una tutela legislativa expresa. Como bien precisa Sánchez-Urán (1995, pp. 29-30), el hecho de que la Constitución no reconozca de manera explícita a una prestación o régimen dentro su modelo previsional, no lo ha de excluir de una tutela diferenciada o especial, y la norma que lo regule no incurrirá necesariamente en inconstitucionalidad sobrevenida si tiene un objetivo social final.

De lo expuesto en los puntos precedentes, podemos concluir que, si bien el régimen complementario de pensiones a cargo de la empresa privada no tendría un nexo con el artículo 11 de la Constitución, tal situación no impide que se dicte una regulación especial que le reconozca una naturaleza jurídica distinta a lo meramente civil, pues su finalidad es permitir al trabajador percibir una prestación adicional —y beneficiosa— a la que le correspondería en el régimen regular al que esté adscrito (SNP o SPP), lo cual conlleva implícitamente un objetivo social que debería ser reconocido. Sin perjuicio de lo antes señalado, consideramos que el Estado —además de la regulación respectiva— debería asignar la supervisión del eficaz funcionamiento y desarrollo de los regímenes complementarios a una de sus entidades —podría ser la SBS—, con el objetivo de determinar los límites en las inversiones y los parámetros o garantías mínimas que deberían reconocerse en dichos planes ocupacionales, amén de establecer las herramientas que aseguren una parte de lo aportado, a través de mecanismos similares al Fondo de Seguro de Depósito o al Encaje Bancario.

273

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

Debe tenerse en cuenta que un régimen complementario a cargo de la empresa privada solo cubrirá la pensión de jubilación; los supuestos de incapacidad física o mental correrían por cuenta de una póliza de seguro para accidentes (individual o colectiva). Para los derechohabientes no se reconocerá el pago de una pensión de sobrevivientes, lo cual no impide que reclamen la entrega del fondo acumulado —y sus rendimientos— como patrimonio sucesorio. Estos regímenes solo podrían materializarse en grandes o medianas empresas con capital e infraestructura adecuada, y cuyos trabajadores perciban ingresos medios o altos. El aspecto de la obligatoriedad o voluntariedad se debe evaluar con cuidado, pero se debe tener presente que, en materia de pensiones, el trabajador siempre optará por cualquier medida que le permita ahorrar ingresos hoy, por tanto, si puede exonerarse de un descuento adicional, lo hará.

En la estructura de composición legal debe tenerse en cuenta necesariamente un mecanismo de beneficio tributario para el empleador y el trabajador —por ejemplo, deducir del impuesto a la renta anual las aportaciones—. También debe regularse la modalidad del reajuste periódico de las pensiones, que podría depender de la edad o la variación anual del costo de vida. Asimismo, deben regularse el destino de los fondos e inversiones, así como las sanciones a imponer a aquellas empresas que fraudulentamente incurran en insolvencia o cualquier ardid para eludir su obligación, para evitar así sucesos similares a los ocurridos en los Estados Unidos.

b) Evaluación de la viabilidad operativa

Como señala Monereo (2008, pp. 11-12), los planes de pensiones ocupacionales —o regímenes complementarios jubilatorios— se clasifican en función a criterios subjetivos y objetivos en tres modalidades.

- (i) *Sistema de empleo*: es organizado por el empleador directamente y tiene como partícipes a sus propios trabajadores. Debe ser una empresa con capital e infraestructura suficiente para llevar a cabo —a lo largo de un cierto tiempo— este proyecto.
- (ii) *Sistema asociado*: es organizado por personas naturales con un vínculo común, pero permite la adhesión de terceros. Los partícipes intervienen en la formación y administración del fondo.
- (iii) *Sistema individual*: es puesto en marcha por instituciones financieras que lo colocan en el mercado con la finalidad de captar personas inespecíficas que deseen contratarlo. No tiene que existir necesariamente un nexo previo.

En el presente estudio nos estamos refiriendo a la primera modalidad: sistema de empleo.

Hay dos aspectos que deben ser considerados en cuanto al esquema operativo de un régimen complementario de jubilación a cargo de la empresa privada: infraestructura y capacidad económica —a mediano y largo plazo—. El primer aspecto comprende no solo al almacén físico de la empresa, sino principalmente a la idoneidad de su personal, tanto en el manejo del entorno legal como del mercado financiero y bursátil en el cual se invertirá el fondo. Este punto es medular, pues si el empleador solo se enfoca en la ganancia que le brindará la administración de los aportes de sus trabajadores en el largo plazo, descuidando la conformación de un equipo adecuado para la gestión de su plan ocupacional, el fracaso estará garantizado.

El segundo aspecto, constituye el eje de la subsistencia del régimen, pues si bien existe en la teoría esta exclusión del ámbito de la seguridad social, si algo se ha aprendido en los últimos años en materia de pensiones —prestaciones, rentas vitalicias o como prefiera llamárseles— es el reconocimiento de la estrecha vinculación entre el otorgamiento de un derecho, y su pago en el largo plazo, y un esquema financiero estructurado de tal forma que pueda garantizarlo en el tiempo. Si el empleador no prevé un régimen de financiamiento adecuado, con proyección de 30 a 40 años (periodo de maduración), difícilmente subsistirá más allá de los 5 años, desde el pago del primer pensionista.

Efectuada esta revisión de los factores normativos y estructurales para determinar la viabilidad de un régimen complementario jubilatorio a cargo de la empresa privada en el Perú y considerando el crecimiento sostenido de nuestra economía y la activación de ciertos sectores de la producción —minería, construcción, agroindustria, etcétera—, vemos que es el momento oportuno para evaluar una regulación sobre el particular. Empero, la posibilidad de que este proyecto pueda materializarse y sostenerse en el tiempo está supeditada principalmente a un correcto comportamiento de los empresarios, lo cual nos deja —teniendo en cuenta la experiencia pasada— más dudas que respuestas. Lo que sí resulta claro es que este mecanismo paralelo y adicional a los regímenes de pensiones existentes (SNP y SPP) debería ir de la mano con una reestructuración del sistema previsional peruano, que, tomando como modelo o referente el programa multipilar (reestructurado) del Banco Mundial, permita la creación de un sistema único en que se articulen tres componentes:

- un pilar público, bajo el modelo de reparto, que garantice a todo trabajador una pensión mínima;
- un pilar privado, bajo el modelo de capitalización, que sirva de suplemento a la prestación básica; y,

275

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

- un pilar solidario, para las personas de edad avanzada que nunca cotizaron y se encuentran en estado de extrema pobreza.

La idea es que todo trabajador —público, privado, dependiente o independiente— aporte a dicho fondo un porcentaje que podría ser de 15%¹⁷, del cual el 10% se destinaría al pilar público y el 5% restante se cotizaría a la cuenta individual capitalizada. El pilar solidario se pagaría con cargo directo al Tesoro Público. La administración debería estar a cargo de una sola entidad —pública, privada o mixta— y se debería contar con una Central Única de Recaudación que cuente con mecanismos idóneos y celeres para el cobro de adeudos —en vía coactiva, civil y/o penal— que impidan el aumento de la morosidad. Esta propuesta, sin embargo, de nada servirá si no se procede previamente con dos acciones fundamentales:

- el saneamiento del mercado laboral, con el objetivo de reducir el porcentaje de trabajadores informales, que carecen de beneficios sociales y, por tanto, de derechos laborales y de seguridad social; y,
- la implementación, en los niveles de educación básica y superior, de cursos que formen una cultura previsional, con el fin de interiorizar en los niños y jóvenes la importancia de aportar a un régimen de pensiones desde el inicio de su actividad laboral, pues, para la mayoría, el tema pensionario es un asunto que solo incumbe a los ancianos; para cuando entren en razón de la necesidad de una pensión de vejez, seguramente será muy tarde.

Dejamos constancia de que el artículo 18-A del decreto supremo 054-97-EF (Poder Ejecutivo, 1997b), modificado por la ley 29903 (Congreso de la República, 2012), ha introducido una figura similar al esquema propuesto, en los siguientes términos:

Artículo 18-A.— Las AFP administrarán obligatoriamente cuatro tipos de Fondos tratándose de aportes obligatorios: [...] Adicionalmente, las AFP podrán administrar Fondos Voluntarios para Personas Jurídicas destinados exclusivamente a generar recursos para ser aplicados a incrementar las CIC de Aportes Obligatorios de sus trabajadores, de acuerdo a una política interna diseñada por la misma persona jurídica para la aplicación o disposición de dicho Fondo. Este Tipo de Fondo constituye una liberalidad del empleador, convirtiéndose en un patrimonio independiente e inembargable con una finalidad específica. Estos tipos de fondos, serán administrados por las AFP bajo la modalidad de tipos de fondos de aportes voluntarios y se sujetarán a ese régimen.

¹⁷ Tasa referencial. El porcentaje deberá ser fijado previo estudio actuarial.

Los retiros de recursos de los Fondos Voluntarios para Personas Jurídicas se producirán exclusivamente para ser trasladados a la cuenta individual de capitalización de aportes obligatorios del trabajador que el empleador determine, la cual puede encontrarse en la misma u otra AFP de aquella donde el empleador mantuviere su fondo.

Cualquier retiro de recursos de los Fondos Voluntarios para Personas Jurídicas con un propósito diferente de la transferencia a la cuenta individual de capitalización de aportes obligatorios de uno de sus trabajadores implicará la pérdida de todo beneficio que dichos recursos o fondo tuvieran o estuvieran por alcanzar.

A la fecha de elaboración del presente estudio, no tenemos información relativa a la implementación de algún Fondo Voluntario para Personas Jurídicas que se haya creado bajo las reglas establecidas en la norma antes citada, por tanto, tendremos que esperar para evaluar su eficacia y pertinencia.

V. CONCLUSIONES

1. La pensión es —independientemente de la contingencia que la origine (desempleo, enfermedad, accidente, vejez, etcétera)— una suma dineraria de carácter generalmente vitalicio que sustituirá a la remuneración percibida por una persona cuando ocurra un estado de necesidad, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre y cuando se hayan cumplido previamente todos los requisitos legales. Es importante recordar que, al legislar sobre los aspectos relativos al tratamiento de las pensiones, resulta indispensable revisar los factores económicos y financieros, así como las variables sociales y demográficas.
2. En el pasado, se dictaron normas legales que regularon el pago de las pensiones a favor de trabajadores de determinados sectores laborales, como los de las empresas eléctricas y de tranvías (ley 10772) y los pescadores (decreto supremo 01), en las cuales se regulaban beneficios complementarios y adicionales a los que eran previstos por las normas generales de seguridad social en pensiones. Junto a estos regímenes complementarios de pensiones existían también empresas privadas que otorgaban unilateralmente el beneficio de pensión a sus trabajadores, como la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
3. Un régimen complementario de pensiones tiene por finalidad el otorgamiento —a los trabajadores (formales)— de una prestación adicional a la que les brinda el régimen pensionario regular. Si bien su objetivo será organizar la inversión de los recursos patrimoniales —aportaciones— para brindar la prestación ofrecida, se trata

277

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

de un nivel de protección social de naturaleza híbrida entre lo contractual y lo social que merece una tutela legislativa expresa: será complementario, pero nunca sustitutivo de la seguridad social en pensiones existente.

4. El Estado —además de la regulación correspondiente— debería asignar la supervisión del eficaz funcionamiento y desarrollo de los regímenes complementarios a una de sus entidades —podría ser la SBS—, con el objetivo de determinar los límites en las inversiones y los parámetros o garantías mínimas que deberían reconocerse en dichos planes ocupacionales, amén de establecer las herramientas que aseguren una parte de lo aportado, a través de mecanismos similares al Fondo de Seguro de Depósito o al Encaje Bancario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Abanto Revilla, César (2006). El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. *Laborem*, 6, Lima, 405-440.

Acuña, Rodrigo (2015). Ahorro previsional complementario. Experiencias de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Reino Unido. En Rodrigo Acuña (coord.), *Cómo fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Experiencias, lecciones y propuestas* (pp. 469-485). Santiago de Chile: SURA.

Alcántara, Elsa (1979). *La seguridad social en el Perú*. Lima: CELATS.

Banco Mundial (1994). *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Washington D.C.: Oxford University Press.

Banco Mundial (2005). *Soporte del ingreso en la vejez en el Siglo Veintiuno*. Washington D.C.

Caballero, Oswaldo (2009). El régimen jubilatorio especial de los ex trabajadores de Electrolima. *Jus Doctrina*, 4, Lima, 71-84.

Comisión de las Comunidades Europeas (1997). *Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único. Libro Verde*. Bruselas. COM/97/0283 final.

Congreso de la República (1850). Ley dictando medidas sobre jubilación de empleados públicos con títulos de gobierno legítimo. 22 de enero de 1850.

Congreso de la República (1911). Accidentes del Trabajo. Ley 1378.

Congreso de la República (1924). Modificando el artículo 296 del Código de Comercio. Ley 4916.

Congreso de la República (1935). Ley comprendiendo entre las enfermedades sujetas a indemnización, de conformidad con las leyes Nos. 1378 y 2290, a la neumocomiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por

intoxicación de gases derivados de productos químicos. Ley 7975. 12 de enero de 1935.

Congreso de la República (1936). Ley de Seguro Social Obligatorio.– Autorizando al Poder Ejecutivo para poner en vigencia el proyecto respectivo, con las modificaciones acordadas. Ley 8433. 02 de setiembre de 1936.

Congreso de la República (1946a). Disponiendo que las entidades bancarias, comerciales, industriales, agrícolas y mineras, con capital de más de dos millones de soles, jubilarán con sueldo íntegro a sus empleados que tengan cuarenta años de servicios. Ley 10624. 10 de julio de 1946.

Congreso de la República (1946b). Goces de jubilación, cesantía y demás beneficios sociales al personal de empleados y obreros de las Empresas Eléctricas Asociadas y de la Compañía Nacional de Tranvías S. A. Ley 10772. 9 de octubre de 1946.

Congreso de la República (1961). Ley del Seguro Social del Empleado. Ley 13724. 18 de noviembre de 1961.

Congreso de la República (1964). Ley disponiendo se conceda a los miembros del Poder Judicial que se jubilen con 30 años de servicios y 10 de los cuales los hayan prestado como Jueces, todas las asignaciones que se otorgan a los funcionarios en servicio. Ley 15117.

Congreso de la República (1985). Restablecen el régimen legal de jubilación regulado por el decreto ley 17262, a cargo del «IPSS», con las modificaciones que esta ley establece. Ley 24245. 19 de julio de 1985.

Congreso de la República (1995). Incorporan al control y supervisión de la SBS las derramas, cajas de beneficios y otros fondos que reciban recursos de sus afiliados y otorguen pensiones de cesantía, jubilación y similares. Ley 26516. 4 de agosto de 1995.

Congreso de la República (2002). Ley de Reestructuración Integral de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador. Ley 27766. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de junio, 225334-225335.

Congreso de la República (2004). Ley de Reforma de los Artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Ley 28389. *Diario Oficial El Peruano*, 17 de noviembre, 280466.

Congreso de la República (2007). Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Ley 28991. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de marzo, 342221-342224.

Congreso de la República (2012). Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones. Ley 29903. *Diario Oficial El Peruano*, 19 de julio, 470797-470812.

Fajardo Crivillero, Martín (1992). *Teoría general de la seguridad social*. Lima: L.A. Ediciones.

Gillion, Collin & otros (2002). *Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma*. Madrid: Grafo.

Gordillo, Eduardo (1994). Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos. En José Danós & otros, *Sistema privado de pensiones: desafíos y respuestas* (pp. 85-114). Lima: CEDAL.

Grzetic Long, Antonio (2005). *Derecho de la seguridad social. Parte general* (segunda edición). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Grzetic Long, Antonio (2006). Concepto e importancia del régimen jubilatorio. En *Temas jubilatorios* (pp. 7-32). Montevideo: Universidad de la República (Uruguay).

Martí, Carlos (1964). *Derecho de la seguridad social. Las prestaciones*. Madrid: Diana Artes Gráficas.

Mendiola, Alfredo & otros (2013). *Análisis del sistema privado de pensiones: propuesta de reforma y generación de valor*. Lima: Universidad ESAN.

Monereo Pérez, José (2008). *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma*. Lima: Universidad ESAN.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1952). Convenio sobre la seguridad social (norma mínima). Convenio 102. Trigésima quinta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 28 de junio de 1952.

Poder Ejecutivo (1949). Modificando y ampliando la Ley 10624, sobre jubilación de empleados y obreros particulares. Decreto ley 11013.

Poder Ejecutivo (1950). Modificando el artículo 5 de la Ley 10772, sobre monto de las pensiones que deben percibir los jubilados de las Empresas Eléctricas Asociadas y Compañía Nacional de Tranvías. Decreto ley 11291.

Poder Ejecutivo (1965). Decreto supremo número 01 por el que se crea la Caja de Beneficios Sociales del pescador. Decreto supremo 01.

Poder Ejecutivo (1968). Estatuto del Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares Rige a Partir de Promulgación del Decreto-Ley. Decreto ley 17262.

Poder Ejecutivo (1972a). Resolución suprema 423-72-TR por la que se aprueba el reglamento del Fondo de Jubilación del Pescador. 20 de junio de 1972.

Poder Ejecutivo (1972b). Se unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado. Decreto ley 19846.

Poder Ejecutivo (1973). El Gobierno Revolucionario crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. Decreto ley 19990.

Poder Ejecutivo (1974). Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990. Decreto ley 20530. *Diario Oficial El Peruano*, 1 de octubre de 2009, 403599-403607.

Poder Ejecutivo (1979). Reajustan montos de remuneraciones de las Pensiones. Decreto ley 22847. *Diario Oficial El Peruano*, 31 de diciembre.

Poder Ejecutivo (1992). Crean el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP). Decreto ley 25897.

Poder Ejecutivo (1996a). Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado. Decreto Legislativo 817. *Diario Oficial El Peruano*, 23 de abril, 139061-139065.

Poder Ejecutivo (1996b). Ley del Servicio Diplomático de la República. Decreto legislativo 894. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de diciembre de 1996, 145429-145432.

Poder Ejecutivo (1997a). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Decreto supremo 054-97-EF. 13 de mayo de 1997.

Poder Ejecutivo (1997b). Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Decreto supremo 003-97-TR. 27 de marzo de 1997.

Poder Ejecutivo (2009). Modificaciones al Decreto Supremo No 130-2003-RE, Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República. Decreto supremo 065-2009-RE.

Rendón, Jorge (2008). *Derecho de la seguridad social* (cuarta edición). Lima: Grijley.

Romero, Francisco (1993). *La jubilación en el Perú*. Lima: Servicios Gráficos José Antonio.

Sánchez-Urán, Yolanda (1995). *Seguridad social y Constitución*. Madrid: Civitas.

Tribunal Constitucional (1997). S-327. Que, conforme se desprende del petitorio de las demandas acumuladas en la Acción de Inconstitucionalidad contra el decreto legislativo 817, el objeto de estas es que se declaren inconstitucionales diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado, por cuanto habrían transgredido a la Carta Magna, bien por la forma o bien por el fondo. Expediente 00008-96-I. 23 de abril de 1997.

Tribunal Constitucional (2002). Expediente 00011-2002-AI. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia. 10 de junio de 2002.

Tribunal Constitucional (2005a). Expediente 00050-2004-AI. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia. 3 de junio de 2005. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de junio, 294531-294582.

Tribunal Constitucional (2005b). Expediente 01417-2005-AA. Proceso de Amparo. Sentencia. 8 de julio de 2005. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de julio.

Tribunal Constitucional (2006a). Expediente 09606-2005-AA. Proceso de Amparo. Sentencia. 20 de octubre. *Diario Oficial El Peruano*, 26 de noviembre.

Tribunal Constitucional (2006b). Expediente 07321-2006-AA. Proceso de Amparo. Sentencia. 11 de diciembre de 2006. *Diario Oficial El Peruano*, 26 de diciembre de 2007, 15587-15590. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07321-2006-AA.html>.

REGÍMENES
COMPLEMENTARIOS
DE JUBILACIÓN
EN EL PERÚ: ¿UNA
OPCIÓN PARALELA?

SUPPLEMENTARY
RETIREMENT PLANS
IN PERU: A PARALLEL
CHOICE?

Tribunal Constitucional (2007). Expediente 01776-2004-AA. Proceso de Amparo. Sentencia. 26 de enero de 2007. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de febrero, 10537-10552. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.html>.

Recibido: 22/06/2015
Aprobado: 05/10/2015

Ley y negociación colectiva sobre jubilación en España

Law and collective bargaining on retirement in Spain

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

Resumen: El proceso de reformas legislativas impulsadas en España desde 2010, en el marco de la crisis económica que asola al país, ha incidido de forma significativa sobre el régimen jurídico de la jubilación. A esta institución tampoco es ajena la reforma del régimen jurídico de la negociación colectiva que, paralelamente, se ha practicado en estos años. En este sentido, la adopción de medidas legislativas en favor de la prolongación de la vida activa de los trabajadores y el incremento de la edad de jubilación ha coincidido en el tiempo con la promoción legal de la negociación colectiva de empresa, mediante la declaración de su preferencia aplicativa. Al análisis de estas cuestiones se dedica el presente artículo, en el que, por otra parte, se destaca la falta de una acción legislativa creíble en favor del desarrollo de la protección social complementaria en materia de jubilación.

Palabras clave: Jubilación – ley – negociación colectiva – seguridad social

Abstract: The process of legislative reform driven in Spain since 2010 within the framework of the economic crisis that is plaguing the country, has touched in a significant effect on the legal regime of the retirement. Institution which is not outside to the reform of the legal regime of collective bargaining, which, in parallel, has been practiced in these years. In this sense, the adoption of legislative measures in favor of the prolongation of the active life of the workers and the increase in retirement age, has coincided in time with the promotion of legal enterprise collective bargaining, by declaring its applicative preference. To analyze these issues is dedicated this article, in which, on the other hand, it highlights the lack of a credible legislative action in favor of the development of complementary social protection in the area of retirement.

Key words: Retirement – law – collective bargaining – social security

CONTENIDO: I. LA AUTONOMÍA COLECTIVA COMO FUENTE EN MATERIA DE JUBILACIÓN.– II. LA ASISTENCIA Y PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS COMO CONTENIDO CONVENCIONAL.– III. SOBRE LA CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ESPAÑOL Y SU INCIDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN.– IV. REFLEXIÓN FINAL.– V. BIBLIOGRAFÍA.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide (España). Correo electrónico: felogue@upo.es. El presente trabajo es resultado de un estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28907: «El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación».

I. LA AUTONOMÍA COLECTIVA COMO FUENTE EN MATERIA DE JUBILACIÓN

Cuando se afronta el encaje en el sistema de fuentes del derecho de la seguridad social de la autonomía colectiva, resulta inevitable la comparación con su situación en el ámbito del derecho del trabajo. La cuestión es que, como en algún caso se ha señalado, y por lo que respecta a este último ámbito, «situados a la altura de 1980, ningún inconveniente habría, seguramente, para sostener que la referencia del artículo 3.1 b) Estatuto de los Trabajadores (ET) iba dirigida en concreto al convenio colectivo más típico de nuestro sistema, esto es, al [...] convenio “estatutario” [...] Hoy en día, sin embargo, esa manera de ver las cosas debe ser al menos repensada» (García Murcia, 2007, pp. 29-30). Y ello, porque frente a lo que podría calificarse casi como el reinado, en gran medida solitario, del convenio colectivo estatutario, sobre todo en los primeros quince años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores (ET) (Jefatura del Estado, 1980a; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995), aquel convenio en definitiva del que el artículo 82 y siguientes del ET predicaban la eficacia normativa, obteniendo de paso la consideración de fuente del derecho, la evolución posterior de la negociación colectiva en España, así como el dictado del legislador español, nos enseñan la existencia de toda una constelación de manifestaciones de la autonomía colectiva —convenios y acuerdos colectivos extraestatutarios; acuerdos de empresa— de las que también hay que preguntarse en qué medida se encuentran concernidas por la referencia del art. 3.1 b) ET.

Coincido con aquellos que consideran que el artículo 3.1 b) ET identifica solo cuáles son las «fuentes de la relación laboral», mas no las fuentes del derecho aplicables a dicha relación. Y que la eficacia normativa que el artículo 82 ET imputa a los convenios colectivos del título III ET no resulta imprescindible, y así lo han considerado nuestros tribunales, para que otras manifestaciones de la autonomía colectiva puedan operar como fuente de regulación de las relaciones de trabajo (García Murcia, 2007, p. 30).

Pues bien, en el ámbito del derecho de la seguridad social ocurre que la consideración de la autonomía colectiva como fuente pasa por la apreciación, en primer lugar, del escaso espacio que el legislador ha otorgado tradicionalmente a la misma para su desenvolvimiento. En efecto, como es conocido, el artículo 39.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) establece lo siguiente: «Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva» (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994). Parecería por tanto que —salvo en el ámbito de las mejoras voluntarias, que analizaré en el próximo epígrafe, que no es por cierto seguridad social—

esta queda vedada a la actuación de los representantes de trabajadores y empresarios en el marco de la autonomía colectiva. Es más, preceptos como el artículo 3 LGSS —en el que taxativamente se establece la irrenunciabilidad de derechos de la seguridad social: «Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley»— o el artículo 105 LGSS —en el que se consagra la nulidad de los pactos en materia de cotización que alteren las disposiciones legales vigentes: «Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario. Igualmente, será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109 de la presente Ley»— refuerzan este planteamiento.

No obstante, y pese al evidente carácter imperativo e indisponible de las normas de seguridad social para la autonomía colectiva —también para la autonomía individual, como se constata en los preceptos señalados—, lo cierto es que tampoco debemos pasar por alto la existencia de espacios de acción para esta que inciden, en unos casos directamente, en otros indirectamente, sobre el ejercicio de los derechos en materia de seguridad social. Varios son, en ese sentido, los supuestos en que cabe apreciar esa capacidad de influencia sobre los derechos indicados y su disfrute por lo que respecta al ámbito que nos ocupa: la jubilación.

En primer lugar, se ha de recordar lo que casi puede considerarse un clásico desde la instauración de nuestro vigente sistema democrático de relaciones laborales¹: la pactación de edades de jubilación forzosa en convenio colectivo, en virtud de lo establecido en la, inicialmente disposición adicional 5 ET, posteriormente disposición adicional 10 ET. Pese a la indisponibilidad e inderogabilidad de derechos antes señalada, el derecho de la seguridad social ha convivido durante casi treinta años con la capacidad reconocida legalmente a los representantes de los trabajadores y empresarios de establecer edades de retiro forzoso de los trabajadores y, en consecuencia, influir sobre el momento en que el trabajador se acogía a su derecho a la jubilación.

Como sabemos, esta capacidad reconocida a la autonomía colectiva fue inicialmente considerada en términos muy amplios. Así, la versión original del ET, allá por 1980, disponía que «en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos» (Jefatura del Estado, 1980a, disposición adicional 5). No se condicionaba, por tanto, la efectividad del pacto más que al cumplimiento por el trabajador de

1 Aunque sus orígenes, como sabemos, se remontan a épocas anteriores, existiendo manifestaciones normativas ya en ese sentido en las Reglamentaciones de Trabajo durante la dictadura franquista. Véase Mella Méndez (2002, pp. 21ss.).

los requisitos mínimos para acceder a una pensión de jubilación. De tal manera que no será hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del ET cuando por primera vez se sugiere, pero no se condiciona a la misma, que «la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo», eso sí, «dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto» (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, disposición adicional 10).

Curiosamente, y como consecuencia de lo acordado por la fuerzas políticas en el Pacto de Toledo (Congreso de los Diputados, 1995, recomendación 10), en pro de la prolongación voluntaria de la vida activa, el real decreto-ley 5/2001 (Jefatura del Estado, 2001, disposición derogatoria única) procedió a derogar la disposición adicional 10 ET. Una derogación que, sin embargo, no fue bien acogida, como se sabe, tanto por la patronal como por los sindicatos, que no dejaron de ejercer presión hasta que consiguieron la restauración de la previsión legal en virtud de la ley 14/2005, del 1 de julio (Jefatura del Estado, 2005), bien es verdad que en unos términos distintos de los vigentes en su día, al existir coincidencia en que la habilitación legal a la negociación colectiva debía condicionar ineludiblemente la misma a la adopción de políticas de favorecimiento del empleo de calidad, razón por la que se especificaron como objetivos legítimos de la negociación colectiva en la materia los siguientes: la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo. En definitiva, la negociación colectiva sobre edades de jubilación forzosa se condicionaba a que la misma fuera útil a efectos de estabilizar la relación laboral de trabajadores de menor edad o mejorar la calidad de su empleo, por ejemplo, posibilitando la realización de contratos indefinidos a trabajadores que mantenían una vinculación temporal con la empresa.

Años después, en virtud de la ley 27/2011, de 8 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Jefatura del Estado, 2011b), se volvió a retocar el régimen legal en la materia, introduciendo una novedad que favorecía el recurso a la jubilación forzosa, pues de exigirse que el trabajador tuviera cubierto el «período mínimo de cotización» requerido para acceder a la jubilación ordinaria, o en su caso «uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo», se pasó a exigir simplemente un período cotizado «que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión» (disposición adicional 36). Este espacio de autonomía colectiva se vio abruptamente cercenado, como sabemos, tras la aprobación de la ley 3/2012, que vino a declarar «nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos

que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquier que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas» (Jefatura del Estado, 2012a, disposición final 4, dos). Con posterioridad, la STC 8/2015 ha respaldado la constitucionalidad de dicha norma, en el marco del análisis de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional (TC) realizó de distintos aspectos de la mencionada Ley 3/2012 (Tribunal Constitucional, 2015)².

También la anticipación de la edad de jubilación ha conocido a lo largo de este tiempo espacios para el desarrollo de la negociación colectiva. Qué duda cabe que las conocidas «prejubilaciones» —pese a tratarse de una institución carente de reconocimiento jurídico en nuestro ordenamiento— han sido durante mucho tiempo una de las grandes medidas estrella de los expedientes de regulación de empleo, ubicándose por tanto en el ámbito de los procesos de reestructuración empresarial de medianas y grandes empresas y en el marco de lo que se ha dado en llamar la «prejubilación programada» (López Cumbre, 1998, pp. 485ss.), que no es otra que aquella que se propone a partir de la configuración de un plan de prejubilación. Aunque su incidencia sobre el conjunto del sistema de protección social es relativo, por concentrarse en un ámbito, el de la mediana y gran empresa, que en España es en gran medida la excepción a la regla general, no puede negarse su impacto. Dicho impacto, incluso, más que económico o cuantitativo, era sobre todo social —en el sentido de que los mencionados planes era percibidos de forma negativa por la sociedad por las ventajas apreciables que ofertaban en cuanto a la calidad de la protección social—. El fenómeno descrito era considerado un contrasentido, desde la perspectiva de la política comunitaria en la materia, que desde hace años venía sosteniendo la necesidad de prolongar la vida laboral de los trabajadores como forma de garantizar la sostenibilidad de los sistemas públicos de protección social, visto el incremento de la expectativa media de vida.

La prejubilación programada ha implicado en estos años la articulación de mecanismos empresariales de protección complementaria, habitualmente negociados teniendo en cuenta las aportaciones adicionales que a la cobertura de la situación económica del trabajador maduro podía realizar el sistema público de protección social.

2 En concreto, la STC 8/2015 concluyó que «no cabe sino afirmar que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia, de esta materia de la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales», al tiempo que afirma que «el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose el incremento de los déficits públicos» (Tribunal Constitucional, 2015).

Desde esta perspectiva, de repente la negociación colectiva pasó a asumir una función que posiblemente el legislador ni siquiera se había planteado en un principio. Y es que, lejos de generar una protección complementaria del trabajador, pasó a convertirse en motor de operaciones de restructuración, donde precisamente lo complementario, hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación, era la protección pública de la que el trabajador pudiera beneficiarse, y lo central era la voluntad empresarial de prescindir de un cierto número de trabajadores, todo ello instrumentalizado a través del correspondiente acuerdo colectivo de empresa.

El asunto es que en estos años hemos asistido a una mutación significativa de los pactos colectivos —por cierto, pactos colectivos informales de empresa, no convenios colectivos del título III ET—, no solo por lo que respecta a su entidad, sino también por lo que se refiere a su función. En cuanto al primer aspecto, ha de recordarse que, a consecuencia de distintas reformas legislativas —particularmente, las practicadas en virtud de las leyes 35/2002 (Jefatura del Estado, 2002) y la 27/2011 (Jefatura del Estado, 2011b)— a lo largo del tiempo, los distintos planes de prejubilación han ido disminuyendo su grado de generosidad en cuanto al montante y calidad de las condiciones ofertadas para inducir al trabajador a jubilarse, hasta el punto de que no han sido infrecuentes los litigios en los que se reclamaba una equiparación de las condiciones ofertadas con las disfrutadas por otros colectivos de trabajadores en virtud de acuerdos de empresa anteriores. Tal solicitud no ha sido atendida, por cierto, por nuestros tribunales, los cuales han admitido el que las condiciones pactadas en un caso sean distintas de las acordadas con los prejubilados de la misma empresa en otras ocasiones³.

En cuanto al segundo aspecto, conocido es que en su momento el Tribunal Supremo (TS) consideró a la prejubilación como una opción empresarial adicional a otras opciones legales como la jubilación anticipada propiamente dicha o la jubilación parcial. Expresivo es en ese sentido el tenor de sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Madrid), 2004), cuando afirma que la prejubilación «junto a la jubilación anticipada y la jubilación parcial en sus diversas modalidades constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores». Y, sin embargo, lo cierto es que, como en algún caso ya se ha señalado, hoy día a lo que asistimos es precisamente al fenómeno contrario: las reformas legislativas están induciendo un cambio en los pactos de prejubilación, de tal forma que estos, por razón de las indicadas reformas, están alterando cualitativamente los contenidos de los pactos

3 Véase en este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social (2005).

colectivos sobre prejubilación ante la necesidad de adaptar los mismos a la legislación vigente; otra cuestión es que esas reformas legislativas consoliden a mediano plazo un cambio de cultura negociadora de forma efectiva, pues en nuestro país la práctica de la prejubilación gozaba de un importante predicamento.

Por otra parte, conocida es la práctica bastante extendida en estos años de pactar en convenio colectivo premios o indemnizaciones vinculadas a los supuestos de jubilación anticipada, cuando no compensaciones por la jubilación del trabajador a los 64 años. Hay que recordar que en la década de los ochenta y noventa, y en los primeros años del siglo XX, el margen de maniobra de la negociación colectiva ha sido bastante amplio en este terreno, y que, salvo prácticamente el respeto de los límites de edad fijados en cada momento por el legislador, los convenios colectivos han venido haciendo y deshaciendo en esta materia con bastante libertad.

No obstante, no debemos perder de vista que precisamente este factor, la edad, con independencia de los requisitos estandarizados que identifican a la jubilación —además de la edad, el alta y la exigencia de un período de carencia—, constituye el gran elemento modulador de la institución y el que finalmente marca el ámbito de desenvolvimiento de la propia negociación colectiva. De tal manera que, como en algún caso se ha señalado ya, en el tratamiento legislativo del requisito de la edad es donde la pluralidad de funciones sociales de la jubilación se manifiesta de forma más evidente (González Ortega, 2007, p. 1196). La clave es la siguiente: no se trata de la misma manera el requisito legal de la edad cuando se pone el foco de atención en el cumplimiento de los objetivos de la política de empleo —y particularmente en la incorporación al mercado de trabajo de los jóvenes— que cuando se incide especialmente sobre la protección de la tercera edad. De hecho, los cambios de orientación legislativa al respecto en estos años son los que explican las novedades tan significativas que ha registrado la jubilación forzosa, o la opinión que merece hoy día la prejubilación. No han sido ajenas a dichos cambios las reformas del régimen de la jubilación anticipada, la jubilación parcial o la propia jubilación flexible.

La cuestión es que la política legislativa en torno a la edad de jubilación ha resultado no solo contradictoria, sino también oscilante. Lógicamente, ello ha determinado cambios en el contenido de la negociación colectiva y la función que esta debía desempeñar. Podemos observar la contradicción en la tensión permanente entre la anticipación y la prolongación de la edad de jubilación. Si con anterioridad a la reforma de seguridad social de 2011 el legislador había sido bastante contemplativo con la jubilación anticipada, facilitando su uso por las empresas, tras la misma se produce un apreciable endurecimiento

289

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

de los requisitos para acceder a esta. Al mismo tiempo, se incentiva legislativamente la prolongación del trabajo más allá de los 65 años y se adoptan distintas medidas —en el marco del real decreto-ley 5/2013 (Jefatura del Estado, 2013a) en este caso— que aspiran a mantener el empleo de los trabajadores maduros.

En cuanto al carácter «oscilante», considero que el mismo se aprecia no solo en los cambios de parecer que evidencian las sucesivas reformas legislativas referentes a la jubilación forzosa, sino también en las dudas que, por ejemplo, suscita hoy día la prolongación de la edad de jubilación —en un corto espacio de tiempo los incentivos a la misma han sido modificados— y, particularmente, su implantación —no parece creíble que esperaremos a 2027 para fijar la edad ordinaria de jubilación en 67 años; de hecho, en distintas ocasiones se le ha sugerido ya al gobierno español, desde distintos ámbitos europeos, la conveniencia de adelantar la indicada fecha del calendario—. No obstante, hay una cuestión que no ha cambiado, y ello incluso desde antes de la aprobación de la LGSS: la edad mínima de jubilación, en la que el referente de los 60 años ha venido funcionando como una suerte de «edad mínima o tope mínimo» para cualquier jubilación que se anticipe a los 65 años⁴.

Ahora bien, cualquier reflexión sobre la autonomía colectiva como fuente en materia de jubilación tampoco puede obviar el peculiar ámbito donde dicha autonomía ha de desenvolverse. Como en su momento se señaló, y en gran medida he reflejado al principio de este apartado, y a fuerza de subrayar lo que pudiera parecer una obviedad —que no lo es—, en todo momento hay que ser conscientes de que «la Seguridad Social puede ser objeto de contratación colectiva dentro de los límites establecidos por el derecho de la Seguridad Social» (Casas Baamonde, 1977, p. 158). Esta afirmación, con independencia de las consideraciones que pudieran realizarse en relación con los artículos 3, 39.2 y 105 LGSS, nos retrotrae a los orígenes de las mejoras voluntarias de seguridad social en nuestro país, allá por el año 1963, que no son otros que la «reacción frente a los regímenes complementarios que proliferaron, fuera del cuadro normativo del Mutualismo libre, a raíz y sobre la base de los

4 Empleamos aquí la terminología de González Ortega (2007, p. 1215). No obstante, hemos de recordar que en relación con este asunto ha de salvarse la circunstancia de que en nuestro ordenamiento ha sido tradicional el reconocimiento de la jubilación a edad temprana, por debajo de los 60 años, de colectivos de trabajadores que realizaban trabajos especialmente penosos y peligrosos. Esta cuestión está regulada hoy día por el Real Decreto 1698/2011 (Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011b), cuyo artículo 3.3 establece expresamente que «la aplicación de la reducción o la anticipación de la edad de jubilación en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 52 años». No obstante, téngase en cuenta que la limitación de los 52 años tiene su origen en la Ley 40/2007 (Jefatura del Estado, 2007), y que dicho límite fue excepcionado (disposición transitoria 2) en relación con distintos colectivos de trabajadores incluidos en diferentes regímenes especiales que, a 1 de enero de 2008, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de edad de jubilación, en cuyo caso les resultará de aplicación el régimen vigente con anterioridad a dicha ley.

convenios colectivos sindicales» (Martín Valverde, 1970, pp. 39-40). Dichas mejoras pretendían contrarrestar dos males propios de la época, como «el desbordamiento de los programas voluntarios en detrimento de las prestaciones legales básicas» y «la instauración de regímenes complementarios de escasa solvencia financiera» (Martín Valverde, 1970, pp. 42-43). Por ello, no ha de olvidarse que, como en algún caso se ha señalado, «la actuación normativa del poder colectivo en materia de seguridad social se encuentra constreñida a la aceptación y utilización del modelo institucional de las mejoras voluntarias, única variedad de seguridad social complementaria establecida por medio de la negociación colectiva» (Casas Baamonde, 1977, p. 158).

No obstante, me permito apuntar, por último, que, a mi juicio, la concepción de la funcionalidad de la negociación colectiva en la materia tampoco es ajena a cuestiones como la promoción legal de la negociación colectiva de empresa realizada por el legislador en los cuatro últimos años. Sobre esta cuestión, se reflexionará en la tercera sección.

II. LA ASISTENCIA Y PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS COMO CONTENIDO CONVENCIONAL

Estimo que cualquier aproximación a la presente cuestión debe partir de la consideración del tenor del artículo 41 de la Constitución Española (CE), norma que, como sabemos, integra el capítulo III del título I CE, titulado «De los principios rectores de la política social y económica». En él, al encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de «un régimen público de Seguridad Social», se dispone también que la «asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Con independencia de las consideraciones que pudiera merecer el peculiar encaje del artículo 41 CE en dicho capítulo (Vida Soria, 2006, pp. 908ss.), alejado por tanto del ámbito de los derechos fundamentales y evitando un reconocimiento explícito de un derecho subjetivo a disfrutar de un sistema público de seguridad social, me centraré en este momento en el alcance de la mención a la asistencia y prestaciones complementarias, y en su conexión con el derecho de negociación colectiva del artículo 37.1 CE.

Como es sabido, el TC consideró en su momento que la voluntad del constituyente en este caso era «dejar en libertad a los particulares para la organización de todo tipo de dispositivos de protección social encaminados al mismo fin público de proteger las situaciones de necesidad» (Tribunal Constitucional, 1997; 1988). No obstante, pese a esa libertad reconocida, tampoco se discute entre los analistas jurídicos que, en relación con esta materia, resulta constitucionalmente posible, y así se ha producido, una actuación legislativa que encauce la autonomía privada —y que ha dado lugar a lo que antes hemos

291

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

denominado «modelo institucional de las mejoras voluntarias» (Casas Baamonde, 1977, p. 158)—, bien promoviendo ciertos modelos de protección privada —en este terreno, los incentivos fiscales, por ejemplo, son claves—, bien exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos legales a los modelos y mecanismos que se creen por la iniciativa privada —como modelo máximo de esto último puede pensarse en toda la legislación en materia de fondos y planes de pensiones existente a la fecha en España—.

Indudablemente, lo señalado anteriormente sitúa a la autonomía colectiva en un escenario muy distinto de aquel en que se desenvuelven las relaciones de trabajo y que ordena el derecho del trabajo. Y ello porque, en materia de asistencia y prestaciones complementarias —por emplear la terminología constitucional—, la autonomía colectiva debe convivir, por un lado, con un derecho de la seguridad social que se caracteriza sobre todo por la imperatividad e indisponibilidad, no solo a nivel individual sino también colectivo, de sus disposiciones —cuestión que ya hemos subrayado en páginas anteriores—, lo que configura una suerte de derecho necesario absoluto; y, por otro lado, con una legislación promotora —por lo que aquí interesa— de fondos y planes de pensiones, así como de contratos de seguro, que sin duda condicionan la acción colectiva en materia de jubilación.

El artículo 39.2 LGSS configura el establecimiento de «mejoras voluntarias», como he señalado antes, como una excepción al régimen de seguridad social, respecto de la que se establece que «no podrá ser objeto de contratación colectiva». Dichas mejoras, se circunscriben a la modalidad contributiva de la acción protectora del sistema de seguridad social, disponiéndose expresamente que «podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales» (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, artículo 39.1). De todas formas, sí parece claro que, al día de hoy, la asistencia y las prestaciones complementarias que la ley ampara tienen la condición de mejoras directas. Es decir, equivalen a aquellas que la doctrina española situaba, tiempo atrás, en la categoría de los «regímenes complementarios de la Seguridad Social» (Martín Valverde, 1970, p. 43). Se trata de contribuciones en las que la lógica que impera, como señaló en su momento la STC 134/1987 (Tribunal Constitucional, 1987b), es la contractual, propia del seguro privado, y no la estrictamente matemática, la cual identifica a las prestaciones públicas de seguridad social —al menos las contributivas— en virtud del principio de contributividad.

En todo caso, lo que tampoco parece discutible es que las mejoras voluntarias, actualmente, forman parte del contenido típico del convenio colectivo. En efecto, con independencia de que a lo largo de

estos años las referencias a la protección social complementaria, sobre todo en el ET, hayan tenido un carácter intermitente, lo cierto es que no solo la práctica negocial, sino también nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente la LGSS —recordemos el tenor de su artículo 39.2—, han venido a normalizar jurídicamente la negociación paccionada de mejoras voluntarias. Podría plantearse la pregunta, sin embargo, de hasta qué punto, más allá de considerarse a los regímenes complementarios de la seguridad social como contenido constitucionalmente posible de un convenio colectivo, dichos regímenes forman parte o no del núcleo irreductible de materias cuya afectación o restricción podría incidir negativamente sobre la configuración legal, y en definitiva el disfrute, del derecho de negociación colectiva. ¿Cabría, por tanto, negar legalmente el establecimiento, en sede de la autonomía colectiva, de mejoras de la protección social? Recordemos que hoy día nuestra legislación ha declarado nulo, por ejemplo, todo pacto colectivo en materia de jubilación forzosa. Lógicamente, en este caso me estoy refiriendo a una intervención más incisiva que la que puede suponer la actuación legislativa, indicada antes, para perfilar un modelo institucional de mejoras voluntarias.

Pues bien, por principio no termino de encontrar qué otros preceptos constitucionales podrían justificar una limitación de la autonomía colectiva en relación con la materia que nos ocupa. No solo es que el artículo 37.1 CE se exprese en unos términos amplios como los que conocemos. Además de ello, el artículo 41 CE, cuando se refiere a la asistencia y prestaciones complementarias, se expresa de forma más genérica, si cabe, sobre las mismas y su función: se dice simplemente que «serán libres». Uno y otro precepto, el artículo 37.1 CE y el artículo 41 CE, me llevan a concluir que un modelo institucional de mejoras voluntarias que, por ejemplo, recondujera las mismas al ámbito del contrato de trabajo, en detrimento del convenio colectivo, sería un modelo vulnerador del artículo 37.1 CE⁵; y también del artículo 41 CE, pues se estaría vulnerando en este último caso la voluntariedad de la protección social complementaria en su dimensión colectiva.

De todas formas, no se ha de perder de vista que, como en algún caso ya se ha señalado, con carácter general la protección social complementaria no es un terreno favorable a la intervención de la autonomía colectiva. Ello no impide, sin embargo, que constituya una materia típica del contenido convencional, objeto de tratamiento por casi todos los convenios. Recuérdese que, por un lado, el convenio colectivo es una norma temporal, con una duración media de dos o tres años, en tanto la seguridad social proporciona prestaciones a largo plazo y de duración

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

⁵ En favor de esta postura se han expresado Durán López (1980), Aradilla Marqués (1994, p. 44) y Suárez Corujo (2003, p. 119).

prolongada; y que, por otro lado, la autonomía colectiva a lo que puede aspirar es a cubrir espacios no asumidos por la protección social pública, cuando no a mejorar esta.

En el caso de la jubilación, el mayor recorrido de la autonomía colectiva ha tenido que ver fundamentalmente con que esta no solo puede mejorar prestacionalmente la contingencia, sino que también tiene la capacidad de inducir —estableciendo por ejemplo ciertos incentivos—, cuando no imponer —como en el caso de la jubilación forzosa—, la edad de retiro del trabajador. Sin embargo, esta autonomía ha tenido que convivir con el obstáculo que ha supuesto la constante actividad legislativa en materia de seguridad social, particularmente intensa en estos últimos años por lo que hace a la jubilación —sobre todo en materia de jubilación forzosa y jubilación anticipada, aunque también por lo que respecta a la jubilación flexible y parcial—, y que ha provocado el que con frecuencia las disposiciones convencionales se desajusten en relación con la legalidad vigente.

La cuestión es la siguiente: ¿está preparado nuestro sistema legal, y la forma en que se configura el régimen jurídico de la negociación colectiva, para que la autonomía colectiva asuma de forma exitosa la adopción de medidas de carácter asistencial y prestacional, vinculadas a un hecho tan peculiar como la jubilación del trabajador, y como complemento del sistema público de seguridad social, en franco retroceso en cuanto a la calidad de su cobertura? Entiendo que no, y al respecto me permito apuntar algunas consideraciones.

Para empezar, como señalé hace unos instantes, y así se ha subrayado a lo largo de estos años por distintos especialistas, existe un claro desenfoque entre la aspiración intrínseca a muchas de estas medidas asistenciales y prestacionales de pervivir a lo largo del tiempo y la temporalidad que identifica a las manifestaciones de la autonomía colectiva. Como se ha indicado, la lógica que subyace en uno y otro caso es completamente distinta, pues mientras las indicadas medidas en muchos casos se plantean para surtir efectos una vez que la relación laboral se ha extinguido —recordemos, no obstante, que esto no es así en todo los casos, pues existen medidas paccionadas que puede ser efectivas mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo, por ejemplo, en el contexto de una jubilación parcial—, el convenio colectivo se caracteriza por ser un instrumento regulador de carácter temporal y cuya efectividad se vincula a la vigencia del contrato de trabajo —de ahí los problemas que registran los jubilados para impugnar lo dispuesto en los convenios colectivos, cuando ello afecta a sus intereses—.

No en vano, en el caso español, la externalización obligada por ley de los compromisos por pensiones —bien mediante la configuración de planes y

fondos de pensiones⁶, bien mediante la suscripción de contratos de seguro colectivos⁷— intenta en cierta medida salvar esta situación, preservando los intereses de los trabajadores, incluso cuando su contrato se extingue, ante situaciones de insolvencia empresarial o decisiones empresariales que puedan afectar negativamente al patrimonio del fondo interno de pensiones. Esta técnica, asimismo, ha supuesto un replanteamiento de este tipo de protección social privada, desde el momento en que se promueve el ahorro a largo plazo, al obligar a la capitalización de las aportaciones, en detrimento del modelo anterior, el fondo interno, donde las empresas frecuentemente solo atendían a realizar dotaciones presupuestarias que aspiraban a cubrir las prestaciones devengadas en cada anualidad, de modo tal que no solo no existía una planificación a largo plazo, sino tampoco, en muchos casos, a corto plazo. Como es conocido, esta opción legislativa vino motivada por la necesidad de trasponer al derecho nacional la Directiva 80/987/CEE (Consejo de las Comunidades Europeas, 1980). Si bien inicialmente la externalización era una opción voluntaria, a partir de noviembre de 2002 se convirtió en obligación legal ineludible para todas aquellas empresas que reunían los requisitos establecidos por la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (LPFP).

Pues bien, pese a que la externalización puede considerarse un avance en la protección de los intereses de trabajadores y ex trabajadores —y, en definitiva, de sus derechos en unos casos y de sus expectativas de derecho, en otros—, lo cierto es que esta técnica jurídica solo resuelve en parte la problemática antes señalada. Ello no solo porque la relación entre la negociación colectiva y la legislación de los planes de pensiones del sistema de empleo⁸, así como de aquella con los contratos de seguro colectivo, no ha estado exenta de dificultades, como es conocido, sino porque no toda mejora en materia de jubilación es susceptible de ser externalizada.

En una aproximación clásica al problema de la pervivencia en el tiempo de las mejoras en materia de jubilación, y —en concreto— de las prestaciones complementarias que pueda deparar, hay que comenzar por diferenciar los supuestos propios de una prestación de carácter no periódico y aquellos propios de la prestación que sí tiene un carácter periódico. En el caso de las prestaciones de carácter no periódico, la alteración de los términos previstos en el convenio o acuerdo colectivo

6 Regulados por el real decreto legislativo 1/2002, Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Ministerio de Economía, 2002) y su reglamento de desarrollo.

7 Cuyo régimen jurídico lo conforman, fundamentalmente, la disposición adicional 1 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Ministerio de Economía, 2002), los artículos 26 y siguientes del real decreto 1588/1999 (Ministerio de Economía y Hacienda, 1999) y, en su defecto, la ley 50/1980 (Jefatura del Estado, 1980b).

8 Conforme a lo dispuesto por el artículo 4.1 a) LPFP, los planes de pensiones del sistema empleo son aquellos «cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos» (Ministerio de Economía, 2002).

tendrá una mayor o menor incidencia sobre estas, dependiendo de si aquella afecta a derechos adquiridos de los trabajadores o, por el contrario, la afectación tiene lugar respecto de lo que pueden considerarse meras expectativas de derecho. En ese sentido, hay que ser conscientes de que, según dispone nuestro TC, solo los derechos consolidados, y no las expectativas de derecho, se sitúan bajo el manto «protector» del principio de irretroactividad, consagrado por el artículo 9.3 CE⁹.

Claro que, si nos atenemos a las palabras del TC —«solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo» (Tribunal Constitucional, 1987a)—, el Alto Tribunal parece identificar los derechos consolidados con los derechos subjetivos. Sin embargo, de las palabras del mismo puede también deducirse que no todo derecho subjetivo resulta digno de protección desde la perspectiva del principio de irretroactividad, pues solo los integrados en el patrimonio del sujeto, efectivamente disfrutados por el individuo y en la medida en que se haya producido dicho disfrute, parecen amparados. Así, los derechos pendientes de realización, de ejecución futura o condicionada, o simplemente las meras expectativas de derecho —en cuanto situación en la que el individuo aspira a ser titular de un derecho en el futuro, si bien al día de hoy no lo es, por faltar la concurrencia de algún requisito para su configuración plena—, se encontrarían ajenos al mencionado principio constitucional y por tanto resultarían susceptibles de ser afectados retroactivamente en todo caso.

No obstante, es en los casos de retroactividad máxima —pretensión de que la norma incida sobre efectos jurídicos ya consumados y atinentes a situaciones jurídicas surgidas con anterioridad al nacimiento de la mencionada norma— cuando operará el principio de irretroactividad en el sentido del artículo 9.3 CE. Este planteamiento explica precisamente ciertas consideraciones del TC, como la realizada en la STC 97/1990, cuando afirma que «no puede hablarse así de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas» (Tribunal Constitucional, 1990).

9 Resulta ilustrativa la argumentación de la STS de 14 de octubre de 2003 en el sentido de recordar que, como ha declarado el TC en su Sentencia 108/1986, «no son expropiables ni indemnizables las privaciones de bienes y derechos o, incluso, intereses patrimoniales legítimos "aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas"; por consiguiente, en la medida en que no existe un derecho adquirido, de lo que se trata es de una expectativa, con las consecuencias y el alcance que ello presupone» (Tribunal Supremo. Sala de lo social, 2003).

Por lo que respecta a las prestaciones de carácter periódico, recordemos que el artículo 192, párrafo 2 LGSS establece que, cuando «el trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento» (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994). Este precepto ha sido objeto de una intensa polémica, encontrándose la doctrina científica dividida fundamentalmente entre dos posiciones. Por un lado, hay quienes sostienen que la modificación de estas mejoras solo puede tener lugar en los términos que prevea el propio convenio o acuerdo colectivo, de tal forma que, si en sede de la autonomía colectiva nada se ha previsto al respecto, la mejora no podrá verse afectada por cambios posteriores al momento de su establecimiento (Valdés de la Vega, 1999, pp. 97-98; López Cumbre, 1998, p. 525; Gallardo Molla, 1991, p. 487). Por otro lado, hay quienes consideran que el tenor citado del artículo 192 LGSS implica la asunción de las reglas y procedimientos modificativos contenidos en el ET (Del Rey Guanter & Gala Durán, 1996, p. 290; Escribano Gutiérrez, 2002, p. 42), y que hoy día se concentran fundamentalmente en el artículo 82 de dicha norma legal.

No parece razonable admitir la irreversibilidad de lo pactado en materia de asistencia y prestaciones complementarias cuando el propio convenio o pacto no contempla mecanismos para su modificación, pues el ET, desde su aprobación, ha configurado jurídicamente, en consonancia con el derecho reconocido por el artículo 37.1 CE, a los convenios colectivos como manifestaciones reversibles de la autonomía colectiva, como puede deducirse de lo dispuesto por los artículos 82.4 y 86.4 ET. Esta posición ha sido asumida por el TS a lo largo de estos años, si bien la doctrina ha hecho pivotar la reversibilidad *in peius* de las condiciones pactadas sobre la naturaleza normativa del convenio colectivo. En relación con esta cuestión, bueno será también tener en cuenta que, en España, la alteración de los términos pactados se ha admitido por nuestros tribunales no solo respecto de los trabajadores vinculados a la empresa, sino también en relación con los pensionistas y jubilados.

III. SOBRE LA CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES ESPAÑOL Y SU INCIDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN

El proceso de reformas al que se ha visto sometida España en estos últimos años nos ha dejado, entre otros aspectos novedosos, un renovado régimen jurídico de la negociación colectiva, construido sobre la base de sucesivas reformas realizadas básicamente en 2011

297

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

y 2012¹⁰. Del conjunto de las reformas practicadas, me interesa en estos momentos resaltar cuatro aspectos que considero de interés a los efectos que nos ocupa.

Por un lado, y en primer lugar, el real decreto-ley 7/2011 (Jefatura del Estado, 2011a) de 10 de junio, dispuso la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto al convenio colectivo sectorial —nacional, autonómico o de ámbito inferior—, en relación con un conjunto de materias. Dicha prioridad fue reforzada en 2012, cuando la ley 3/2012 (Jefatura del Estado, 2012a) eliminó la posibilidad —prevista por la reforma laboral anterior— de que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa pudieran disponer una solución distinta a la mencionada prioridad del convenio colectivo empresarial, convirtiéndola por tanto, y en adelante, en la nueva regla de oro del sistema negocial español. Además, esta prioridad aplicativa se establece, igualmente, tanto por lo que hace a los convenios colectivos para un grupo de empresas, como por lo que respecta a los convenios colectivos que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (artículo 84.2, párrafo 2 ET). Adicionalmente, la propia norma estatutaria contempla la posibilidad de que los acuerdos y convenios colectivos del artículo 83.2 ET puedan ampliar la relación de condiciones de trabajo respecto de las que la ley decreta la mencionada prioridad aplicativa —artículo 84.2 g) ET—.

Qué duda cabe que el cambio de escenario de unos años a esta parte es muy notable, aunque solo sea porque, sobre el papel —otra cosa es lo que pueda pasar en la práctica—, existe una clara intención legislativa de acabar con el protagonismo, sobre todo, de los convenios colectivos de sector provinciales¹¹. Dichos convenios son, finalmente, los grandes damnificados en esta operación legislativa, desarrollada escalonadamente¹² —recuérdese, reformas laborales de 2010, 2011 y 2012— en favor de la pactación colectiva en el ámbito empresarial (Gorelli Hernández, 2012, pp. 193ss.). Téngase en cuenta que, como se ha señalado en más de un caso, nuestro modelo negocial se definía

10 Recuérdese, a efectos explicativos, que el real decreto-ley 10/2010 (Jefatura del Estado, 2010a) y la posterior ley 35/2010 (Jefatura del Estado, 2010b) introdujeron igualmente algunas reformas en el régimen de la negociación colectiva, fundamentalmente por lo que respecta a la inaplicación (descuelgue) de los convenios colectivos en materia de salarios y la promoción, en definitiva, de la negociación colectiva de empresa. (Mercader Uguina, 2010, pp. 187ss.).

11 Ya en 2006 algunos especialistas, como Ignacio García-Perrote Escartín (2006, p. 140), subrayaban como parecía «unánime la opinión de su deseable desaparición», aunque «sorprendentemente, no parece que haya visos de que vayan a ir desapareciendo», y como posiblemente esta paradójica situación se había de vincular a la pérdida de poder que ello podía suponer para las organizaciones sindicales y empresariales en el ámbito provincial.

12 Como se ha señalado, entre otros por Mercader Uguina (2013, p. 54), los datos estadísticos en 2011 y 2012 indican una apreciable incidencia de las reformas legales sobre los convenios colectivos de ámbito provincial, con un descenso en dos puntos porcentuales por lo que respecta al número de convenios colectivos vigentes, y de nueve puntos en cuanto al número de trabajadores que se sitúan en su ámbito de aplicación en un solo año, pasando del 58,1% al 49,1%.

en la práctica por su carácter mixto, pues junto a un alto número de convenios colectivos provinciales de sector convivía una significativa cantidad de convenios de sector de carácter nacional —,como fórmula de superación de la desconfianza que la negociación colectiva provincial suscitaba en ciertos ámbitos— y de convenios de empresa —estos últimos situados fundamentalmente en el ámbito de la mediana y gran empresa—.

Se ha afirmado, en este sentido, que las reformas laborales señaladas han inducido una suerte de proceso de transición «de la centralización desarticulada a la descentralización articulada» (Garrido Pérez, 2015, p. 252), un cambio en el modelo negocial español que tendría por epicentro la modificación de los artículos 83 y 84 ET, principalmente en 2011 y 2012. En el origen de este proceso estaría la desconfianza que desde tiempo atrás venían generando los convenios colectivos provinciales de sector (Garrido Pérez, 2015, p. 252)¹³, a los que con frecuencia se acusaba de ser el gran obstáculo para la competitividad de las empresas, sobre todo en los años en que la inaplicación salarial de los convenios colectivos supraempresariales —el descuelgue salarial— no funcionaba. Añádase a ello el que en determinados casos ciertos convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional pretendieron blindar la unidad de negociación, impidiendo desarrollos en ámbitos inferiores, particularmente en el de la empresa (Garrido Pérez, 2015, p. 252).

Y, sin embargo, lo cierto es que, como en más de un caso se ha señalado, la práctica negociadora evidencia que «los convenios colectivos son bastante indiferentes a los cambios normativos a la hora de establecer mejoras voluntarias, y así siguen utilizando términos que están derogados por la nueva normativa, se reconocen las mejoras a todos los trabajadores e incluyen tanto mejoras complementarias como mejoras de tipo autónomo» (Romero Burillo, 1999, p. 287; véase también del Rey Guanter & Gala Durán, 1996, pp. 265ss.). De repente, por tanto, podría pensarse que poco es esperable que cambie en materia de jubilación, desde la perspectiva de la autonomía colectiva, pese al interés legislativo por promover la negociación colectiva de empresa, declarando su prioridad por lo que respecta a un número significativo de materias.

¹³ Incluso, los propios sindicatos más representativos, la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), consideraron como una patología el «protagonismo excesivo de los convenios provinciales sectoriales, que se caracterizan por sus ámbitos funcionales muy fragmentados, su desarticulación y disparidad y por la reiteración de ciertos contenidos, pero con diferencias sustanciales en las tablas salariales y en las jornadas pactadas» (Líneas básicas de UGT y CC.OO. para un Acuerdo sobre reforma de la negociación colectiva en desarrollo de la disposición adicional única del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), 2010-2012, de 19 de enero de 2011).

El tiempo lo dirá. Aunque, mientras tanto, hay algunas cuestiones que no deberíamos pasar por alto. Para empezar, si nos atenemos al tenor legal del artículo 84.2 ET, ninguna de las materias sobre las que se declara *ex lege* la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa tiene una vinculación directa con la institución de la jubilación o con las mejoras voluntarias que se puedan pactar en torno a la misma. Sin embargo, cierto es que la promoción legal de la negociación colectiva de empresa se ha de inscribir en el esfuerzo sostenido en el tiempo por el legislador español, principalmente desde 1994, y a través de sucesivas reformas, de flexibilizar la gestión y el desarrollo de las relaciones laborales, amparando la negociación, colectiva o de forma individual, de condiciones de trabajo más adaptadas a las necesidades de las empresas a la vista de la situación del mercado. Si unimos este hecho a la puesta en marcha de distintas medidas legales que pretenden la prolongación de la vida activa de los trabajadores, más allá de los 65 años —el objetivo declarado es, como se ha señalado en páginas anteriores, fijar en 67 años la edad ordinaria de jubilación—, al tiempo que se dificulta la jubilación anticipada, sobre todo antes de los 60 años, se puede concluir que, de cara al futuro, la negociación colectiva de empresa podría conocer novedosos desarrollos en materia de prolongación de la vida activa de los trabajadores de edad avanzada, y de garantía del empleo de estos, terreno de sumo interés vista la baja tasa de participación de los trabajadores de más de 55 años en el mercado de trabajo nacional¹⁴.

De todas formas, en relación con la potencialidad de la negociación colectiva de empresa para realizar aportaciones novedosas y significativas en materia de jubilación, sería bueno no olvidar lo siguiente:

- a) La promoción legal de la negociación colectiva de empresa no va a triunfar en todos los sectores. En unos casos, porque el convenio colectivo provincial continúa siendo el referente de la autonomía colectiva, al entender las empresas que la homogeneidad de ciertas condiciones de trabajo favorece la estabilidad del sector. En otros, porque el tamaño de las empresas —recuérdese que España es un país donde sobre todo prima la pequeña empresa— convierte la negociación en dicho ámbito en anecdótica, cuando no resulta impracticable (tal vez por ello, y como se verá un poco más adelante, el legislador en 2010 comenzó a establecer, en relación con este tipo de empresas, fórmulas novedosas en materia de legitimación negocial). En todo caso, no puede desconocerse, y así lo evidencia la experiencia negocial española,

¹⁴ Según señala el Instituto de Estudios Económicos, a partir de las estadísticas de Eurostat, la tasa de empleo española de los trabajadores, de entre 55 y 64 años, se situó en 2014 en el 44,3%, un porcentaje muy similar al de 2007 (44,5%), y uno de los más bajos de la Unión Europea. Precisamente, llama la atención que, mientras en España la situación prácticamente no ha cambiado, la Unión Europea, en esos mismos siete años, ha conseguido aumentar la mencionada tasa, pasando del 44,5% al 51,8%.

- que «de entre todos los elementos que conforman un sistema de negociación colectiva, la estructura es el más refractario a experimentar alteraciones bruscas o de ritmo acelerado: una vez constituidas, las unidades de negociación tienden a perpetuar en el tiempo, mostrando una notable resistencia al cambio, sea cual fuere su signo» (Valdés Dal-Ré, 2013, p. 522).
- b) Por lo que respecta a las mejoras voluntarias en materia de jubilación, ha de tenerse en cuenta que, desde 2014, y tras la entrada en vigor del real decreto 637/2014 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014)¹⁵, la base de cotización —concepto que, como sabemos, constituye el punto de partida para calcular la aportación que mensualmente han de realizar las empresas a la seguridad social en concepto de contribución económica a dicho sistema por todos y cada uno de sus trabajadores— la integran, entre otros conceptos, tanto «las contribuciones satisfechas a planes de pensiones en el marco del texto refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones», como «las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social concedidas por las empresas» (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014)¹⁶. Lógicamente, una regulación de este tenor implica un elemento que juega claramente en contra de la negociación colectiva de prestaciones complementarias, ya sea en su modalidad de mejoras directas, como cuando de la contribución a fondos de pensiones o seguros colectivos se trate, pues en definitiva se viene con ello a incrementar los costes sociales que han de soportar principalmente las empresas. Y ello porque a la hora de realizar estas mejoras de la cobertura social de los trabajadores dichas empresas deberán tener en cuenta que las mismas se contabilizarán doblemente, pues se trata de aportaciones que se hacen, pero que, además, incrementarán la base de cotización, que es el factor que determina en gran medida la contribución que se ha de hacer mensualmente por cuenta de los trabajadores a la seguridad social.
- c) Tampoco podemos obviar los antecedentes más cercanos: aquellos que nos hablan de una escasa imaginación de la negociación colectiva en general para realizar planteamientos novedosos que vayan más allá de facilitar la jubilación anticipada de los trabajadores, por ejemplo en materia de empleo de los trabajadores de edad avanzada (Elorza Guerrero, 2012, pp. 151ss.).

15 Norma reglamentaria que, por otra parte, armoniza y adapta el desarrollo reglamentario en materia de cotización a las sucesivas reformas del artículo 109 LGSS por los reales decretos-leyes 20/2012 (Jefatura del Estado, 2012b) y 16/2013 (Jefatura del Estado, 2013b).

16 En este último caso se exceptúan «las prestaciones de la Seguridad Social y las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas», que de esta forma quedan exentas de integrar la indicada base de cotización.

d) En relación con los planes y fondos de pensiones, y por lo que respecta al aseguramiento que pueda hacerse vía contrato de seguro colectivo, hay que recordar igualmente que el papel reservado por la ley a la negociación colectiva tradicionalmente ha sido bastante asistemático, con los problemas jurídicos que ello puede generar. A modo de ejemplo: el artículo 7.1 del real decreto 1588/1999 (Ministerio de Economía y Hacienda, 1999) establece que tendrán la consideración de «compromisos por pensiones» los compromisos derivados de las obligaciones legales o contractuales de la empresa con su personal «recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente», al tiempo que la propia norma establece que se considerarán «disposiciones equivalentes al convenio colectivo los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones». Por tanto, no solo es que en el ámbito de la negociación colectiva el legislador contemple la idoneidad de múltiples manifestaciones de la autonomía colectiva —desde convenios colectivos de sector o de empresa hasta las distintas modalidades de acuerdos y pactos colectivos— para establecer los mencionados compromisos por pensiones, sino que también se avala la idoneidad de acuerdos y decisiones admitidos en derecho y que se sitúan extramuros del campo de la negociación colectiva¹⁷.

Por otro lado, y en segundo lugar, pese a que, por lo que hace al régimen jurídico de la negociación colectiva, la reforma laboral de 2012 puede ser calificada como «la más importante por su contenido desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores» (Rodríguez-Sañudo, 2012, p. 165), superando incluso el alcance que tuvo la de 1994, lo cierto es que, como ya se ha señalado en algún caso, finalmente continúa sin abordarse, ni resolverse, «la importante cuestión de la posición del pacto colectivo en el plano de las fuentes del Derecho del Trabajo, es decir, las relaciones entre la norma estatal (ley y reglamento laborales) y el pacto colectivo, las relaciones entre los distintos pactos colectivos entre sí y las relaciones entre los pactos colectivos y la autonomía individual» (Sala Franco, 2012, p. 136)¹⁸.

17 En este sentido, el párrafo 3 del artículo 7.1 del mencionado real decreto 1588/1999 establece que se considerarán también «disposiciones equivalentes» las «actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones» (Ministerio de Economía y Hacienda, 1999). Sobre esta cuestión, véase de Val Tena (2006, pp. 15-16).

18 El autor indica, no sin razón, que con ello se «deja sin resolver un grave problema de inseguridad jurídica que, desgraciadamente, va acompañado de una jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia no excesivamente acertada, con múltiples contradicciones y lagunas» (Sala Franco, 2012, p. 136).

La cuestión, ciertamente, no es baladí, y entiendo que constituye uno de los aspectos cuya resolución continúa siendo una asignatura pendiente, de capital importancia para ordenar de una forma coherente la negociación colectiva en la materia. Como he señalado en páginas anteriores, el galimatías configurado en estos años en torno a la naturaleza jurídica y eficacia de los convenios y acuerdos colectivos, estatutarios y extraestatutarios —a lo que sin duda ha contribuido una jurisprudencia vacilante, y en ocasiones contradictoria, cuando no incoherente—, solo obstaculiza y dificulta un ejercicio razonable, desde un punto de vista jurídico, del derecho a la negociación colectiva (Elorza Guerrero, 2008, pp. 654ss; Valdés Dal-Re, 2014, pp. 14ss). No pretendo resolver esta cuestión en estos momentos, pues ello excedería desde luego los propósitos de este trabajo, aunque me permito esbozar una posible solución: la fijación por ley del acuerdo colectivo sobre materia concreta como la fuente llamada a regular todo aspecto relacionado con la jubilación del trabajador. Esta solución se inspira, en última instancia, en la figura de los *accords de prévoyance* franceses¹⁹, en cuanto acuerdos colectivos de eficacia general suscritos por las organizaciones sindicales más representativas. Sin embargo, entiendo que, a diferencia del caso francés, el régimen de estos acuerdos debería diferenciarse del previsto para los convenios colectivos en el ET, sobre todo a efectos de garantizar su vinculabilidad en el tiempo, y dificultar su inaplicación o desconocimiento por empresas y trabajadores.

En tercer lugar, la inaplicación, por acuerdo colectivo de empresa, de «las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social» pactadas en convenio colectivo de sector o de empresa (artículo 82.3 ET), disposición legal incorporada al ET por la ley 3/2012 (Jefatura del Estado, 2012a), constituye sin duda una novedad muy apreciable, y negativa, en relación con el régimen que, hasta la fecha, ha regido las mencionadas mejoras voluntarias. En efecto, teniendo en cuenta el tenor de la norma, en adelante toda mejora pactada en convenio colectivo estatutario, ya se trate de una mejora directa o de un compromiso por pensiones, podrá ser objeto de inaplicación a los trabajadores afectados por el acuerdo colectivo que se suscriba al efecto²⁰.

Curiosamente, el origen de esta novedad legislativa hay que situarla en la voluntad del legislador de promover la desincentivación del absentismo laboral, dotando a las empresas de un mecanismo legal que les permita

19 A esta solución es favorable un sector de la doctrina española (véanse, entre otros, Gala Durán, 1999; Escribano Gutiérrez, 2002, p. 59).

20 La facilidad con que las mejoras voluntarias van a poder ser incluidas en los procesos de inaplicación de condiciones de trabajo ha sido subrayada desde un principio por los estudiosos de la materia (Álvarez Cuesta, 2013, pp. 126ss.). Una primera aproximación, a través de un limitado estudio de campo, a los acuerdos de inaplicación de mejoras complementarias pactados en los últimos tiempos puede consultarse en Moreno de Vega y Lomo (2015, pp. 2ss.).

acabar, en la práctica, con las mejoras voluntarias vinculadas a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y todo ello en el marco de la lucha contra el absentismo laboral —con una incidencia significativa en nuestro país— establecida en España en los últimos tiempos, lucha que busca mejorar la productividad de las empresas (Mercader Uguina, 2012, pp. 425-426). La cuestión es que, sin embargo, finalmente se optó por esta fórmula legal extensiva, que si algo garantiza, en relación con la cuestión que nos ocupa, es la inestabilidad a lo largo del tiempo de las mejoras voluntarias en materia de jubilación. Si a ello se añade la reforma legal indicada anteriormente, por la que la base de cotización a la seguridad social en adelante deberá integrar también las contribuciones satisfechas a planes de pensiones, así como las mejoras de las prestaciones de la seguridad social satisfechas por las empresas —real decreto 637/2014 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014)—, habrá que concluir que el panorama futuro de las mejoras voluntarias en materia de jubilación no es precisamente prometedor.

En cuarto lugar, y último, las reformas laborales mencionadas han puesto el foco sobre los procesos de negociación colectiva que puedan desarrollarse en el seno de los grupos de empresas o respecto de una pluralidad de empresas, al tiempo que han planteado una nueva solución para facilitar la negociación en empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores, fundamentalmente por su pequeña dimensión. Con respecto a la primera cuestión, la negociación colectiva en el seno de un grupo de empresas o respecto de empresas en red —término éste que en España hace referencia al mencionado fenómeno de la pluralidad de empresas, y que en definitiva remite un conjunto de empresas vinculadas por razones productivas u organizativas—, la novedad legislativa, que tuvo su origen en el mencionado real decreto-ley 7/2011 (Jefatura del Estado, 2011a), supone fundamentalmente el reconocimiento de la jurisprudencia española en la materia, al tiempo que atiende determinadas demandas de las organizaciones sindicales y empresariales, pese a no poder considerarse una reforma consensuada²¹.

En relación con la cuestión que nos ocupa, tal vez el aspecto más interesante sea —al margen del propio reconocimiento jurídico de nuevas unidades de negociación que se sitúan en los aledaños de la unidad negocial de empresa— que la reforma legal plantea una flexibilización de las reglas de legitimación para negociar convenios colectivos —si se compara con las existentes durante treinta años—, flexibilización que sin duda busca facilitar la celebración de acuerdos

²¹ Sobre la situación de estas unidades negociales no reconocidas jurídicamente con anterioridad a la ley 3/2012 (Jefatura del Estado, 2012a), puede ser útil la consulta de Nogueira Gustavino (2008, pp. 291ss.).

en estos ámbitos. Esta flexibilización debe ser puesta en conexión con la reforma del régimen legal de la inaplicación de condiciones de trabajo contenidas en convenios colectivos, operada por la ley 3/2012 (Jefatura de Estado, 2012a), a la que me referí antes, y con la promoción legal de la negociación en el ámbito de la empresa ya comentada (Olarte Encabo, 2013, pp. 498ss.). En todo caso, es esperable que, a partir de ahora, la mayor seguridad jurídica que el nuevo régimen legal otorga a estas nuevas unidades negociales redunde en favor del incremento de convenios y pactos colectivos en dichos ámbitos, de tal forma que uno de los contenidos posibles sin duda será la cuestión relacionada con la jubilación y la protección social complementaria en la materia. Sin embargo, no debemos olvidar que, como se ha señalado anteriormente, se tratará de cuestiones condicionadas por la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y, en su caso, por los posibles acuerdos colectivos de inaplicación de lo pactado en los correspondientes convenios colectivos.

De todas formas, no debe olvidarse que, paralelamente a este proceso, se ha procedido a sindicalizar las representaciones de los trabajadores en los procesos de negociación colectiva en la empresa o ámbito inferior, mediante el establecimiento de una preferencia de las secciones sindicales, en detrimento de las representaciones unitarias de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal), a la hora de afrontar dichos procesos (artículo 87.1, párrafo 2 ET)²². Esta sindicalización, en cierta medida, pretende operar como un cierto contrapeso a la promoción de la negociación colectiva en la empresa, y a los riesgos de que la negociación en este ámbito se transforme en un proceso de contratación unilateral, donde las condiciones se establezcan por la empresa.

En contraposición con este fenómeno, debe tenerse igualmente en cuenta que, desde 2010, el ET —hoy día en su artículo 41.4, párrafo 3, apartados a) y b); también en el artículo 82.3, párrafo 5 ET, que remite a aquel—, permite en las empresas o centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, normalmente por razón de su dimensión —conforme a la legislación española no existe la posibilidad de elegir representantes de los trabajadores en empresas o centros de trabajo que cuenten entre uno y cinco trabajadores, siendo opcional en el caso de que la planilla oscile entre 6 y 10 trabajadores—, el que

22 Textualmente, dicho precepto establece que «la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal». Igualmente, y por lo que respecta a los convenios dirigidos a «un grupo de trabajadores con perfil profesional específico», lo que se conoce como convenio franja —y que acostumbran a pactarse en ámbitos de empresa—, el artículo 87.1, párrafo 4 ET establece que «estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre directa y secreta».

sus trabajadores designen, bien una representación entre los propios trabajadores, bien una comisión integrada por miembros designados, a su vez, por sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, en función de la representatividad de estos últimos. Esta posibilidad, no por casualidad, se contempla en dos supuestos concretos: la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET) y la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (artículo 82 ET).

Como en algún caso se ha comentado, la reforma legislativa señalada supone la incorporación de los sindicatos más representativos a un ámbito en el que tradicionalmente tuvieron escasas posibilidades de actuación, como es el caso de las empresas sin representación (Mercader Uguina, 2010, p. 1999). Ahora bien, hay que señalar también que esta es una posibilidad que depende de la decisión de los propios trabajadores que, en ámbitos empresariales tan reducidos como los señalados, en ocasiones tendrán difícil sustraerse a la voluntad empresarial en relación con este asunto. La habilitación de este doble mecanismo manifiesta a las claras que el legislador es consciente de que la negociación directa por los propios trabajadores puede, en ciertos casos, incurrir en los riesgos de una negociación altamente condicionada por la voluntad de la empresa. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que, en última instancia, la institucionalización de la negociación colectiva en empresas sin representación legal de los trabajadores abre la puerta a posibles procesos negociadores destinados, por ejemplo, a conseguir la inaplicación de lo pactado en los convenios colectivos en materia de protección social complementaria de la jubilación.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Desde hace ya unos años, y desde distintas instancias internacionales y nacionales, se ha venido insistiendo en que el futuro de la seguridad social española pasaría por un replanteamiento de aspectos como la aportación que los interesados hacen al sistema y la prestación que reciben, por ejemplo, en caso de jubilación; la prolongación de la vida activa de los trabajadores, ante el evidente incremento de la expectativa de vida de los mismos; o un mayor desarrollo de la protección social complementaria, en cuanto pilar que habría de compensar de alguna forma las insuficiencias de la cobertura otorgada por la seguridad social en un futuro (Galiana Moreno, 2014, pp. 25ss).

Sobre algunos de estos aspectos, ya se ha actuado por vía legislativa. Así, y en relación con el primer aspecto señalado, cabe destacar la aprobación de la ley 23/2013 (Jefatura del Estado, 2013c), norma que —aunque no entrará en vigor hasta enero de 2019— sin duda marcará

el futuro de la sostenibilidad de nuestro sistema desde la perspectiva de la prestación de jubilación. También la mencionada ley 27/2011 (Jefatura del Estado, 2011b), que, entre otros aspectos, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico el objetivo de la jubilación ordinaria a los 67 años.

En cuanto a la segunda cuestión, normas como el real decreto-ley 5/2013 (Jefatura del Estado, 2013a), o la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012 – 2014 (Estrategia 55 y más) (Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011a), suponen una novedosa aportación legislativa en la materia. Igualmente, las limitaciones a la capacidad de la negociación colectiva para incidir sobre la edad de jubilación, y particularmente sobre su anticipación, o la posibilidad de pactar la jubilación —opción hoy día absolutamente prohibida por el legislador, como he señalado en páginas anteriores—, son medidas que también se han dictado con esta misma finalidad.

Sin embargo—y con independencia de la problemática que con carácter general registra la negociación colectiva en materia de jubilación, cuyos aspectos principales he expuesto anteriormente—, pienso que la gran asignatura pendiente consiste en el tratamiento legislativo de la protección social complementaria y su desarrollo. Si repara el lector, el proceso de reformas legislativas que se han aprobado en España desde 2010 en materia de seguridad Social, y particularmente por lo que respecta a la jubilación, registra una carencia muy significativa que tiene que ver con esta cuestión. Curiosamente, modificaciones legislativas como la del artículo 82.3 ET, que permite la inaplicación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, obran en contra del desarrollo y la consolidación de la protección social complementaria en nuestro país. Igualmente, resulta significativo que la modificación del régimen legal de la jubilación, en pro de la prolongación de la vida activa de los trabajadores, no se haya visto acompañada de una reforma de la LPFP, reforma que ponga en sintonía dicha norma legal con los nuevos planteamientos legislativos a favor de la prolongación de la vida activa de los trabajadores. A mediano plazo, parece razonable, y deseable, esperar un replanteamiento del régimen legal de la protección social complementaria en nuestro país que ajuste la legislación vigente a los parámetros de la nueva política de prolongación de la vida activa de los trabajadores, si bien hay que ser conscientes de que la aportación de la negociación colectiva al desarrollo de esta dimensión de la protección social será más eficaz en la medida en que el régimen legal de la autonomía colectiva solvete ciertas carencias puestas de manifiesto, como la que se refiere a la naturaleza y eficacia jurídica de sus distintas manifestaciones.

307

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

V. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cuesta, Henar (2013). La difícil pervivencia de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012. En Autores varios, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*. Murcia: Laborum.

Aradilla Marqués, María José (1994). Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la incidencia de la Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores (I). *Tribuna Social*, 47, 39-48.

Casas Baamonde, María Emilia (1977). *Autonomía colectiva y seguridad social*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda).

Congreso de los Diputados (1995). *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 134 (12 de abril de 1995).

Consejo de las Comunidades Europeas (1980). Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. 80/987/CEE.

Constitución española de 1978.

De Val Tena, Ángel Luis (2006). *La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva*. Madrid: Fundación Mapfre.

Del Rey Guanter, Salvador & Carolina Gala Durán (1996). Protección social y negociación colectiva. En Julia López López (coord.), *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad* (pp. 251-304). Madrid: Marcial Pons.

Durán López, Federico (1980). El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales. En Autores varios, *Estudios de derecho del trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón* (pp. 523-536). Madrid: Tecnos.

Elorza Guerrero, Fernando (2008). Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales. En Fernando Valdés Dal-Ré (dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva* (641-702). Madrid: La Ley.

Elorza Guerrero, Fernando (2012). La negociación colectiva: análisis de situación. En Fernando Elorza Guerrero & Francisco Javier Fernández Roca (coords.), *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada en Andalucía* (pp. 151-176). Madrid: Marcial Pons.

Escribano Gutiérrez, Juan (2002). *Flexibilidad y compromisos por pensiones: el contrato de seguro como instrumento de exteriorización*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gala Durán, Carolina (1999). *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de seguridad social*. Barcelona: Bosch.

Galiana Moreno, Jesús María (2014). Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España. En Belén García Romero y María Carmen López Anierte (coords.), *La reforma de la pensión de jubilación* (pp. 15-47). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gallardo Molla, Rosario (1991). Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva. *Relaciones Laborales*, 2, 472-487.

García Murcia, Joaquín (2007). Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68, 25-50.

García-Perrote Escartín, Ignacio (2006). La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial en homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, 131-142.

Garrido Pérez, Eva (2015). Estructura y concurrencia en la negociación colectiva. En Autores varios. *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo* (215-282). Madrid: Ediciones Cinca.

González Ortega, Santiago (2007). Las edades de jubilación. En Lourdes López Cumbre (coord.). *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique De la Villa Gil con motivo de su jubilación* (pp. 1195-1218). Madrid: Iustel.

Gorelli Hernández, Juan (2012). El proceso de reformas de la negociación colectiva en España. *Derecho PUCP*, 68, 193-224.

Jefatura del Estado (1980a). Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 64 (14 de marzo), sección I, 5799-5815. BOE-A-1980-5683.

Jefatura del Estado (1980b). Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. *Boletín Oficial de Estado*, 250 (17 de octubre), sección I, 23126-23133. BOE-A-1980-22501.

Jefatura del Estado (2001). Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. *Boletín Oficial del Estado*, 299 (14 de diciembre), sección I, 47149-47153. BOE-A-2001-23632.

Jefatura del Estado (2002). Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. *Boletín Oficial del Estado*, 167 (13 de julio), sección I, 25633-25638. BOE-A-2002-13972.

Jefatura del Estado (2005). Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. *Boletín Oficial del Estado*, 157 (2 de julio), sección I, 23634-23636. BOE-A-2005-11365.

Jefatura del Estado (2007). Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. *Boletín Oficial de Estado*, 291 (5 de diciembre), sección I, 50186-50200. BOE-A-2007-20910.

Jefatura del Estado (2010a). Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 147 (17 de junio), sección I, 51662-51699. BOE-A-2010-9542.

Jefatura del Estado (2010b). Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Boletín Oficial del Estado*, 227 (18 de septiembre), sección I, 79278-79326. BOE-A-2010-14301.

Jefatura del Estado (2011a). Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. *Boletín Oficial del Estado*, 139 (11 de junio de 2011), sección I, 60070-60087. BOE-A-2011-10131.

Jefatura del Estado (2011b). Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 184 (2 de agosto de 2011), sección I, 87495-87544. BOE-A-2011-13242.

Jefatura del Estado (2012a). Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *Boletín Oficial del Estado*, 162 (7 de julio de 2012), sección I, 49113-49191. BOE-A-2012-9110.

Jefatura del Estado (2012b). Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. *Boletín Oficial del Estado*, 168 (14 de julio de 2012), sección I, 50428-50518. BOE-A-2012-9364.

Jefatura del Estado (2013a). Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. *Boletín Oficial del Estado*, 65 (16 de marzo de 2013), sección I, 21441-21474. BOE-A-2013-2874.

Jefatura del Estado (2013b). Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 305 (21 de diciembre), sección I, 103148-103162. BOE-A-2013-13426.

Jefatura del Estado (2013c). Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 309 (26 de diciembre), sección I, 105137- 105144. BOE-A-2013-13617

López Cumbre, Lourdes (1998). *La prejubilación*. Madrid: Civitas.

Martín Valverde, Antonio (1970). *Las mejoras voluntarias de seguridad social*. Sevilla: Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla).

Mella Méndez, Lourdes (2002). *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Valladolid: Lex Nova.

Mercader Uguina, Jesús R. (2010). Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010. En Ignacio García Perrote y Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo* (pp. 187-209). Valladolid: Lex Nova.

Mercader Uguina, Jesús R. (2012). La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012. En Ignacio García Perrote y Jesús R. Mercader Uguina (dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (pp. 419-455). Valladolid: Lex Nova.

311

Mercader Uguina, Jesús R. (2013). La estructura y articulación de la negociación colectiva. En Margarita Ramos Quintana (dir.). *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España* (45-79). Albacete: Bomarzo.

Ministerio de Economía (2002). Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. *Boletín Oficial del Estado*, 298 (31 de diciembre), sección I, 43361- 43383. BOE-A-2002-24252.

Ministerio de Economía y Hacienda (1999). Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios. *Boletín Oficial del Estado*, 257 (27 de octubre), sección I, 37507-37521. BOE-A-1999-20936.

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (2014). Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. *Boletín Oficial del Estado*, 181 (26 de julio de 2014), sección I, 59692-59696. BOE-A-2014-7969.

Ministerio de Trabajo e Inmigración (2011a). Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más). *Boletín Oficial del Estado*, 283 (24 de noviembre), sección III, 125319-125334. BOE-A-2011-18500.

Ministerio de Trabajo e Inmigración (2011b). Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 282 (23 de noviembre de 2011), sección I, 123882- 123890. BOE-A-2011-18401.

Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (1994). Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 154 (29 de junio), sección I, 20658-20708. BOE-A-1994-14960.

Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. (1995). Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 75 (29 de marzo), sección I, 9654-9688. BOE-A-1995-7730.

Moreno de Vega y Lomo, Fernando (2015). Las mejoras de acción sindical y el convenio colectivo estatutario: fundamento y novedades en el renovado marco estructural de la negociación colectiva. En Autores varios. *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*. Madrid: Cinca.

Nogueira Guastavino, Magdalena (2008). Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores». En Fernando Valdés

LEY Y
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑALAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

Dal-Ré (dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva* (pp. 289-336). Madrid: La Ley.

Olarte Encabo, Sofía (2013). Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo. *Temas Laborales*, 120, 483-508.

Rodríguez-Sañudo, Fermín (2012). Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 100, pp. 165-192.

Romero Burillo, Ana María (1999). La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre. En Autores varios, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas* (pp. 279-296). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sala Franco, Tomás (2012). La revisión del modelo legal de negociación colectiva. En José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida (dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Suárez Corujo, Borja (2003). *Los planes de pensiones del sistema empleo. Principios ordenadores*. Valladolid: Lex Nova.

Tribunal Constitucional (1987a). Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 88, 222, 548, 549, 782, 1.026, 1.050, 1.135 y 1.223 de 1986 y 344 y 555, ambas de 1987. Sentencia número 129/1987, de 16 de julio. *Boletín Oficial del Estado*, 191 (11 de agosto de 1987), suplemento del tribunal constitucional, 18-21. BOE-T-1987-18629.

Tribunal Constitucional (1987b). Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 494, 545, 561, 570, 807 y 808/85. Sentencia número 134/1987, de 21 de julio. *Boletín Oficial del Estado*, 191, del 11 de agosto de 1987, suplemento del tribunal constitucional, 30- 35. BOE-T-1987-18634.

Tribunal Constitucional (1988). Sentencia 208/1988, de 10 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 255/1985. *Boletín Oficial del Estado*, 297 (12 de diciembre de 1988), suplemento del Tribunal Constitucional, 14-17. BOE-T-1988-28367.

Tribunal Constitucional (1990). Pleno. Sentencia 97/1990, de 24 de mayo. Cuestiones de inconstitucionalidad 651/1985 y 1.314/1987 (acumuladas). *Boletín Oficial del Estado*, 147 (20 de junio de 1990), suplemento del Tribunal Constitucional, 36-40. BOE-T-1990-14324.

Tribunal Constitucional (1997). Pleno. Sentencia 206/1997, de 27 de noviembre de 1997. *Boletín Oficial del Estado*, 312 (30 de diciembre de 1997), suplemento del Tribunal Constitucional, 40- 64. BOE-T-1997-27976

Tribunal Constitucional (2015). Pleno. Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. *Boletín Oficial del Estado*, 47 (24 de febrero de 2015), suplemento del Tribunal Constitucional, 98-163. BOE-A-2015-1896.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social (2005). Recurso de suplicación 1849/2005. Resolución 290/2005. 5 de mayo de 2005.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Madrid) (2004). Recurso 128/2003. STS 3773/2004. Sentencia. 1 de junio de 2004.

Tribunal Supremo. Sala de lo social (Madrid) (3). Recurso 98/2002. STS 6285/2003. Sentencia. 14 de octubre de 2003.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2013). *¿Hacia dónde va la negociación colectiva?* En: Autores varios, *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés* (pp. 521-529). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2014). Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013). *Relaciones Laborales*, 7-8, pp. 1-13 .

Valdés de la Vega, Berta (1999). *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vida Soria, José (2006). La garantía pública de un régimen de seguridad social. En Casas Baamonde, María Emilia & otros (coords.). *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid: La Ley, 2006.

Recibido: 11/08/2015
Aprobado: 02/10/2015

313

LEY
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA SOBRE
JUBILACIÓN EN
ESPAÑA

LAW AND
COLLECTIVE
BARGAINING ON
RETIREMENT IN
SPAIN

INTERDISCIPLINARIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Las víctimas en el sistema procesal penal reformado

The victims within the reformed criminal justice system

LUIS PÁSARA PAZOS*

Resumen: El presente artículo analiza la incidencia negativa de las reformas llevadas a cabo en los sistemas penales de América Latina, tanto en relación a quien sufre un delito, como respecto a quien es acusado de haberlo cometido. Sustentado en información empírica, el autor advierte cómo las novedades del proceso penal reformado (por ejemplo, el procedimiento abreviado o el rol activo a desempeñar por los fiscales), al inscribirse en una cultura jurídica autoritaria, devienen en la práctica en formas contrarias a su diseño ideal.

Palabras clave: Reforma procesal penal – sociología del derecho – víctima – Ministerio Público – medios de comunicación – prisión preventiva – procedimiento abreviado

Abstract: This article analyzes the negative impact of the reforms within the criminal systems in Latin America, both for those who suffer a crime, and those who are accused of having committed such crime. Supported by empirical data, the author warns how the innovations of the reformed criminal proceedings (for example, the simplified court proceeding or the active role played by prosecutors), by enrolling into an authoritative legal culture, become in practice contrary to their likely design.

Key words: Criminal justice reform – sociology of law – victim – Public Prosecutor – Media – arrested in custody – simplified court proceeding

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA VÍCTIMA EN EL SENTIDO CLÁSICO.– III. EL PROCESADO COMO VÍCTIMA DEL SISTEMA PENAL.– IV. OTRAS VÍCTIMAS DEL SISTEMA PENAL.– V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema penal no solo recibe víctimas; también las produce. De allí que se intente ir más allá de lo que técnicamente se denomina víctima—esto es, quien sufre la comisión de un delito— para identificar a los otros sujetos que el sistema penal abarca y que lo sufren, en ocasiones, a un costo personal que es mayor que el que soporta quien fue afectado por el delito.

* *Senior Fellow* de Due Process of Law Foundation y miembro de FLACSO-España. Trabajo presentado en las III Jornadas de juicios orales, organizadas por la Universidad Nacional Autónoma de México en mayo de 2015. Correo electrónico: lpasara@dplf.org

II. LA VÍCTIMA EN EL SENTIDO CLÁSICO

Empecemos por la víctima en el sentido clásico. En el proceso de tipo inquisitivo, dicha víctima tenía reservado un papel casi marginal —excepto, claro está, en el caso de aquellos delitos susceptibles de ser perseguidos solo a instancia de parte—, consistente en la presentación de la denuncia, la rendición de su testimonio y la posibilidad de reclamar una compensación económica.

Este encuadramiento de la víctima correspondió a una concepción del derecho penal que tiende a desvanecerse en la medida en que la reforma del proceso penal ha ido ganando carta de ciudadanía en las dos últimas décadas. Según aquella concepción que ahora aparece normativamente derrotada, la persecución penal debía ser, casi enteramente, responsabilidad del Estado. La elaboración doctrinaria de respaldo sostenía que, al cometerse un delito, la principal parte ofendida era la sociedad, debido a que el delincuente atentaba contra un bien jurídicamente protegido mediante un mandato legal. Desde que determinado hecho era subsumido en un tipo penal, la sociedad resultaba agravada por su transgresión y el Estado, como representante legal de la sociedad, quedaba obligado a perseguir y sancionar la infracción. Como bien ha explicado el profesor Alberto Binder, el paradigma existente concebía el delito como una infracción de la obediencia debida al orden legalmente impuesto, que debía ser saldada mediante una sanción. La doctrina presentaba este enfoque como la superación de aquella fase histórica en la que las propias víctimas tenían el protagonismo, descalificándola como «venganza privada».

En cambio, en el discurso de la reforma procesal penal que se conoce como «adversarial», la víctima es presentada como un protagonista del proceso y esta es una de las novedades del proceso reformado. Dado que no soy penalista, renuncio a la vía exegética, en la que se puede detallar todas las consecuencias normativas de este cambio, esto es, las facultades otorgadas a la víctima en los códigos procesales reformados. Admito que no tengo capacidad suficiente ni un interés preferente en la discusión sobre este giro adoptado por el derecho penal, que recorta —cuando menos en los textos legales y doctrinarios— el protagonismo estatal y acrecienta el papel de la víctima. Lo que me interesa como sociólogo del derecho —esto es, alguien que mira al derecho desde fuera de ese mundo cerrado y en clave propia que los juristas han construido y en el que se mueven satisfechos— es indagar cuáles son las modificaciones que de hecho se han producido en la condición de víctima, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal reformado.

En rigor, no se cuenta con suficiente información para ensayar una respuesta completa. Pero existen algunas evidencias que conducen a la impresión de que la reforma procesal penal ha puesto de

manifiesto la doble victimización de quien sufre un delito. Si la primera es la comisión misma del acto delictivo, la segunda consiste en que nadie hace nada frente a ese hecho. Desde luego, esto es algo que ha ocurrido siempre porque es imposible perseguir todo delito cometido y cualquier sistema de persecución, que tiene determinados recursos, debe discriminar —en el sentido no malicioso del término—. Es decir, tiene que distinguir entre algunos asuntos a los que sí prestará atención y dedicará personal y otros medios, y aquellos otros de los que, en definitiva, no se ocupará.

En el sistema penal anterior, la prescripción era la forma, silenciosa, de poner fin a un caso al que no se había dedicado atención. Como, además, la estadística era muy deficiente, no hay manera cierta de determinar a cuántos casos se reservaba, como único gesto procesal, declararlos prescritos. La reforma procesal penal sí ha revelado la magnitud de la desatención actual. Según la información disponible para los casos de Chile, Perú y Costa Rica, los casos que no reciben atención alguna del sistema equivalen a dos tercios del total de casos denunciados (Pásara, 2013). Téngase presente que la proporción ha sido calculada sobre los delitos que fueron objeto de denuncia, esto es, no sobre los delitos que fueron cometidos. Como sabemos, las encuestas de victimización revelan que en América Latina existe una diferencia importante entre los delitos que se sufren y aquellos que se denuncian; y en algunos países, como México, la distancia entre unos y otros es enorme.

Aun así, una clara mayoría de los casos que sí son denunciados no conducen a nada en el sistema. Y en la víctima, claro está, llevan a una segunda victimización marcada por la frustración. En Chile, el Ministerio Público tiene un *call center* que informa telefónicamente al denunciante de que se ha decidido archivar su caso para que ejerza los derechos que correspondan. Esto último es facultativo; esto es, la víctima puede recurrir tal decisión, si aun después de esa derrota le quedan energías para seguir luchando en el sistema o, más bien, contra él. Pero es fácil de imaginar la reacción anímica de la víctima que se entera de que nadie hará nada con su caso. En el trabajo de campo que realicé en Chile hace algunos años (Pásara, 2009), un oficial de policía admitió que ellos mismos desaconsejan a las víctimas denunciar en aquellos casos en los que es previsible que el resultado será el archivamiento. Denunciar, cuando el caso solo incrementará una estadística, es un gesto inútil.

Entre las razones para archivar o descartar casos se halla, por supuesto, la anotada limitación de los recursos disponibles en el sistema penal. Por importante que sea el presupuesto disponible a policías, fiscales y jueces, los montos tienen límites y dentro de ellos, como se ha indicado, no puede procesarse todas las denuncias recibidas. La claridad de la

319

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADOTHE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM

explicación no elimina el problema para la víctima, que se acrecienta cuando se conoce, primero, que no hay supervisión efectiva sobre qué es lo que se archiva y, segundo, que los criterios para descartar casos son imprecisos y cambiantes. Esto es, que los ministerios públicos de la región no cuentan con políticas de persecución formalizadas y públicas, de cuyo conocimiento se desprenda qué es lo que será materia de acción efectiva y qué no lo será.

Estamos ante una de las grandes promesas incumplidas de la reforma procesal penal, la cual, en su discurso de justificación, sostuvo precisamente que, al traspasar la actividad investigadora a los ministerios públicos, la acción de estos se concentraría en los delitos de mayor daño social. El enunciado quedó allí y no existen directivas o instructivos que guíen al fiscal encargado de un caso, mediante criterios específicos, acerca de si debe darle atención o no.

La gravedad de esta ausencia es mayor, si cabe, ante un cuadro social en el que crece el crimen organizado y sus múltiples objetos —desde la trata de personas y el tráfico de drogas hasta el robo de celulares para abastecer un enorme mercado «informal»— hasta alcanzar proporciones devastadoras de la vida en sociedad. Más allá de los solemnes discursos, los ministerios públicos no han desarrollado políticas y protocolos de actuación destinados a diferenciar este tipo de acción delictiva —que impacta sobre el conjunto de la sociedad— del que corresponde al delito ocasional, en el que debe atenderse a la desembocadura de un conflicto circunstancial entre sujetos.

En ausencia de políticas persecutorias precisas, para la actuación del Ministerio Público está el sentido común, que, por ejemplo, aconseja no archivar sin trámite un homicidio, dada su importancia. Y, más que el sentido común, la astucia es la consejera de los fiscales cuando, en los hechos, dedican su atención a aquellos casos en los cuales se puede obtener resultados más fácilmente. Este es un territorio en el que la fragancia brilla al tiempo que los delitos complejos tienden a ser postergados o, simplemente, ignorados. Si el funcionario persigue resultados estadísticamente significativos —que en el momento de los ascensos serán apreciados—, la picardía, sumada al sentido común, lo lleva a trabajar en los casos que puedan producir condenas. Allí tenemos un sesgo que va en perjuicio de la víctima cuyo caso no queda favorecido por la fragancia o la facilidad en la probable obtención de un resultado condenatorio.

Sean aceptables o discutibles los resultados producidos por el sentido común, la astucia y las prácticas burocráticas, lo importante es que actualmente los criterios de persecución son los que adopte el fiscal que reciba el caso o los que le imponga el jefe de la unidad en la que trabaja. Esto hace que —no solo para archivar o perseguir, sino también

para solicitar o no prisión preventiva, primero, y determinada pena, después— la suerte de sindicado y víctima dependa de quién conozca su caso. Y esto se debe a que en nuestros sistemas penales no hay políticas de persecución efectivamente vigentes.

Un corolario de esa situación del sistema penal es que, para mayor desconcierto o indignación de la víctima, de hecho se persigue y se sanciona de manera claramente desigual. En el estudio que pude realizar en Chile y que ya he citado (Pásara, 2009), accedí a un dato oficial que el Ministerio Público daba a conocer en sus informes periódicos y que, luego de ser analizado en el informe de investigación que publiqué, a partir de 2008 dejó de ser público. El dato corresponde al porcentaje de casos que eran llevados a la vía judicial, según tipo delictivo. Como era de esperarse, 80,9% de los homicidios pasaban al juez, pero solo 29,8% de los delitos sexuales merecían ese tratamiento; y mientras 57,9% de las infracciones de la ley de drogas eran en definitiva conocidas por los jueces, a solo 34,5% de los delitos cometidos por funcionarios públicos les estaba reservada esa vía. Estos datos, para los que no he vuelto a encontrar cifras homologables en otro país de la región, revelan la consecuencia de la potestad entregada en manos de los fiscales: la arbitrariedad.

Del hecho de que, al iniciar el trato dado a un caso, aparezca la discriminación, ahora sí en el sentido malicioso, surge un daño adicional a la víctima. Si se trata de una violación sexual, la posibilidad de que con el caso «se haga justicia» es bastante menor que si se trata de la venta de cocaína al menudeo, por ejemplo. Suponiendo que no haya alguna explicación turbia para esa diferencia, puede interpretarse que en el segundo caso basta la flagrancia mientras que en el primero resulta necesaria una investigación que habrá de recurrir a análisis de laboratorio y otras pruebas. Pero qué es esta explicación para la mujer violada. Nada, excepto la prueba de que el sistema la ha hecho víctima nuevamente.

Desde la doctrina se ha generado una noción que contribuye a la impunidad en la sociedad y a la frustración en las víctimas. Es el concepto de «delito de bagatela», que ha servido para disfrazar la comisión repetitiva de delitos de monto menor que, en conjunto, se integran a redes del crimen organizado. Los robos en tiendas de alimentos y de ropa, los de teléfonos celulares y los de bicicletas, para mencionar algunos ejemplos, a menudo no son actos aislados ni se hallan impulsados por el estado de necesidad. Los antecedentes que obran en los expedientes personales revelan que hay personas establemente dedicadas a estos robos, cuyos productos van a integrar la oferta de mercados secundarios que manejan redes delictivas. El ya citado trabajo sobre la actuación del Ministerio Público chileno

321

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADOTHE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM

demonstró que los fiscales, incluso cuando conocían los antecedentes del sindicado¹, se basaban en la cuantía menor del delito para solicitar una medida alternativa a la de prisión (Pásara, 2009). Con esta actuación, reforzaban impunidad e inseguridad, basados en una errónea concepción del fenómeno como «delito de bagatela», que al ser utilizada de este modo pernicioso producía el beneficio burocrático de «cerrar el caso» y engrosar la cifra estadística aparentemente positiva del trabajo del funcionario.

En suma, la víctima del delito es también víctima cuando comparece ante el sistema penal. En primer lugar, estadísticamente, la probabilidad más alta es que no se haga nada con su denuncia². En segundo lugar, que se haga algo o no depende en cierta medida del azar, corporizado en el fiscal que conozca el caso; en rigor, depende de su voluntad de perseguir aquello que es más dañoso socialmente y de trabajar todo lo que sea necesario para lograrlo.

III. EL PROCESADO COMO VÍCTIMA DEL SISTEMA PENAL

En seguida toca detenerse en el procesado para considerarlo como víctima del sistema penal. Quizá resulte algo chocante proponer esta mirada porque nos ocurre que, si bien los textos legales establecen la presunción de inocencia como garantía del proceso penal, lo que existe socialmente es una presunción de culpabilidad. Así, a quien la policía presenta y los diarios publicitan como responsable —o «presunto responsable», que es la fórmula acuñada para evitar una demanda— le adjudicamos el delito sin esperar mucho. Por cierto, lo hacemos sin esperar la condena que, en teoría, puede tomarse como resultado de un proceso de investigación y un juicio en el que se ha demostrado la responsabilidad del acusado. En teoría solamente, porque el análisis cuidadoso de expedientes judiciales revela que las condenas son, con excesiva frecuencia, fruto de rutinas, negligencias y descuidos que prevalecen en esa fábrica de producción de culpables que es el sistema penal.

En nada de eso se repara: tan pronto la televisión y, luego, los diarios efectúan el señalamiento, apoyándose en fuentes policiales, aceptamos

1 Un criterio del derecho penal que se tambalea frente al crimen organizado —y el delincuente que de manera estable toma parte en él— es aquel que proclama que el objeto del proceso no es el sujeto, sino el acto que cometió, que en estos casos usualmente es solo el último de una serie. La magnitud del fenómeno de redes criminales que se padece actualmente debería llevar a una reconsideración cuidadosa de este criterio.

2 Si bien el archivamiento de los casos por el Ministerio Público requiere estar sujeto a procedimientos de supervisión y evaluación que hoy no existen y que deberían comprobar si lo que se archiva merece o no esa «salida», la limitación de recursos destinados a perseguir el delito sigue siendo una realidad. En consecuencia, este problema lleva a situar efectivamente el derecho penal como última *ratio*, lo que hace indispensable establecer o fortalecer otros lugares y espacios para la gestión de la conflictividad social que no puede, ni debe, ser objeto de atención de las instituciones penales.

que la persona es responsable. Nuestra pobre conciencia jurídica identifica sindicado con culpable, como resultado de una tradición autoritaria: si quien ejerce el poder dice que somos culpables, lo somos. De allí que la propuesta de mirar al sindicado como víctima sea nadar a contracorriente.

El sindicado que no tiene los recursos para enfrentar al sistema penal es convertido por este en víctima. Los recursos necesarios en este difícil trance son de varios tipos: culturales, sociales y económicos. Más que necesarios, son recursos indispensables para no ser derrotado en un proceso penal. Los recursos culturales permiten entender dónde estamos y, por lo menos borrosamente, cuáles son nuestros derechos. Los recursos sociales nos habilitan para recurrir a quienes, en estas circunstancias, pueden ayudarnos, empleando para ello buenas o malas artes. Los recursos económicos, claves por cierto, nos facultan a lo que en nuestras sociedades desiguales es casi un privilegio: contar con el apoyo de un buen abogado, que no solo conozca el derecho, sino que sepa cómo manejarse en los laberínticos recovecos del sistema penal.

Disponer de esta constelación de recursos otorga seguridad personal. Es decir, si podemos comprender nuestra situación, sabemos a quién podemos acudir —en conocimiento de que nos echará una mano—. Si nuestros ingresos permiten contratar a un abogado «de los buenos», podemos tener la tranquilidad y el aplomo que vemos en los procesados de los estratos más altos, incluso cuando son efectivamente culpables.

Pero no estamos refiriéndonos a ellos, que son muy pocos y se hallan muy distantes del procesado típico. El análisis de los resultados de una encuesta aplicada a los internos en penales mexicanos hace algo más de una década concluyó que: «La proporción de internos recluidos por delitos graves es muy baja mientras que existen evidencias de que este tipo de delincuentes logra con mayor frecuencia eludir las sanciones penales», y en seguida explicó: «En los penales no habitan en general los delincuentes más peligrosos sino los más pobres» (Bergman, coord., 2003, p. 11). A algo similar se arribó en 2012, cuando una nueva encuesta, aplicada en ocho centros penales federales, permitió trazar el perfil de los internos (Pérez Correa & Azaola, 2013).

De manera similar, un reciente estudio empírico sobre condenados en Perú indica que estos «se vieron afectados por condicionantes socioeconómicas y sociales bastante más adversas que la población peruana en general». Sin embargo, al efectuar una comparación con datos provenientes de otros países de la región, se comprueba que esas «condicionantes» son aun mayores en los otros casos nacionales (Costa & Romero, 2014, p. 14). De este modo, por lo menos en América Latina, el condenado tipo tiene ciertas características sociales que lo distinguen.

323

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADOTHE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM

Podría decirse que nacer en los estratos sociales más bajos es casi una condición para ser condenado.

Aunque los datos lo certifican, en rigor no es una novedad que los procesados provienen mayoritariamente de los sectores pobres de la población, que su nivel educativo no es alto y que, cuando no se hallaban en desempleo en el momento de ser sindicados, tenían una condición laboral precaria o inestable. Pertenecen a esa franja de población que el profesor Sergio García Ramírez ha llamado «sectores vulnerables» que, según ha precisado, en nuestros países son mayoritarios. Es esa precisamente la razón por la que el procesado típico no cuenta con los recursos necesarios para salir airoso del proceso penal, sea el tradicional o el reformado. Esta afirmación corresponde, desde luego, a una visión menos legalista y más realista, en la cual la responsabilidad efectiva del sindicado es solo uno entre otros factores que pesan en el curso y el desenlace del proceso penal.

Nótese que no se ha hecho referencia alguna a la corrupción, pese a que la capacidad para corromper a los actores del sistema penal es un recurso formidable. No obstante, se prefiere dejar fuera este factor debido a que, siendo difícil de probar, paradójicamente se ha convertido en un recurso retórico fácil contra el sistema de justicia en general y contra el sistema penal en particular. Pese a su gravitación, dejemos aparte esta variable.

El procesado típico es un hombre —más frecuentemente que una mujer—, adulto joven o maduro —es mayor muy infrecuentemente— cuya condición personal le hace muy difícil tanto comprender cabalmente la situación que enfrenta como buscar los apoyos que requeriría para salir bien librado de este trance. Es alguien que está debidamente condicionado para ser víctima del sistema penal.

El primer peso que probablemente soporte es ser encarcelado. Es difícil describir la realidad carcelaria de nuestros países sin incurrir en tonos dramáticos. Ingresar a prisión en América Latina es ya cumplir una pena: significa sufrir vejámenes y humillaciones, quedar expuesto a contraer enfermedades y, en términos generales, estar sujeto a un proceso de degradación que resiste cualquier descripción.

Esa realidad hace especialmente dramático el funcionamiento de la prisión preventiva, medida cautelar que en los instrumentos del derecho internacional se prevé como una disposición excepcional, destinada a evitar los riesgos procesales, esto es, una posible fuga del sindicado o la probable alteración de pruebas si quedase en libertad. En la mayoría de países de la región, las cosas no funcionan de ese modo. Lo que ocurre rutinariamente en América Latina es que el fiscal y el juez intervinientes en el caso prefiguran la responsabilidad del procesado, apenas iniciado el proceso, y adoptan la prisión preventiva en todos aquellos casos en

los que el delito revista determinada importancia —según la pena que pudiere corresponderle— y la responsabilidad parezca probable (Due Process of Law Foundation, 2013).

Esa dinámica conoce excepciones vinculadas estrechamente a los recursos antes mencionados. Esto es, los delitos «presuntamente cometidos» por sujetos de un nivel social alto no están sujetos a la misma articulación. Alguna intervención oportuna hará que el caso sea visto con atención y en el supuesto hipotético de que el Ministerio Público solicitase la prisión preventiva, el juez, probablemente en atención a los argumentos que le alcanzará el prestigioso abogado que ejerza el patrocinio, dispondrá una medida alternativa a la de prisión. Las decisiones sobre prisión preventiva constituyen uno de los lugares privilegiados en el proceso penal para observar cómo operan en este las diversas formas de discriminación.

Como resultado de prácticas burocráticas y hábitos discriminatorios que se hallan al margen de la ley, decenas de miles de personas se hallan en prisión preventiva en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no³. La policía señala al detenido; los medios de comunicación producen una suerte de juicio instantáneo en el que se le declara culpable en un par de noticieros de televisión y varios periódicos; el fiscal pide la prisión preventiva y el juez la otorga, en procura de quedar ambos a salvo de cualquier señalamiento. Porque si el juez no la otorga, políticos y autoridades judiciales se rasgan las vestiduras; los medios denuncian al juez e insinúan que hay corrupción de por medio; y los ciudadanos creen que la decisión judicial prueba una-vez-más que la justicia no funciona. Intereses políticos en unos, afanes de protagonismo y búsqueda de legitimación social en otros, competencia desesperada por audiencia y lectoría en los medios, y cultura jurídica autoritaria en los ciudadanos se dan la mano para trazar este paisaje que vemos repetido una y otra vez.

Si al cabo de cierto tiempo el «presunto responsable» es absuelto, a nadie le importa, los medios de comunicación no dirán una palabra al respecto —ocupados como habrán de estar en «juzgar» a otro sindicado— y el ciudadano medio, si llega a enterarse, se ratificará en su creencia en la mano dura, al tiempo de admitir sin dificultad que algún inocente debe sufrir junto a los muchos pecadores. Y, por cierto, ni el fiscal que pidió la prisión preventiva en este caso ni el juez que la decretó sufrirán ni siquiera una amonestación.

3 Puede que la prisión preventiva impuesta prefigure la condena. De las entrevistas a jueces realizadas en algunos países, surge la hipótesis de que ciertos juzgadores, tratándose de aquellos casos donde sería procedente absolver en razón de la prueba insuficiente o el principio *in dubio pro reo*, tienden a condenar a una pena equivalente a la carcelería sufrida, con el maligno objetivo de no desmentir al sistema.

La situación real de la prisión preventiva es aún más gravosa para la víctima que es el sindicado cuando, como en el caso mexicano, la Constitución y la ley impiden que el juez ejerza su independencia de criterio en los casos concretos que conoce, imponiéndole la obligatoriedad de dictar esa medida en determinadas circunstancias que han sido dispuestas en el artículo 19 constitucional. Tal régimen abre tres vías por las que se configura un régimen normativo de prisión preventiva que puede ser considerado como extenso y, sin duda, bastante distante de ser excepcional. La primera de esas vías es el amplio listado de delitos que la Constitución ha incorporado con el propósito de obligar al juez a dictar prisión preventiva. La segunda vía es la calificación legal, que efectúe el legislador, de delitos «en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud», que forzará al juez en su momento a dictar la prisión preventiva. La tercera vía se abre con ocasión de la solicitud que al respecto puede hacer el fiscal invocando «la protección de la comunidad», y que el juez debe calificar.

La enumeración taxativa de delitos respecto de los cuales el texto constitucional impone al juez la obligación de dictar prisión preventiva y la admisión de diversas causales para, asimismo, ordenar esta medida cautelar, distan del objeto que se asigna a la misma en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según la síntesis formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): «La prisión preventiva solo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que este interfiera con el desarrollo apropiado del proceso» (2013, párrafo 25). La Constitución mexicana, pese al reconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos que contiene en su artículo 1⁴, ha optado por un régimen preceptivo de prisión preventiva que desvirtúa esta institución. El resultado obvio es que en México hay más víctimas de la prisión preventiva que en otros países⁵ donde, pese a las muchas interferencias existentes, en definitiva el juez mantiene independencia, cuando menos en el terreno normativo, para apreciar la necesidad y oportunidad de aplicar una medida cautelar u otra.

Más allá de los diversos modos en los que legislación y prácticas desvirtúan la prisión preventiva en perjuicio de auténticas víctimas del sistema penal, tiene importancia detenerse en otra forma de victimización del encausado, la cual ha sido formalizada por la reforma procesal penal mediante el mecanismo del procedimiento abreviado. Esta es una de las vías previstas en el sistema reformado para producir

4 «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

5 En enero de 2012, según información oficial, 43,5% de la población penal correspondía a la calidad de procesados (Pérez Correa & Azaola, 2013, p. 12).

respuestas rápidas, uno de los objetivos del cambio introducido en el proceso que no siempre conduce a soluciones de calidad.

Se está ante un buen ejemplo de cómo una figura diseñada legalmente para cumplir determinado objetivo, en los hechos, cobra una significación distinta. El procedimiento abreviado es una forma de evitar el juicio oral que procede cuando el procesado acepta su responsabilidad sobre el delito y, en consecuencia, parece bastante razonable no prolongar el caso a través de un juzgamiento largo y costoso. En algunos países que han adoptado la reforma, el procedimiento abreviado es la manera mediante la cual se logra un apreciable número de casos sentenciados; desde luego, en todos ellos hay condena, dado que el acusado ha aceptado su responsabilidad.

En los hechos, se llega a esta desembocadura a través de una negociación entre defensa y acusación, de modo que la aceptación de responsabilidad vaya de la mano con unos términos de acusación de los que resulte una sanción menor a la que hipotéticamente podría derivarse de un juicio oral. El fiscal esgrime la posibilidad de seguir el procedimiento ordinario y condenar severamente al procesado; no obstante, cuando sabe que encontrará dificultades probatorias, está dispuesto a plantear una sanción menor, no tanto por economía procesal como por ahorrarse la tarea de probar la acusación. La defensa conoce las dificultades que enfrenta el fiscal y ofrece la aceptación de la responsabilidad a cambio de solo reparar el daño o de rebajar al mínimo la pena, suspendiendo su ejecución u obteniendo una pena no privativa de la libertad, como una multa, por ejemplo, que en los hechos es bastante menor que la sanción que hipotéticamente hubiera correspondido de haberse realizado un juicio oral.

En medio de esos dos protagonistas, que discuten la decisión, se halla nuestra víctima, que apenas entiende la situación y no tiene más remedio que confiar en su abogado. Este, quien, como el fiscal, busca cerrar el caso lo más pronto posible, recomienda con frecuencia aceptar la responsabilidad a cambio de una condena benigna. Si nuestra víctima no es verdaderamente responsable del delito que se le imputa, se enfrenta al dilema: no acepta el acuerdo de fiscal y defensor, y se arriesga a ir a un juicio oral que su defensor le desaconseja, o lo acepta, y permanecerá en prisión un lapso corto o pagará una multa. En pocas ocasiones, nuestra víctima es advertido de que, como ocurre en muchos países, la condena se convierte en un antecedente que lo perseguirá el resto de su vida, cuando postule a un trabajo, quiera obtener un crédito o emprenda cualquier otra gestión que le requiera demostrar que se puede confiar en él.

En este punto resulta preciso asomarse a la calidad del desempeño profesional en la defensa de los acusados en un proceso penal.

327

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADOTHE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM

Se cuenta para ello con alguna evidencia empírica, proveniente de encuestas realizadas a condenados. En el caso mexicano, un equipo del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) encuestó en 2002 a 1643 internos en penales alojados en tres entidades federativas. Las respuestas obtenidas indicaron que 65% de los encuestados consideraban que sus abogados «no hicieron nada para defenderlos» en las agencias del Ministerio Público; el porcentaje descendió apenas (53%) en referencia a la fase ante los juzgados: «más de la mitad no asesoraba a sus representados antes de las audiencias (60%), como tampoco les explicaba lo que en ellas sucedía (52%)». En suma, «46% de los sentenciados estimaron que no se sintieron nada defendidos por su(s) abogado(s)» (Bergman, coord., 2003, pp. 48-49).

Casi diez años después, cuando la reforma procesal penal empezaba a entrar en vigencia, la encuesta realizada en 2012 por el CIDE entre población interna en ocho centros penitenciarios federales encontró que el panorama del patrocinio profesional no había cambiado y concluyó que «el derecho a una defensa adecuada no se cumple ni en forma ni en fondo». Los datos recogidos indicaron que

[...] de quienes tuvieron abogado en la agencia del Ministerio Público, 58,3% dijo que su abogado no había intervenido al momento de rendir la declaración. [...] Poco más de la mitad de los encuestados (51,1%) señaló que ninguno de los abogados que tuvo le aconsejaba antes de las audiencias; 39% indicó que ninguno de sus abogados le explicaba los resultados del proceso y 44% dijo que no le explicaban qué sucedía durante las audiencias [...] 77,8% de las personas no pudo preparar una defensa con su abogado(a) antes de ser formalmente acusado ante la autoridad jurisdiccional [...] 61,5% del total de encuestados dijo que se sintió «nada» o «muy poco» defendido por sus abogados durante el juicio».

Finalmente, 34,1% de los encuestados calificaron la actuación de sus abogados como «muy mala» (Pérez Correa & Azaola, 2013, pp. 9, 68, 71, 72 y 74).

En el caso peruano, en una investigación realizada en Lima hace unos años, se preguntó a una muestra de un centenar de condenados acerca de la comunicación con su abogado. Los resultados aparecen en el siguiente cuadro:

Comunicación entre el procesado que fue condenado y su abogado (%)

El abogado que usted tenía...	Sí, siempre	Sí, algunas veces	No, casi nunca	Nunca
¿le explicaba en qué consistían los pasos del proceso?	33	10	6	51
¿lo/a mantenía informado/a acerca del trámite?	30	12	13	45
	Sí	No	Más o menos	
En la comunicación con usted, ¿se interesó por conocer la verdad de los hechos?	51	38	11	

Fuente: Pásara, 2010, p. 313.

329

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADO

THE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM

Esta es la calidad de la defensa penal realmente existente y cuyos términos de ejercicio concurren a la producción de nuevas víctimas en el sistema. En casi todos los ordenamientos legales en los que se ha incorporado la reforma, en el procedimiento abreviado el acuerdo entre acusación y defensa se presenta concluido al juez que opera como una suerte de notario para verificar la legalidad formal de lo actuado y ratificar la pena acordada por las partes. Cierta número de inocentes —imposible de cuantificar por algún método confiable— resulta así criminalizado mediante el procedimiento abreviado, que los abanderados del sistema adversarial no vacilan en considerar como una solución de calidad.

Nada de esto es nuevo ni era ignorado cuando se adoptó la reforma procesal penal. No solo los estudiosos del sistema penal estadounidense lo habían hecho notar (entre muchos otros: Stuntz, 2011, p. 82), sino que hasta películas y series de televisión han mostrado hasta la saciedad que el proceso adversarial conduce a negociaciones y acuerdos para los que se induce la admisión de responsabilidad. Estas prácticas, que fueron trasplantadas a nuestros países por la reforma procesal penal, se realizan al margen de ambas víctimas. Porque así como los intereses del acusado-víctima que es inocente con frecuencia no resultan adecuadamente protegidos por su abogado defensor, el objetivo de la víctima del delito —o sus familiares—, consistente en que se haga justicia en su caso, tampoco queda protegido por la actuación del fiscal, pese a lo que retóricamente declara la ley.

La discrepancia entre objetivos y procedimientos legalmente establecidos, de un lado, y desarrollos prácticos, de otro, forma parte de la tradición del derecho. Pero ocurre en mayor medida en el paisaje propio de una cultura jurídica como la nuestra, en la que se atribuye a la ley una capacidad para imponerse sobre la realidad, modificándola

de acuerdo con los objetivos trazados en ella. Dado que desde este enfoque se presta poca atención a los términos reales en los que funciona esa ley —capacidades efectivas de los actores, desigualdad en los recursos disponibles, rutinas burocráticas entronizadas, etcétera—, se considera que una reforma normativa es el centro de un cambio profundo. La reforma procesal penal latinoamericana demuestra —como antes demostraron tantas nuevas constituciones y códigos— que el eje principal de la transformación de la justicia que tenemos no reside en la sustitución de unas normas por otras.

IV. OTRAS VÍCTIMAS DEL SISTEMA PENAL

Hay otras víctimas del sistema penal. Algunos de sus operadores lo son. Estamos hablando de jueces, fiscales y defensores públicos que actúan de buena fe y hacen su tarea lo mejor posible porque creen que, por lo menos en una porción de los casos que procesa el sistema penal, pueden lograr un resultado razonable. Ellos son en ocasiones héroes y con frecuencia también son víctimas. En definitiva, su esfuerzo personal no produce resultados que impacten al conjunto del sistema, pero, no obstante, a veces ellos pagan un costo personal por intentarlo.

Sin embargo, las víctimas principales del sistema penal son aquellos que sufren un delito —o sus familiares— y quien es sindicado de haber cometido un delito. La experiencia de unos y otros, pese a ser muy distinta, enseña dolorosamente a ambos que aquel aparato que convencionalmente llamamos justicia promete algo muy distinto a aquello que efectivamente produce⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

Bergman, Marcelo (coord.) (2003). *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*. México D.F.: CIDE, División de Estudios Jurídicos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13.

Costa, Gino & Carlos Romero (2014). *¿Quiénes son delincuentes en el Perú y por qué? Factores de riesgo social y delito en perspectiva comparada en América Latina*. Lima: PNUD, Ciudad Nuestra.

6 La conjunción de estos dos tipos de víctima en el proceso penal sugiere que la relación entre víctima y responsable del delito no es un juego de suma cero; esto es, que los intereses de uno y otro no se hallan enfrentados de la manera radical en la que los medios intentan presentarlos; que el reconocimiento de los derechos de uno no perjudica el derecho del otro y que, a menudo, ambas partes están interesadas en que el conflicto en el que se encuentran sea resuelto de manera razonable.

Due Process of Law Foundation (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D.C.

Pásara, Luis (2009). El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 13, 193-238.

Pásara, Luis (2010). Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar. En Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Pásara, Luis (2013). ¿Qué impacto tiene la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana?. En Carlos Basombrío (ed.), *¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad ciudadana en América Latina* (pp. 205-227). Lima: Wilson Center Latin American Program/Ciudad Nuestra.

Pérez Correa, Catalina & Elena Azaola (2013). *Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social*. México D.F.: CIDE.

Stuntz, William J. (2011). *The Collapse of American Criminal Justice*. Cambridge, Mass./Londres: Harvard University Press.

331

LAS VÍCTIMAS
EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL
REFORMADOTHE VICTIMS
WITHIN THE
REFORMED
CRIMINAL JUSTICE
SYSTEMRecibido: 05/06/2015
Aprobado: 17/07/2015

La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes

Collective bargaining in Peru: the hyper-decentralization and its many drawbacks

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS*

Resumen: En América Latina la mayoría de países cuenta con una estructura negocial descentralizada que tiene en la empresa el principal ámbito de negociación y contrasta con las obligaciones de garantía y fomento que se derivan del nuevo constitucionalismo latinoamericano surgido tras la caída de las dictaduras en el último cuarto del siglo pasado. En el Perú la opción legislativa impone un modelo hiperdescentralizado que ha restringido al máximo la cobertura y eficacia de la tutela colectiva. Por su parte, la regulación estatal referida a la negociación colectiva articulada no resulta completa ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia, entre otros.

La debilidad de la tutela colectiva ha trascendido el ámbito específico de la empresa y pone en cuestión los equilibrios sociales, económicos y políticos que sustentan al Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Negociación colectiva – estructura negocial – obligación de garantía y fomento – cobertura y eficacia de la tutela colectiva

Abstract: In Latin America, most countries have a decentralized bargaining structure that is in the company's main area of negotiation and different from the warranty obligations and promotion deriving from the new Latin American constitutionalism emerged after the fall of dictatorships in the last quarter of the past century. In Peru, the legislative option enforces a hyper-decentralized model that has restricted maximum coverage and effectiveness of the collective protection. Therefore, the state regulation referred to the articulated collective bargaining is not complete because it ignores issues such as the legal nature of the instruments of juncture, the framework agreements, their effectiveness, etc.

The weakness of the collective protection has transcended the specific field of business and questions the social, economic and political balances that underpin the constitutional rule of law.

Key words: Collective bargaining – bargaining structure – obligation to guarantee and promotion – coverage and effectiveness of collective protection

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: alfredo.villavicencio@pucp.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RASGOS ESENCIALES Y GENERALES DEL TEMA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.- III. LA REGULACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA: LA ATOMIZACIÓN COMO NORTE LEGAL.- III.1. RASGOS HISTÓRICOS DEL MODELO HIPERDESCENTRALIZADO.- III.2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN.- III.3. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN.- III.4. POSIBILIDAD LEGAL DE UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA.- III.5. LA REGLA DE SOLUCIÓN DE LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS COLECTIVOS.- IV. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA EN LA REALIDAD.- IV.1. LOS DATOS GENERALES EN EL MARCO DEL ESTADO ANTISINDICAL.- IV.2. LA ATOMIZACIÓN SINDICAL Y LA ANOMIA COMO REGLAS CLARAMENTE PREDOMINANTES.- IV.3. TUTELA COLECTIVA DÉBIL: MEJORES REMUNERACIONES PARA POCOS Y UN IMPACTO INEXISTENTE EN LAS CUENTAS NACIONALES.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En América Latina, hay tres países con una estructura negocial centralizada (Argentina, Brasil y Uruguay), mientras que el resto se adscribe de manera notoria al modelo descentralizado de negociación colectiva, al asentar en la empresa el nivel preponderante de ejercicio de este derecho. Y este no es un dato irrelevante, en la medida en que, dada la estructura productiva de nuestra región, donde predomina la micro y pequeña empresa, solamente en los tres primeros países podemos encontrar un desarrollo significativo de este derecho, mientras que los demás tienen que lidiar con *la maldición del 10%*, en la medida en que no pueden representar colectivamente a un colectivo laboral que supere ese porcentaje de sus trabajadores.

Los estudios sobre los rasgos centrales del sistema de las relaciones laborales reclaman siempre una perspectiva multidisciplinaria, desde las visiones económica, sociológica y jurídica, que aplicadas al mundo del trabajo no pueden faltar. A este nivel, se analiza la configuración de los actores —sindicatos, empleadores y sus organizaciones— y el Estado, así como el entramado de sus relaciones de poder. En este trabajo trataremos de hacer la radiografía comentada de la estructura sindical y negocial peruana, es decir, de la columna vertebral sobre la que se construyen las relaciones laborales y que, por tanto, da cuenta del equilibrio social y económico entre capital y trabajo, equilibrio que en nuestro país es todavía una asignatura pendiente.

II. RASGOS ESENCIALES Y GENERALES DEL TEMA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

Para situar adecuadamente el tema estructural en el sistema de relaciones laborales, se puede comenzar señalando que, en un Estado democrático y constitucional, la tutela colectiva reconocida a los trabajadores y sintetizada jurídicamente en el derecho de libertad sindical es el instrumento fundamental para que estos puedan defender y promover sus derechos en la empresa, en el sector y a nivel de toda la sociedad. Sus principales manifestaciones —sindicación (autoorganización), negociación colectiva (autorregulación) y huelga (autotutela)— son inescindibles y concurren en lo que doctrinalmente se ha denominado como autonomía colectiva; de modo tal que la primera es el presupuesto, la segunda su expresión concreta y la tercera el mecanismo que garantiza su eficacia.

De otro lado, debemos indicar que, si bien la primera y la tercera (sindicación y huelga) son unilaterales y la segunda es bilateral (negociación colectiva), su estrechísima vinculación conduce a que la presencia de la voluntad (e intereses) del empleador en la negociación colectiva tenga un impacto muy significativo en la sindicación y en la huelga. Dicha situación, en lo que aquí interesa, condicionará en mucho la estructura sindical y conflictiva de un determinado país (y, con ello, comprometerá también la eficacia de la tutela colectiva). En otras palabras, si, por ejemplo, para fijar el nivel de negociación se requiere inexorablemente el acuerdo con los empleadores, como sucede en el Perú y en otros países de la región, la negativa radical a negociar en la rama de actividad conducirá a que no existan en la práctica tales organizaciones, por más que legalmente se consagre la posibilidad de constituir sindicatos sectoriales.

En tercer lugar, también hay que tener presente que la determinación del ámbito negocial es una «materia previa», un «presupuesto» de la propia negociación colectiva. Antes de abordar la regulación de las condiciones de trabajo y muchas de las relaciones interpartes, estas han de ingresar al terreno estructural y decidir las sedes en las que ejercerán el poder normativo que se les ha atribuido.

En cuarto lugar, hay que dejar en claro que, ante la tutela colectiva¹, el rol del tercer actor de las relaciones laborales también es muy relevante. En principio, frente a ella, el Estado no puede mantenerse en actitud neutral, puesto que el reconocimiento de sus componentes como derechos fundamentales y la función de equilibrio económico, social y político a la que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de *abstention of law*. Por ello, se debe imponer al Estado

¹ Prefiero referirme a *tutela colectiva*, por resultar una expresión mucho más explícita de su función y finalidad que *libertad sindical* o *autonomía colectiva*, que reconozco como términos sinónimos.

una actitud de garantía y fomento que permita que la tutela colectiva cumpla su papel con la mayor eficacia posible. Esta situación ha sido reconocida explícitamente por muchas constituciones (artículos 51.III, 39.5, y 39 y 55 de las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Colombia, respectivamente), siendo la peruana una muestra clara de ello, cuando el artículo 28 ordena garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva, reiterando aquello que todos los tribunales constitucionales y la doctrina han destacado cuando indicaban que basta su consagración como derecho constitucional para que se generen tales obligaciones al Estado.

En quinto lugar, debemos concordar en que la determinación de la estructura de la negociación colectiva, para centrarnos en el campo más neurálgico del tema que nos convoca, no le es indiferente a ninguno de los actores de las relaciones laborales. Y ello es así por diversas razones, pero particularmente porque los niveles más utilizados —empresa y sector o rama de actividad— tienen un impacto directo en la cobertura negocial, en la consiguiente fortaleza sindical y en el rol político del sindicato (la posibilidad de ingresar a temas vinculados a políticas sectoriales e intersectoriales); materias todas de vital trascendencia para sindicatos, patronales y Estado². De allí que el sindicalismo busque la representación sectorial, los empleadores se sientan mucho mejor con el ámbito empresarial y el Estado, en América Latina, haya tenido por lo general una opción por el modelo descentralizado (mostrando su cercanía con los intereses empresariales). Las excepciones a esto último son Uruguay, donde un Estado abstencionista dejó en manos del juego de fuerzas la determinación de la estructura sindical y negocial y los trabajadores consiguieron hacer valer el nivel sectorial, y Argentina y Brasil, donde el Estado —gran actor en este campo— se jugó de manera abierta por la rama de actividad³.

Por cierto, el modelo descentralizado predominante en América Latina contrasta con las obligaciones de garantía y fomento que se derivan del nuevo constitucionalismo latinoamericano surgido tras la caída de las dictaduras en el último cuarto del siglo pasado. Esto, no solo en

2 Resulta pertinente recordar que la ventaja de la negociación a nivel de empresa gira alrededor de una mayor cercanía al objeto de regulación, en tanto que las desventajas apuntan a su menor cobertura, mayor beligerancia y al hecho de que solo se negocian condiciones de trabajo. Mientras que, en el caso de la negociación por rama, se señala como desventaja la mayor lejanía al objeto de regulación, y, como ventajas, que tiene una mayor cobertura y un consiguiente mayor poder negocial, que muestra una menor beligerancia y que permite el tratamiento de otras materias vinculadas con el sector. Por cierto, hay que señalar también que, mientras la desventaja de la negociación por rama puede ser superada por diversos mecanismos (franjas, negociación articulada, etcétera), los problemas de la negociación por empresa no tienen solución, mucho menos en países donde el predominio de la micro y pequeña empresa vuelve inexistente el derecho para la gran mayoría de trabajadores cuando se lo focaliza a tal nivel.

3 En Brasil, la opción no se quedó en el nivel sectorial, sino que se impuso la unicidad sindical, es decir, un solo sindicato por categoría en la misma base territorial, conforme al artículo 8.II de la Constitución brasileña, lo que ha conducido a que este país no ratifique el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

la medida que las normas supremas ordenan la búsqueda de la mayor eficacia de la tutela colectiva a través de las obligaciones de garantía y fomento, sino también en relación con la superación del *jaque* que ha impuesto el nuevo paradigma productivo, basado en la descentralización productiva, a los derechos colectivos, sobre todo en los países con estructuras sindicales y negociales de empresa. Se requiere, pues, que los actores de las relaciones laborales (*motu proprio* o de manera claramente inducida) orienten su actuación hacia un escenario en el que se facilite las distintas posibilidades de actuación supraempresarial, con el fin de preservar los equilibrios básicos del Estado constitucional y democrático que hemos adoptado. Con ello, se evita que la voz de los trabajadores se pierda y el coro democrático se convierta en un solo empresarial (y *a cappella*), que agudice los problemas económicos, sociales y políticos que entraña vivir en la región más desigual del mundo.

Todo ello no puede llevarnos a afirmar que el Estado es el único elemento que interviene en la determinación de la estructura negocial. Hay factores derivados de la estructura empresarial (micro, pequeña, mediana, grande), la estructura económica (configuración y relaciones entre los sectores primario, industrial, de servicios), la composición de la mano de obra (nivel de cualificación, sexo, etcétera), la existencia de organizaciones de empleadores y trabajadores a los niveles respectivos y su actitud frente al tema negocial. Todos estos factores jugaron un rol inicialmente, y lo hacen cuando se intenta introducir alguna modificación en el terreno estructural, aunque debe indicarse que el rol estatal ha sido y sigue siendo central en América Latina.

Por esta razón, y teniendo en cuenta las obligaciones constitucionales impuestas al Estado, la comprobación de que el modelo descentralizado excluye a la gran mayoría de trabajadores de la tutela colectiva (porque laboran en micro y pequeñas empresas, de modo que no cumplen con los requisitos de al menos veinte afiliados que se imponen en nuestros países), así como la descentralización productiva que rompió por el eje a los sindicatos de empresa, es imprescindible que el Estado revise su orientación en este terreno y diseñe políticas promotoras de la tutela colectiva. Entre dichas políticas no puede dejar de estar el favorecimiento de una organización y negociación efectivas a nivel supraempresarial, no solo sectorial, sino también a nivel de grupo de empresas, de empresas en red y de cualquier otra forma que sea reclamada por los cambios que siguen empujando hacia una más intensa multiformidad empresarial.

Finalmente, queremos señalar que el monopolio estatal en este importante terreno⁴ nos muestra un claro sesgo controlador del Estado sobre el sistema de relaciones laborales, que refleja la menor articulación

4 Dicho monopolio deja en evidencia la nula autonomía externa que tienen las relaciones laborales en el terreno estructural.

337

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:

LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

democrática del sistema y lo condena a la pobreza y al subdesarrollo. Dificilmente las partes sociales pueden madurar y asumir el rol institucional que les corresponde en cualquier democracia madura si no se les permite ni siquiera definir el funcionamiento de sus propias relaciones. Por todo ello, es imprescindible que el Estado, a la par que genera las bases para el mayor desarrollo autónomo de la tutela colectiva, abandone la fijación legal y taxativa de «unidades apropiadas de negociación», y vaya dejando el espacio necesario para que los propios actores sociales, sin interferencia pública, se hagan cargo del tema estructural.

Sobre estas premisas básicas, veamos, a continuación, lo que viene sucediendo en el Perú.

III. LA REGULACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA: LA ATOMIZACIÓN COMO NORTE LEGAL

III.1. Rasgos históricos del modelo hiperdescentralizado

Dentro de los rasgos sociales más vinculados al subsistema laboral, podemos mencionar nuestra adscripción histórica al *fordismo periférico*, que se expresó en una configuración económica cuyas principales características, en lo que a nuestro interés actual concierne, se manifestaban en la predominancia de actividades primario-extractivas de baja productividad, la presencia de un sector industrial pequeño y atrasado tecnológicamente, la existencia de un sector público considerablemente grande y la emergencia, cada vez con mayor fuerza, de un pujante sector informal. Esta configuración del tejido productivo implicó, sin lugar a dudas, peculiaridades e importantes limitaciones fácticas —cuantitativas y cualitativas— al desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo.

Además de ello, no se puede soslayar que nuestro *fordismo periférico* se inscribió en un diseño político, económico y social excluyente y autoritario, sin ninguna participación real de la sociedad civil y sus organizaciones representativas de intereses, como lo demuestra la ausencia de concertación social en nuestra historia⁵. El reflejo de este diseño a nivel de las relaciones laborales se expresaba en un modelo también excluyente y autoritario, que se plasmó en una visión patológica del conflicto, expresada en normas y actos administrativos reglamentaristas y restrictivos, así como en comportamientos empresariales dirigidos, todos ellos, a reducir a su mínima expresión o liquidar a las formas institucionales de representación de los trabajadores.

⁵ El Consejo Nacional del Trabajo es una experiencia relevante de diálogo social mucho más que de concertación social.

En línea con lo visto, se ha afirmado, con innegable autoridad, que, también en materia de negociación colectiva, la nueva reglamentación sindical peruana se inscribe en los lineamientos predominantes de la legislación latinoamericana más tradicional sobre el punto: intervencionismo estatal, aguda procedimentalización y estructura negocial descentralizada por empresa (Ermida Uriarte, 1994, p. 6). A partir de lo dicho, se avizora claramente que el peso de la autonomía colectiva resulta poco significativo. Esta no es una novedad en la historia peruana, sino más bien un evidente signo de continuismo, que, si bien ha sufrido algunos retoques cosméticos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) vigente (Poder Ejecutivo, 2003), muestra sin dificultad los principales rasgos fisonómicos intervencionistas de nuestro modelo de relaciones laborales.

El terreno estructural es uno de los mejores termómetros para medir el grado de autonomía colectiva (específicamente, autonomía externa)⁶, por lo que la comprobación de la existencia de una minuciosa regulación estatal sobre el particular nos deja pocas dudas sobre la fuertísima dependencia externa de nuestro sistema negocial respecto del Estado. Esta constatación, que comienza por evidenciar el significativo desequilibrio de poderes existente en las relaciones laborales peruanas, pone de relieve el papel definitivo que juega el factor jurídico en la configuración de la estructura negocial, puesto que significa que el margen de discrecionalidad que dejan los factores económicos ha sido procesado exclusivamente por el Estado y sus intereses en el terreno laboral (control del conflicto industrial, microconflictividad, debilitamiento del actor sindical, etcétera). Por todo ello, el estudio de la estructura negocial peruana nos obligará a prestar previamente atención a las normas legales que regulan sus diferentes componentes.

III.2. Configuración legal de las unidades de negociación

Sobre la determinación del tejido estructural, el artículo 44 LRCT, establece que

[l]a convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

- a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una categoría, sección o establecimiento.
- b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte de ella.

6 Es decir, autonomía frente al Estado, en tanto que la autonomía interna se da en relación con otros niveles de negociación, razón por la cual solo se ve afectada cuando se plantea una estructura negocial articulada.

- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas (Poder Ejecutivo, 2003).

Nos movemos, pues, dentro de un cuestionable sistema de «unidades apropiadas de negociación»⁷ diseñadas por el legislador, con un catálogo cerrado que sigue la senda del listado de tipos de sindicato que se prevé en el artículo 5 de la misma norma: empresa, sector, categoría y oficios varios (esta última organización es dejada de lado para efectos de la negociación colectiva)⁸. En ambos casos se ha precisado reglamentariamente que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor: sección, categoría o establecimiento.

A lo dicho habría que agregar que, en el caso de la negociación colectiva por rama, se han impuesto requisitos tan exigentes que son de imposible cumplimiento y que han hecho que, a la fecha, sigamos con las negociaciones colectivas de construcción civil y estibadores portuarios como las únicas sectoriales (estas tuvieron que ser restituidas por el Tribunal Constitucional, en el primer caso, y por un arbitraje ordenado por el Tribunal Constitucional, en el segundo caso). Los requisitos señalados imponen que quien quiera iniciar un proceso negocial de rama tenga que representar a la mayoría absoluta de trabajadores y empleadores involucrados, convoque a todos (directa o indirectamente) y recabe la conformidad de la patronal respectiva en función del inicio de negociaciones a tal nivel. Esta regulación no solo es excesiva, sino inviable e inadecuada, ya que los sindicatos no representan empresas. Además, no es posible medir la representación de los sindicatos ni existe forma de notificar a todas las empresas del país cuando predominan las centenas de miles de microempresas. Por ello, ni siquiera se han constituido sindicatos de rama en el Perú.

Finalmente, una figura muy utilizada (y descentralizada) es la de los delegados de empresa, que se eligen en dos supuestos: cuando en la empresa hay entre 5 y 19 trabajadores y suplen la representación sindical para todo fin o cuando, superando los 20 trabajadores, no hay sindicato y se eligen con esa sola finalidad. En ambos casos se requiere una elección por mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito involucrado.

7 Este sistema es cuestionable dado que significa una restricción al principio de libertad de elección de la unidad negocial incompatible con el principio de autonomía colectiva, al dejar fuera sedes tan relevantes como el grupo de empresas, la empresa en red, un conjunto de ramas afines o la sede interprofesional.

8 Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (pronunciamiento recaído en casos 1648 y 1650) señaló que el artículo 5 de la LRCT solo era aceptable si el listado de organizaciones que plantea se toma como abierto o indicativo y no como cerrado, que es la forma en que lo sigue entendiendo el Ministerio de Trabajo.

III.3. Determinación del nivel de negociación

En el plano específico de la selección de un determinado nivel negocial, la legislación prevé dos situaciones: cuando se va a fijar el primer ámbito de negociación o cuando se busca cambiar o complementar una sede negocial.

En el primer caso, se ha previsto que «si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará en el nivel de empresa» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Al respecto, nos parece importante señalar que, así como compartimos la necesidad de consenso en primera instancia para fijar un determinado ámbito negocial (como corresponde a un derecho bilateral), nos parece totalmente cuestionable la imposición legal del nivel menos favorable para la existencia, difusión y eficacia de la tutela colectiva, contraviniendo abiertamente el mandato de fomento de la misma que establece nuestra Constitución⁹. En este campo, el Tribunal Constitucional ha tenido una intervención significativa en dos casos: construcción civil y estibadores portuarios. En ambos constató que la imposición del nivel de empresa a falta de acuerdo era de imposible aplicación por la altísima rotación de los trabajadores, pero su conclusión fue distinta: en el caso de construcción civil ordenó el reinicio de la negociación por rama (Tribunal Constitucional, 2006), en tanto que en el caso de los estibadores ha ordenado que sea un tribunal arbitral el que decida el nivel a utilizar (Tribunal Constitucional, 2009). Creo que no cabe ninguna duda de que, en el segundo caso, el Tribunal Constitucional abdicó de su potestad de resolver el fondo del conflicto sin mayor justificación, puesto que si bien el Comité de Libertad Sindical exige que frente al desacuerdo se recurra a un órgano independiente, nadie debe tener duda alguna de que nuestro máximo órgano de jurisdicción constitucional lo sea.

Respecto del segundo supuesto, referido al cambio de unidad negocial, se establece que «de existir convención en algún nivel, para entablar otra en nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Se reitera en esta norma la necesidad de un acuerdo expreso sobre el particular, por lo que remitimos a las reflexiones anteriormente hechas

⁹ Si agregamos a esta clara impronta descentralizadora el número de 20 afiliados para constituir un sindicato de empresa, nos encontramos con que se está restringiendo al máximo la posibilidad de constituir sindicatos en un país en el que el 75% de sus trabajadores labora en unidades empresariales cuyas dimensiones no les permiten contar con 20 afiliados.

sobre esta materia, puntualizando solo que ya en esta norma se está abriendo la posibilidad de una negociación colectiva articulada, puesto que se hace referencia expresa a la posibilidad de que se prevean niveles complementarios. De otro lado, consideramos que la restricción referida a la imposibilidad de que el cambio de nivel o la articulación —por acto administrativo o arbitral— pueda establecerse por terceros carece de razón, puesto que, si el recurso a estos terceros es voluntario o lo manda un tribunal (como en el caso de los estibadores portuarios), se está impidiendo que las partes sociales accedan a medios de solución de conflictos laborales que podrían serles de inmensa utilidad o que el Estado provea una solución adecuada en casos específicos. De todos modos, el principio de libertad de fijación del nivel negocial desarrollado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT resuelve los entrampamientos posibles con el concurso de un órgano independiente, razón adicional para cuestionar la norma analizada.

III.4. Posibilidad legal de una negociación colectiva articulada

Como se acaba de ver, la posibilidad de una negociación colectiva articulada ha sido considerada por el legislador peruano, que ha establecido expresamente que «las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una [...]. Podrán negociarse a nivel de empresa, las materias no tratadas en una convención de nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Con esta norma se sientan las bases de lo que podría ser la aplicación vertebrada de dos o más convenios colectivos con amplia libertad para establecer los criterios competenciales de coordinación. Ello salvo en el caso de los convenios de empresa, a los que se les restringe legalmente su competencia a los campos no tratados en un nivel superior (para evitar la negociación en cascada) y a los que reglamenten la convención superior (complementándola o suplementándola); y solo se les da plena autonomía en lo que se refiere a las condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

Nos movemos, entonces, en el ámbito de convenios colectivos con competencia para regular aspectos estructurales (exclusiva o conjuntamente con el establecimiento de condiciones de trabajo: convenios marco propios, en el primer caso, y acuerdos marco impropios, en el segundo). Dichos convenios implican posibilidades amplias en materia de fijación de criterios de articulación (salvo en el terreno de las precisiones hechas a la competencia de los convenios empresariales), por lo que, cuando se presente un supuesto de negociación vertebrada,

los convenios de mayores ámbitos gozarán de una mayor intensidad normativa que aquellos de menores dimensiones ubicados en sus confines; pudiendo, en consecuencia, modular las dimensiones de su autonomía colectiva. La validez de las regulaciones convencionales, por tanto, habrá que analizarla desde el respeto o la infracción de los criterios de articulación, en la medida que estos dan, quitan o limitan la competencia que los diversos niveles negociales detentan.

La regulación estatal no resulta completa, ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia, etcétera. Esto no debe ser visto como un vacío que reclama una nueva intervención legal, sino como una oportunidad para la producción de una normativa convencional que complete y perfeccione el régimen jurídico de la negociación colectiva articulada en el Perú, desplazando al protagonismo estatal en tan importante labor.

III.5. La regla de solución de la concurrencia conflictiva de convenios colectivos

Finalmente, cuando no estamos ante la existencia coordinada sino frente a la concurrencia conflictiva de dos convenios colectivos, el artículo 45 LRCT dispone que «se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad» (Poder Ejecutivo, 2003). En este caso, debemos discrepar también de la solución legal, puesto que la aplicación del principio de norma más favorable corresponde al supuesto de conflicto entre normas, en tanto que aquí nos encontramos en un supuesto de concurrencia no conflictiva (articulación negocial), en la que, si se presenta una controversia entre dos normas, hay que recurrir al principio de competencia en la medida en que la ruptura de la coordinación preestablecida en el acuerdo marco que vertebró la negociación se deberá a una invasión de competencias que no puede llevar a optar por la más favorable, sino por la que tenía a su cargo la regulación de esa materia. Más allá de este cuestionamiento de fondo, hay que indicar que la regla de la LRCT ha optado por una de las soluciones extremas a la hora de comparar las normas enfrentadas, puesto que no se hace una comparación entre las disposiciones aisladas en conflicto (*teoría de la acumulación*), ni tampoco se recurre a los grupos de disposiciones que se refieren a la misma institución o tienen la misma causa u objeto (*teoría institucional*), sino que hay que cotejar globalmente los dos convenios en su totalidad y escoger como aplicable a aquel que salga de tal comparación como el más beneficioso para los trabajadores (*teoría del conjunto*). Esta última teoría no tiene predicamento en el derecho comparado, por ser inapropiada y compleja, estando debidamente postergada por la teoría institucional, que resulta la más adecuada y justa.

343

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

IV. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA EN LA REALIDAD

Visto el paradigma legal en materia estructural, analicemos a continuación cómo viene funcionando en los hechos la red negocial en el Perú.

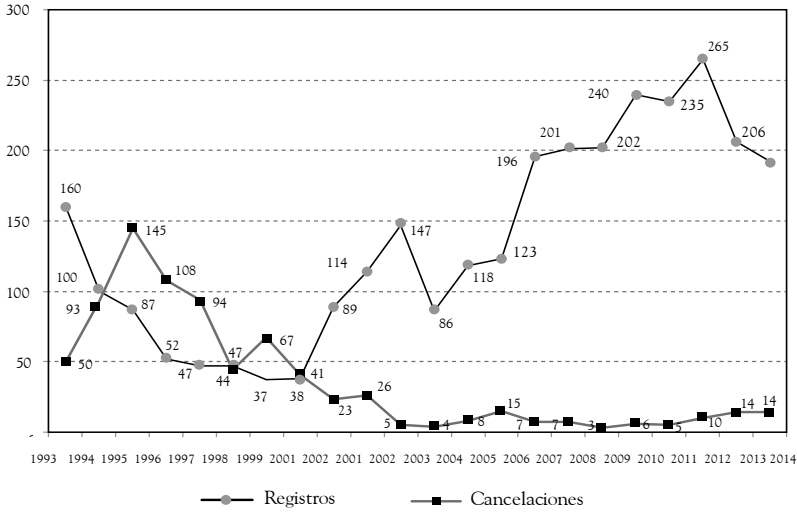
IV.1. Los datos generales en el marco del Estado antisindical

La primera información relevante gira alrededor de la tasa de afiliación, de un lado, y la cobertura negocial, de otro, que están en la actualidad (2014) entre el 6% y el 8%, respectivamente. Debe señalarse que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada¹⁰ y que evidencian una reducción drástica de ambos conceptos, que a mediados de los años ochenta fluctuaban por encima del 40% (si bien es cierto que, en el 2012, la tasa de afiliación era 4%, con lo que hay un aparente repunte que habrá que ver si de hecho es el inicio de un repunte o solo es circunstancial). Con ello, queda claro que en el Perú, tras el proceso de desregulación legal vivido en los años noventa y tras la caída en picada de la tutela colectiva, la gran mayoría de trabajadores tienen fijadas sus condiciones de trabajo fundamentalmente vía contrato de trabajo, salvo los mínimos legales supérstites.

En segundo lugar, y respecto del adelgazamiento de la tutela colectiva, el gráfico siguiente nos muestra cómo la sindicalización se viene recuperando del estado absolutamente crítico en que la tuvo la dictadura de Fujimori. Véase que hubo varios años en los que se tuvo más cancelaciones de registros sindicales que inscripciones, aunque la tendencia negativa se está revirtiendo. Se está saliendo, por tanto, de la unidad de cuidados intensivos y dando los primeros pasos con mucho esfuerzo; porque, como ya vimos, el encargado del tratamiento de recuperación está jugando en contra de ella: no ha levantado cuatro observaciones de la OIT por graves violaciones de la normativa internacional, viene permitiendo una ola de despidos antisindicales sin dictar las normas imprescindibles para que el derecho tenga vigencia real, ha optado por un modelo ultradescentralizado y excluyente, y declara ilegales todas las huelgas, aunque cumplan con los exigentes requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

¹⁰ No hay estadísticas que incluyan en ambas tasas a los trabajadores públicos, que duplicarían tales rubros si tomamos en cuenta que el Sindicato Unitario de Trabajadores en la Educación (SUTEP) supera los 100 000 afiliados.

Gráfico 1
Perú: Evolución de los registros sindicales anuales en el sector privado 1993-2014



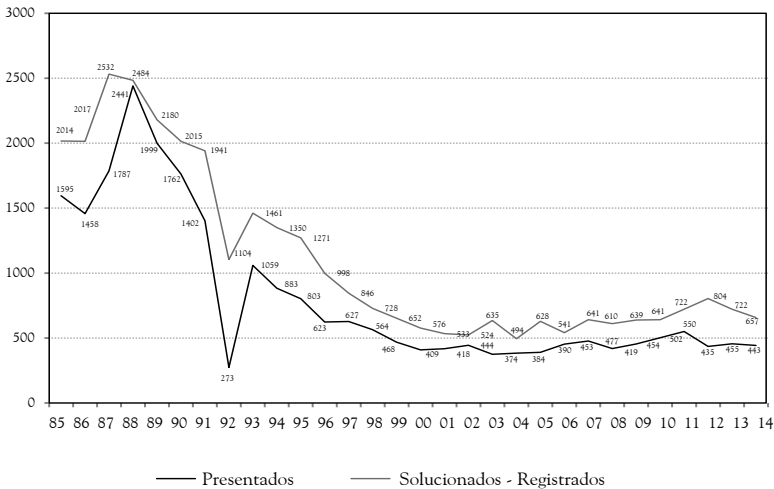
LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:
LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)/Oficina General de Estadísticas y Tecnologías de Información y Comunicaciones (OGETIC)/Oficina de Estadística. Elaboración propia

En tercer lugar, debemos echar una mirada a cómo ha venido evolucionando la negociación colectiva en el Perú, en la elocuente imagen del gráfico siguiente.

Gráfico 2
Nivel nacional. Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados por años. 1985-2014



Fuente: MTPE. Direcciones regionales/Zonas de trabajo
Derecho PUCP, N° 75, 2015 / ISSN 0251-3420

Al respecto, hay que comenzar señalando que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados muestra los casos en que el conflicto quedó abierto, ya sea porque no se llegó a suscribir el convenio colectivo en negociación directa o conciliación, o porque el sindicato no cuenta con la fuerza suficiente para declarar una huelga efectiva o conseguir que el empleador acepte el arbitraje del conflicto. Esta situación se ha venido agravando desde 2011, en que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados fue de 172, pasando a 369 en 2012, 267 en 2013 y 214 en 2014. Lo que quiere decir que, a pesar del ingreso del arbitraje potestativo causal en setiembre de 2011 y del incausado, a partir de febrero de 2014, se agudiza la situación de los conflictos abiertos, generando ruido adicional en el sistema de relaciones laborales.

A continuación, hay que indicar que la caída observada (digna de la montaña rusa más reputada), la cual tuvo su máxima expresión el año 2003 con 371 convenios, ha llevado a que los 443 convenios colectivos celebrados en el año 2014 sean tan solo el 18,15% de los 2441 suscritos en el año 1988.

Finalmente, con la LRCT, también es bueno recordarlo, se buscó poner punto final a la negociación colectiva de rama de actividad, que se reflejaba en ocho convenios sectoriales. En efecto, la ley contenía una tercera disposición transitoria y final que señalaba que, en los siguientes 30 días, las partes de todos los convenios colectivos revisarían el nivel de negociación y, si no se ponían de acuerdo, este sería de empresa. Los únicos que pudieron sobrevivir a este despojo fueron los trabajadores de construcción civil, que nunca dejaron de cuestionarlo, consiguiendo finalmente que, tras la restauración democrática, el Tribunal Constitucional impusiera nuevamente la negociación de rama por entender que, dadas las características del sector, obligarlos a negociar a nivel de empresa significaba —en la práctica— dejarlos sin ese derecho. Posteriormente, en el caso de los estibadores portuarios, el Tribunal Constitucional (2009) ordenó que se lleve a cabo un arbitraje para determinar el nivel de la negociación colectiva, el que concluyó estableciendo que el nivel de rama de actividad era el que correspondía a ese colectivo de trabajadores, de modo que en el Perú actual tenemos ahora dos negociaciones colectivas sectoriales: construcción civil y estibadores portuarios.

Todo ello nos deja una imagen clara de una pésima década para el ejercicio efectivo de la negociación colectiva, lo que trae como consecuencia un impacto negativo de graves consecuencias en el reparto de poder y de la riqueza en nuestro país, como se graficará posteriormente en el punto IV.3 de este trabajo.

IV.2. La atomización sindical y la anomia como reglas claramente predominantes

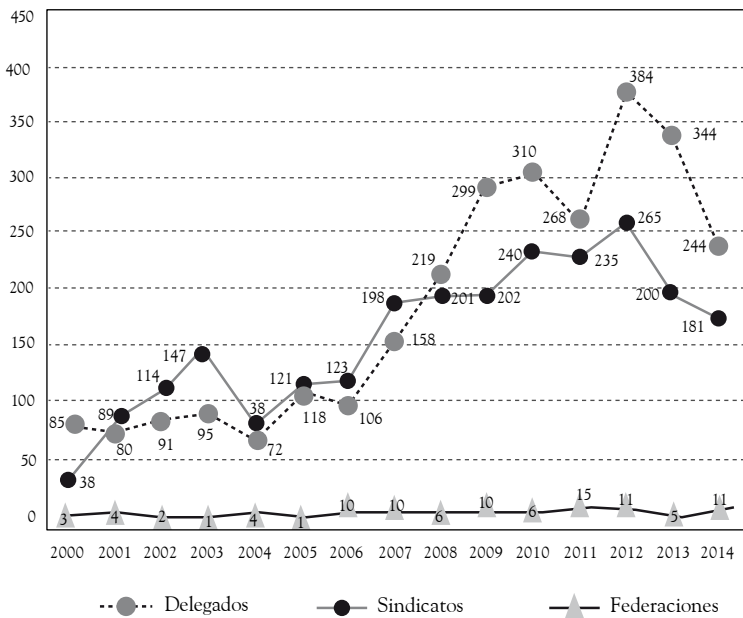
El tejido sindical peruano está constituido por la representación no institucionalizada (delegados de personal, que se eligen en centros de trabajo con menos de 20 trabajadores) y por organizaciones institucionalizadas (sindicatos, federaciones y confederaciones). Los datos alrededor de la estructura sindical son los siguientes:

347

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:
LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

Gráfico 3
Registros sindicales 2000-2014. Nivel nacional

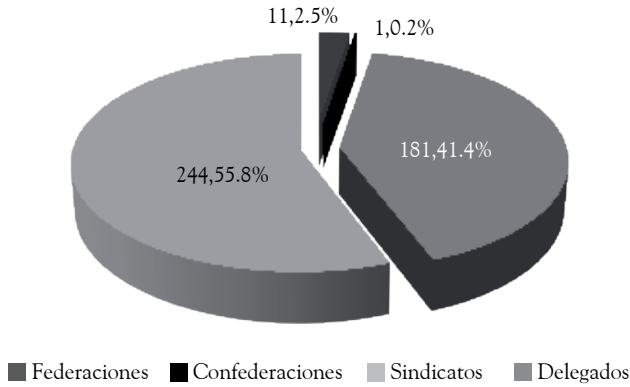


Fuente: MTPE/OGETIC/Oficina de Estadística

El cuadro anterior muestra con claridad que el peso estructural recae sobre organizaciones que, como máximo, tienen un ámbito empresarial. Si a ello le sumamos el crecimiento y preponderancia actual de los delegados de personal, la conclusión que cae por su propio peso está referida al excesivo grado de descentralización del sindicalismo peruano. Más aun, la presencia cada vez mayor de la representación no institucional a nivel empresarial e infraempresarial viene fortaleciéndose de manera consistente, por lo que no solo estamos hablando de un nivel de descentralización muy agudo, sino que en nuestro sistema de relaciones laborales se comienza a confirmar la tendencia de que los delegados de personal superen en número a los sindicatos, lo que no trae consigo buenas noticias para el procesamiento más racional y eficiente del conflicto laboral.

El gráfico de lo acontecido en 2014 confirma claramente lo aquí dicho.

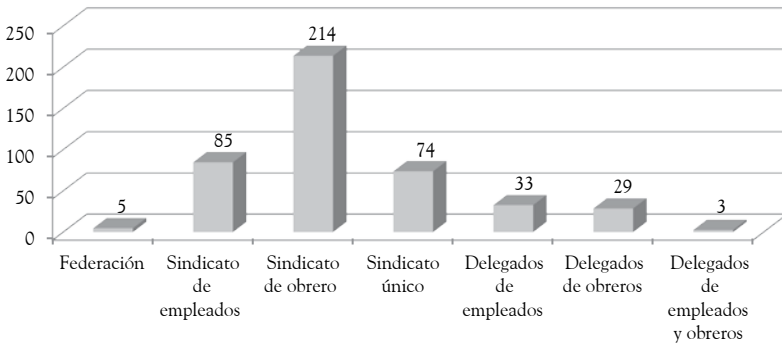
Gráfico 4
Registros sindicales durante 2014 (Perú)



Fuente: MTPE

Podemos tener la imagen completa del tema estructural cuando adicionamos a la información anterior lo que viene sucediendo no solo en el campo organizativo, sino en el propiamente negocial. El reparto de convenios colectivos según nivel o ámbito es el siguiente:

Gráfico 5
Convenios colectivos registrados, según organización sindical, nivel nacional. 2014



Fuente: MTPE

Los datos vuelven a ser muy elocuentes: en primer lugar, el nivel fundamental de la estructura negocial peruana ni siquiera es el de empresa, sino que es el infraempresarial; y decimos ello porque tan solo tienen ámbito empresarial 77 convenios: los 74 suscritos por sindicatos

únicos y los 3 celebrados por delegados de obreros y empleados. El resto (con la excepción de los cinco convenios suscritos por federaciones, de los que hablaremos posteriormente), es decir 361 convenios, son en realidad acuerdos infraempresariales, de obreros o de empleados, celebrados con los sindicatos o delegados correspondientes. Estadísticamente, entonces, a nivel empresarial solamente se suscribe el 17.4% de convenios, en tanto que el 81,5% se refiere a un nivel infraempresarial (en el 2008 esta cifra fue 80%).

El 1,1% restante lo dan los dos convenios suscritos por federaciones que corresponden a negociaciones de empresa que son llevadas a cabo por una organización de segundo grado (en el sector de telecomunicaciones). Sobre este particular, incluso ha habido que librar una ardua batalla legal para que el Ministerio de Trabajo aceptara una cuestión tan sencilla, si la vemos desde la perspectiva del respeto mínimo a los contornos de la autonomía sindical.

Finalmente, no está demás resaltar que, en este contexto, no hay posibilidad alguna de prever formas más desarrolladas de la autonomía colectiva, como los acuerdos marco que determinan la estructura negocial, llegando a complejos mecanismos de articulación. Esto no es posible en la medida en que, si solo se tiene dos convenios colectivos sectoriales, no hay forma de buscar darle la mayor racionalidad al sistema de relaciones laborales a partir de un reparto de funciones, materias o competencias, ya que ello presupone la coexistencia de al menos dos niveles negociales, situación que se presenta solo en los casos de construcción civil o los estibadores portuarios.

IV.3. Tutela colectiva débil: mejores remuneraciones para pocos y un impacto inexistente en las cuentas nacionales

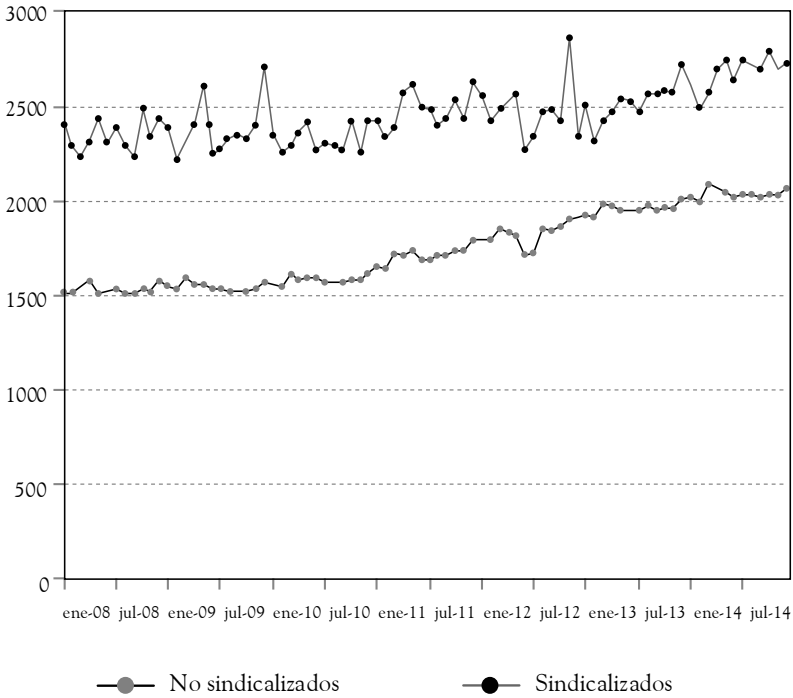
Como reza la regulación más conocida y generalizada, los trabajadores se organizan para defender y promover sus derechos (OIT, 1948, artículo 10), lo que pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones. Sin embargo, ello no se agota en este campo, en la medida en que hay muchos ámbitos (a nivel empresarial, sectorial y nacional) en los que se definen temas vinculados a tales intereses.

Si nos acercamos al tema salarial, nos encontramos con datos elocuentes, respecto de la mejor situación en la que se encuentran los trabajadores que fijan sus condiciones de trabajo vía convenio colectivo que los que no lo hacen. El gráfico siguiente nos ilustra con claridad sobre este tema en el caso del sector privado.

349

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

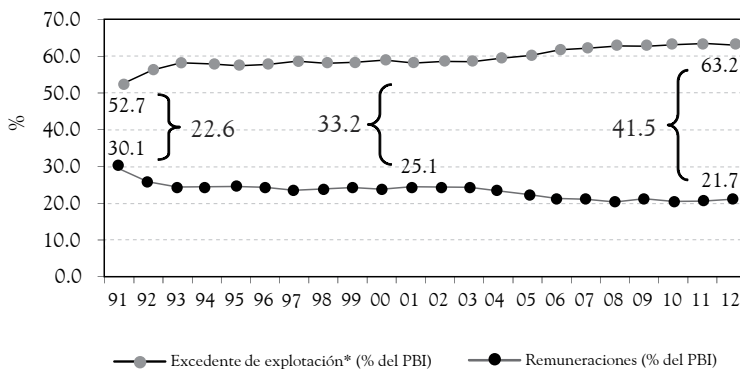
Gráfico 6
Perú: remuneraciones reales mensuales promedio en el sector privado formal según sindicalización



Fuente: Oficina de Estadística MTPE. Elaboración propia

Los datos, por cierto, son elocuentes y no hacen más que confirmar la teoría según la cual, con una la tasa de sindicalización tan baja, que está alrededor del 6%, el impacto global de la negociación colectiva en las remuneraciones de los trabajadores se limita a los 180 000 que se encuentran bajo su cobertura. Y esta situación explica en gran medida lo que sucede cuando salimos del ámbito micro y pasamos al macro. En efecto, si miramos lo que viene sucediendo con la participación en el PBI de los excedentes y los salarios, se nos presenta la tantas veces referida *boca de cocodrilo* (ver gráfico siguiente), en la que queda en evidencia la caída en 10 puntos de las remuneraciones a favor del crecimiento simétrico del excedente de explotación, casi duplicando la diferencia entre ingresos en el producto bruto interno (PBI).

Gráfico 7
Perú: Evolución de la participación en el PBI según tipo de ingreso
1991-2012



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Fernando Cuadros Luque

¿Y cómo puede explicarse esta situación en los dorados años del crecimiento económico? Sin duda alguna, por la debilidad del principal mecanismo institucional que se puede utilizar actualmente para conseguir mejoras en las remuneraciones, habida cuenta de que, desde que entró en vigencia la LRCT (julio de 1992), se eliminaron las vías por las que el Estado velaba por que la retribución de los trabajadores pudiera siquiera alinearse con la inflación. Recordemos que el esquema anterior a la LRCT preveía la intervención estatal en temas salariales en dos momentos: a) en el caso de los trabajadores sujetos a negociación colectiva, si no llegaban a suscribir un convenio colectivo luego de las etapas de trato directo y junta de conciliación, el Ministerio de Trabajo emitía una resolución administrativa fijando el incremento correspondiente; y, b) en el caso de los trabajadores no sujetos a negociación colectiva, el Estado emitía un decreto supremo estableciendo el aumento correspondiente.

Entonces, en la actualidad, si solo las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados (180 000) obtienen los beneficios de la tutela colectiva, los restantes cuatro millones y medio de asalariados tienen que fijar sus salarios por contrato individual, donde el predominio de la posición y de los intereses del empleador es otro tema clásico de cualquier teoría que intente explicar razonablemente el funcionamiento de las relaciones laborales en cualquier país. En este contexto, resulta totalmente explicable el decrecimiento de las remuneraciones en las cuentas nacionales, así como el consiguiente incremento del excedente de explotación.

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:
LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

V. CONCLUSIONES

Como la determinación de la estructura de la negociación colectiva no resulta indiferente para ninguno de los actores de las relaciones laborales, en el caso peruano, la imposición estatal de una estructura sindical y negocial de empresa resulta de la visión negativa y reduccionista que tienen el Estado y los empleadores de la tutela colectiva.

La opción peruana por un modelo hiperdescentralizado se ha plasmado en una determinación legal de la sindicación por empresa y de la negociación al mismo nivel, con el requisito adicional de contar con al menos 20 afiliados para constituir un sindicato. Las pocas negociaciones colectivas que por la fuerza del colectivo laboral se pudieron llevar a cabo a nivel de rama fueron eliminadas en la práctica por un mandato legal que el año 1992 obligó a los sujetos sociales a revisar el nivel de negocial, estatuyendo que, si no se ponían de acuerdo al respecto, el ámbito sería de empresa. La única negociación sectorial efectiva que se lleva a cabo a nivel de rama se da en construcción civil y es consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional, que restituyó este ámbito por entender que la imposición de la empresa hacía inviable el derecho en esta actividad.

El modelo hiperdescentralizado ha restringido al máximo la cobertura y eficacia de la tutela colectiva, reduciéndola a la fijación de condiciones de trabajo únicamente de 180 000 trabajadores de empresas medianas y grandes, dejando, por consiguiente, sin protección a 4 millones y medio de asalariados.

La debilidad de la tutela colectiva trasciende el ámbito específico de cada empresa y pone en cuestión los equilibrios sociales, económicos y políticos que sustentan al Estado constitucional de derecho, que tiene en ella al instrumento apropiado y preferente para que los intereses de los trabajadores sean tomados en cuenta en los sectores y en el país. De allí que, cuando se ve la participación de los ingresos en el PBI, se evidencie que en los últimos 20 años el peso de las remuneraciones ha perdido 10 puntos que, a su vez, han sido ganados por el excedente de explotación, dando como resultado que la desigualdad social casi se duplique, al no contar con mecanismos que permitan revertir la tendencia a la acumulación en el vértice, ni siquiera en años de fuerte crecimiento económico.

Es imprescindible que el Estado y las organizaciones sindicales redefinan la estructura sindical y negocial a partir de las normas constitucionales de garantía y fomento (artículo 28 de la Constitución y 4 del Convenio 98 [OIT, 1949]), con la finalidad de permitir una cierta equiparación de fuerzas entre los factores de la producción que garantice que se comiencen a cumplir los objetivos del Estado constitucional de derecho, que procura alcanzar cuotas cada vez mayores de igualdad sustantiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Constitución de la República Federativa del Brasil (1988)

Constitución Política de Colombia (1991)

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

Constitución Política del Perú (1993)

Ermida Uriarte, Oscar (1994). La reglamentación sindical peruana en el marco de la legislación latinoamericana. En Autores varios, *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1948). Convenio 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1949). Convenio 98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Poder Ejecutivo (2003). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Decreto supremo 010-2003-TR.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 261-2003-AA/TC. Sentencia. 24 de agosto del 2006.

Tribunal Constitucional (2009). Expediente 03561-2009-PA/TC. Sentencia. 17 de agosto de 2009.

353

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKSRecibido: 08/09/2015
Aprobado: 10/10/2015

Regulación, política agro-energética y la evolución del mercado de carburantes renovables en Brasil

Regulation, agro-energy policy and market evolution for renewable fuels in Brazil

JORGE ERNESTO RODRÍGUEZ MORALES* &
FERNANDO RODRÍGUEZ LÓPEZ**

Resumen: Los costes de la dependencia del petróleo, los costes externos medioambientales de los combustibles fósiles, o la promoción del desarrollo agrícola, han justificado una serie de medidas de intervención estatal para expandir el mercado interno de los biocarburos, en el supuesto de que la intervención del Estado es condición necesaria y suficiente para lograr este objetivo. Después de analizar en perspectiva histórica los elementos políticos y económicos en el sector del etanol de Brasil, en este artículo se argumenta que la expansión o contracción del mercado no debe entenderse como el efecto de unas políticas determinadas por el Estado regulador. En este sentido, sostenemos que las tendencias en el desarrollo del mercado reflejan los efectos de una relación subyacente anterior, que está determinada por la convergencia o divergencia en el tiempo de los costos de oportunidad del gobierno y de la agroindustria. Nuestro análisis muestra que la eficacia de una política de diversificación energética como la promoción de los biocombustibles depende de los beneficios económicos y de las rentas políticas generadas por la expansión del uso de etanol. Estas restricciones se pueden extrapolar como parte del análisis de costo-efectividad de las políticas públicas relacionadas con el sector en otros países.

Palabras clave: Regulación – política energética – energías renovables – biocarburos – Brasil – etanol carburante – transporte rodado

Abstract: The costs of oil dependence, the environmental external costs of fossil fuels, or the promotion of agricultural development, has justified a number of measures of state intervention to expand the domestic market of biofuels, assuming that state intervention is necessary and sufficient condition for achieving this aim. After analyzing the political and economic elements in the Brazilian ethanol sector in historical perspective, in this article we argue that the expansion or contraction of the market should not be understood as an effect of a particular policies determined by the regulatory state. Regarding

* Jorge Ernesto Rodríguez Morales es profesor de grado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Economía, magíster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas y. en Regulación Económica por la Universidad de Salamanca (España). Correo electrónico: rodriguez.je@pucp.edu.pe

** Fernando Rodríguez López es profesor titular de la Universidad de Salamanca (España). Doctor y magíster por Boston University. Director del Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas. Correo electrónico: frodriguez@usal.es

this, we argue the trends on the market development reflect the effects of a previous underlying relationship, which is determined by the convergence or divergence over time of the opportunity costs of government and agribusiness. Our analysis shows that the effectiveness of a policy of energy diversification as the promotion of biofuels depends on the economic benefits and political rents generated by expanding the use of ethanol. These restrictions can be extrapolated as part of the cost-effectiveness analysis of public policies related to the sector in other countries.

Key words: Regulation – energy policy – renewable energy – biofuels – Brazil – ethanol fuel – road transport

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO TEÓRICO.- III. DESARROLLO DE HIPÓTESIS: ESCENARIOS DE CONVERGENCIA/CONFLICTO Y LAS CONDICIONES REGULATORIAS Y NO REGULATORIAS VINCULADAS A LA PRODUCCIÓN DE ETANOL CARBURANTE EN BRASIL.- IV. CONTRASTACIÓN Y ANÁLISIS EMPIRICO.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de los costes económicos derivados de la dependencia energética de las importaciones de recursos fósiles no renovables y las expectativas sobre el agotamiento progresivo de los combustibles fósiles en un contexto geoestratégico de los mercados de energía, han justificado, en mayor o menor medida, la intervención del Estado en importantes sectores económicos de distintos países, con el fin de modificar los patrones de producción y consumo de energía. Asimismo, los costes externos medioambientales derivados del consumo de combustibles fósiles, principalmente relacionados con las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero y el cambio climático, vienen impulsando la transición hacia otras fuentes alternativas de energía primaria. Estos elementos son muy importantes para comprender la efectividad de las políticas de desacoplamiento de algunos sectores (como la generación eléctrica o el consumo industrial, especialmente en los países desarrollados), así como para el desarrollo de algunas tecnologías como la captura de carbono, la fractura hidráulica, el crecimiento de los parques eólicos, o la expansión del uso de la energía termo solar. Sin embargo, el proceso de desacoplamiento de fuentes energéticas de origen fósil ha sido mucho más complejo y difícil en el transporte rodado que en otros sectores económicos.

Los pocos productos sustitutos y la baja elasticidad precio de la demanda de derivados del petróleo, así como la lenta rotación de la infraestructura en la que se sostiene el sector, han sido formidables obstáculos para la aplicación de políticas que conduzcan el tránsito a un

uso de la energía que sea no solo económicamente viable, sino también medioambientalmente más sostenible. Estas condiciones han facilitado gran parte del apoyo político y económico a la producción doméstica de biocarburantes en economías como la Unión Europea, EE.UU. o Brasil, así como muchas otras que comparten ciertas características energéticas y agrícolas relativamente semejantes. Sin embargo, los costes de la dependencia energética y aquellos no compensados vinculados a las externalidades ambientales generadas por el consumo de petróleo parecen no ser los únicos elementos en juego cuando se trata de explicar la evolución histórica del mercado de biocarburantes, así como para comprender los límites de la acción estatal para alcanzar ciertos objetivos de diversificación energética en el transporte mediante el uso de la bioenergía.

Los biocarburantes son carburantes obtenidos mediante distintos procesos tecnológicos de conversión de la biomasa en energía. Estos constituyen, además, una de las pocas fuentes renovables de energía con similares características físicas a los derivados del petróleo, lo que permite que sean usados en mezclas o directamente en los motores de combustión. Los biocarburantes de primera generación como el etanol¹ y el biodiesel², el grueso de la producción mundial (equivalente a unos 1422 Kboed en 2014³), se obtienen de biomasa agroalimentaria mediante procesos tecnológicos de transformación relativamente simples, y por tanto menos costosos. Ello, aunado a la reducción de costes de la cadena productiva (generalmente asociada a la materia prima agrícola), ha favorecido su explotación económica a nivel global. Otros biocarburantes son los de segunda, tercera y cuarta generación: aquellos que se obtienen de distintas formas de biomasa como la celulosa, la lignocelulosa, la hierba de elefante elefante o las algas. Estos requieren procesos de conversión más complejos que implican un alto grado de riesgo tecnológico y altos costes de producción y logísticos a lo largo de la cadena de valor, por lo que su viabilidad comercial es todavía baja y, por tanto, su presencia en el mercado es bastante menos significativa que en el caso de los biocarburantes de primera generación (IEA Bioenergy, 2009).

1 El etanol es un combustible de alta oxigenación (35% de oxígeno) y su uso favorece la reducción de emisiones de partículas, así como de óxidos de nitrógeno durante la combustión. Las mezclas con etanol mejoran la combustión de la gasolina y reducen notablemente el uso del petróleo. Además, a causa del proceso bioquímico de fijación de carbono durante la fotosíntesis, el etanol presenta un balance neutral en emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en comparación con los combustibles fósiles (Malça & Freire, 2006).

2 El biodiesel es un combustible renovable producido mediante una reacción química de un aceite vegetal o grasa animal con un alcohol. Hace referencia, por tanto, a los ésteres alquílicos producidos a partir de una reacción de transesterificación entre el aceite (o grasa) y un alcohol. La transesterificación es el proceso mediante el cual se hace reaccionar a una molécula de triglicéridos con alguna clase de alcohol en presencia de un catalizador (KOH; NaOH, NaOCH₃, etcétera), con el fin de obtener glicerol y ésteres grasos (Demirbas, 2009).

3 La cifra significa una producción aproximada de biocarburantes equivalente a 1 422 000 barriles de petróleo producidas diariamente a nivel global (véase el sitio web de BP).

Como en el caso de otras entidades políticas, el desarrollo del mercado de biocarburantes en Brasil resulta ser un fenómeno económico y político bastante complejo. Las diversas dimensiones que se desarrollan en torno a su evolución delatan la poliédrica complejidad de su dinámica. Es un proceso sujeto a constantes cambios que no siempre transcurren en la misma dirección, característica que lo hace relativamente inestable en el tiempo. Por su carácter multidimensional, comprender a qué responde el desarrollo del mercado de biocarburantes en Brasil importa necesariamente desentrañar la lógica de los fenómenos económicos directamente vinculados, pero también el análisis de los elementos económicos y políticos conexos, cuya incidencia en la evolución histórica de aquel ha sido determinante.

En este sentido, el objeto del presente artículo será tratar de explicar de una forma sistemática cómo los condicionantes políticos, económicos y jurídicos vinculados al uso energético de la biomasa agrícola se han asociado y disociado en el tiempo, y cómo esta relación se vincula al desarrollo histórico del etanol carburante en Brasil. En esta búsqueda, hemos tratado de identificar y analizar principalmente cuáles han sido los roles del sector público y del sector privado en el desarrollo del sector de los biocarburantes, qué factores han incidido en el proceso de toma de decisiones políticas y económicas, cómo estos factores han influido en la interacción de los actores del mercado y qué importancia ha tenido tal interacción en la evolución del mercado a lo largo del tiempo.

II. MARCO TEÓRICO

Dado que el estudio de las energías renovables como la bioenergía puede ser enfocado desde diversas disciplinas científicas como la química, la física, las ciencias políticas, la economía, la biología, las ciencias ambientales o el derecho, existe una considerable literatura que aborda distintas dimensiones de la problemática relacionada con el desarrollo de la bioenergía líquida. Estos trabajos, aunque no plantean el estudio de la gobernanza de sector de los biocarburantes en general (y del mercado del etanol brasileño en particular) desde la perspectiva propuesta por el autor, han contribuido significativamente a comprender la regulación histórica del sector y, en consecuencia, a desarrollar el marco teórico, así como a la lógica económica de las hipótesis planteadas en este artículo con el fin de explicar la relación entre las políticas públicas y el mercado.

Cómo una breve muestra podemos mencionar la literatura que se ha revisado en relación con la economía política del sector: de Castro Santos (1979), Baccarin (2005), Barzelay (1986), da Costa (2003), Duffield & otros (2008), Goldemberg & otros (2014), Halff (2008), Johnson & Libecap (2001), Klok (2002), Macêdo (2011), Meira (2007), Moraes (2000), Numberg (1978), Puerto Rico (2007), Santos (1997),

Semineiro (2008), Stattman & otros (2013), Szmerecsányi (1979) y Vietor (1987). Asimismo, entre la literatura vinculada al análisis económico de los programas, podemos mencionar los siguientes textos: ANP (2013), Ajanovic & Haas (2010), Baker Institute (2010), de Freitas & Kaneko (2011), European Commission (2007), Goldemberg & otros (2004), Goldemberg & otros (2013), Giesecke & otros (2009), Lazzari (2005), Koplow (2009), Shikida (2002), Wustehagen & Teppo (2006) y Yacobucci (2010). En el caso de las tecnologías y sostenibilidad ambiental y cambio climático, se ha consultado, por ejemplo, los siguientes trabajos: da Rocha Sampaio (2010), Goldemberg & otros (2008), Hill & otros (2006), Hill & otros (2008), la Rovere (1981), La Rovere & otros (2011), Luque & otros (eds.) (2011), Malça & Freire (2006), Maniatis & Tostman (2010), Oliveria & otros (2005), UNEP (2009), Yacobucci & Bracmort (2010). Finalmente, podemos mencionar brevemente algunas fuentes de la literatura vinculada a los mercados internacionales y el sector agrícola, tales como Earley (2009), FAO (2008), Hathaway (1997), Howse & otros (2006), Kojima & otros (2007), Leher (2010), Sheales & otros (1999), Schnepf (2012), Zarrilli (2008), entre muchos otros.

Producto del análisis, en este artículo planteamos que la evolución de los mercados de biocarburantes es producto de la interacción dinámica de una serie de vectores económicos y políticos que se ha desarrollado históricamente alrededor del coste (directo y externalizado) derivado del uso del petróleo y de la biomasa como producto energético alternativo a las fuentes fósiles de energía utilizadas en el transporte rodado.

Luego de analizar exhaustivamente los mercados de materias primas, de biocarburantes y de carburantes de origen fósil usados en el transporte rodado, así como la evolución de la regulación económica histórica de estos mercados, hemos identificado los principales vectores que han afectado el desarrollo del mercado agroenergético en Brasil al incidir en las decisiones de los principales actores del sector: el Estado regulador capaz de intervenir (y, lógicamente, de no intervenir) en los mercados de acuerdo con sus objetivos o intereses políticos; y la agroindustria azucarera brasileña, cuyas decisiones vinculadas al uso alimentario o energético de la caña de azúcar determinan el nivel de producción de etanol.

Por un lado, vectores como el coste de las importaciones de petróleo, el coste externo vinculado al uso de fuentes fósiles y el desempeño económico del sector agrícola vinculado a la agroenergía han incidido con pesos variables en el apoyo político del Estado al uso del etanol carburante en el transporte. Estos efectos se miden en relación con el coste político de oportunidad que para el Estado regulador representa el despliegue de políticas públicas de promoción del etanol carburante

359

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASILREGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

frente al uso de derivados del petróleo en un determinado momento del tiempo histórico.

Por otro lado, vectores como la evolución de los precios internacionales del azúcar, la política agrícola brasilera, así como los cambios institucionales en el mercado internacional de *commodities* (protección en la frontera, subvenciones a la agricultura, expansión y gobernanza del mercado global de productores agrícolas, etcétera), han afectado las decisiones de producción del sector privado agroindustrial azucarero. Estos efectos se miden en relación con la influencia de los mercados de oportunidad que presenta el uso energético o alimentario de las materias primas, como la caña de azúcar, en el coste de oportunidad de los productores agroindustriales.

El planteamiento sugiere que ambos costes de oportunidad han sido afectados por una combinación variable de vectores, influenciando estos en las decisiones de los operadores del sector agroindustrial, así como en las decisiones políticas de los gobiernos vinculadas a la diversificación de fuentes energéticas en el mercado del transporte. Teniendo en cuenta la relación entre los costes de oportunidad de los actores, hemos definido cuatro escenarios posibles que definen las condiciones político-económicas que afectarían la efectividad de las políticas públicas y, en consecuencia, el desarrollo del mercado de etanol en Brasil. Estos escenarios podemos observarlos esquemáticamente en la tabla 1.

Los escenarios de convergencia son producto de una sincronía en la manifestación de los costes de oportunidad de los actores en un determinado período, bien de bajos costes de oportunidad (convergencia positiva) o de altos costes de oportunidad (convergencia negativa). Por su parte, en los escenarios de conflicto la relación de costes de oportunidad se manifiesta como una relación asíncrona o divergente en el tiempo. Asimismo, los escenarios se caracterizan por unas determinadas condiciones, tanto regulatorias como no regulatorias, en algunas ocasiones favorables y en otras desfavorables, como podemos observar en la tabla 2.

Tabla 1: Marco teórico. Escenarios de convergencia y conflicto y condiciones institucionales del mercado

Coste de oportunidad privado/público		Sector público: Estado regulador/desregulador (E)	
		Bajo coste político de oportunidad del gobierno para promover etanol	Alto coste político de oportunidad del gobierno para promover etanol
Sector privado: agroindustria sucro-alcoholera(S)	Bajo coste de oportunidad de producir para los mercados energéticos en relación con los mercados alimentarios	Escenario de Convergencia (+) + (A) + (E) La agroindustria maximiza sus beneficios aumentando la producción de etanol en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos incentivando la producción de etanol. Convergencia para mayores políticas de promoción de la producción.	Escenario de Conflicto + (A) -(E) La agroindustria maximiza su beneficio con la producción de etanol en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos reduciendo los incentivos a la producción de etanol. Políticas de promoción de la producción frenadas desde el Estado.
	Alto coste de oportunidad de producir para los mercados energéticos en relación con los mercados alimentarios	Escenario de Conflicto -(A) + (E) La agroindustria maximiza su beneficio reduciendo la producción de etanol en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos incentivando la producción de etanol. Políticas de promoción de la producción frenadas desde la agroindustria.	Escenario de Convergencia (-) -(A) -(E) La agroindustria maximiza su beneficio reduciendo la producción de etanol en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos reduciendo los incentivos a la producción de etanol. Convergencia de ambos para el repliegue de las políticas de promoción de la producción.

Fuente: elaboración propia a partir del estudio histórico del sector en Brasil, EE.UU. y la Unión Europea (UE).

En esta lógica, se han identificado cuatro tipos principales de escenarios, a los cuales denominamos de convergencia positiva, de convergencia negativa y dos de conflicto, determinados por la relación entre los costes de oportunidad (económica o política) de los actores públicos y privados en el ámbito de producción de biocarburantes.

361

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

Tabla 2: Escenarios y condiciones regulatorias de acuerdo con el marco teórico

Estado-regulador	Agro-industria sucro-alcoholera	Escenario predominante en el periodo	Condiciones regulatorias y no regulatorias vinculadas a la producción de biocarburantes
(+)	(-)	Conflicto	Restringidas
(-)	(+)	Conflicto	Restringidas
(+)	(+)	Convergencia (+)	Maximizadas
(-)	(-)	Convergencia (-)	Minimizadas

Fuente: elaboración propia

Como el coste de oportunidad de los actores frente al uso de biocarburantes en el transporte se ve incrementado o reducido por una serie de vectores de índole económico y político, cuya influencia puede variar en el tiempo, la interacción entre los actores que da lugar a los diferentes escenarios de convergencia y conflicto es fundamentalmente dinámica. Esto significa que la influencia de los mercados y de las políticas conexas, al afectar el coste de oportunidad emergente en torno al uso de biocarburantes en un periodo determinado del tiempo, da lugar a cambios en la configuración —de un tipo de escenario a otro—, afectando las condiciones regulatorias y no regulatorias vinculadas a la producción y, en consecuencia, el nivel de producción en el mercado de etanol.

Así, los cambios en la relación subyacente definida como escenarios de convergencia y conflicto se deben revelar como efectos expansivos (moderados y abruptos) o efectos contractivos (moderados y abruptos) en el desarrollo histórico de la producción de etanol carburante. Este planteamiento se recoge en la tabla 3.

Tabla 3

Escenario precedente	Escenario siguiente	Efectos esperados de los cambios de escenarios en la variable analizada
Convergencia (+)	Convergencia (-)	Contracción abrupta
Convergencia (+)	Conflicto (+) (-) o (-) (+)	Contracción moderada
Convergencia (-)	Convergencia (+)	Expansión abrupta
Convergencia (-)	Conflicto (+) (-) o (-) (+)	Expansión moderada
Conflicto (+) (-)	Convergencia (+)	Expansión abrupta
Conflicto (+) (-)	Convergencia (-)	Contracción abrupta

Fuente: elaboración propia

Este planteamiento señala principalmente que el desarrollo histórico del mercado de etanol carburante en Brasil —lejos de responder automáticamente a las restricciones (incentivos) impuestas por la regulación económica y otros instrumentos de políticas públicas, por un lado; o a las decisiones privadas de maximización de beneficio del sector agroindustrial sucro-alcoholero, relacionadas con el incremento (reducción) de la producción de etanol, por otro— se encuentra estrechamente relacionado con distintos escenarios de convergencia y conflicto que surgen de la relación sincrónica o asíncrona de costes de oportunidad entre ambos actores.

III. DESARROLLO DE HIPÓTESIS: ESCENARIOS DE CONVERGENCIA/CONFLICTO Y LAS CONDICIONES REGULATORIAS Y NO REGULATORIAS VINCULADAS A LA PRODUCCIÓN DE ETANOL CARBURANTE EN BRASIL

El análisis histórico de los contextos domésticos e internacionales permite observar una serie de hitos que se suelen relacionar causalmente con la evolución del mercado. Sin embargo, de acuerdo con las hipótesis planteadas en este artículo, consideramos que, aun cuando estos sean relevantes en la determinación del coste de oportunidad de los actores, el mercado del etanol carburante responde a la relación sincrónica o asíncrona de los costes de oportunidad de ambos actores en un periodo específico del tiempo histórico. Esta relación subyacente de costes de oportunidad da lugar escenarios de convergencia y conflicto que cambian en el tiempo en razón de la evolución de estos costes y que, en conjunto, consideramos que constituyen una forma coherente de explicar la evolución del mercado de biocarburantes en Brasil.

Primer escenario. Periodo de 1931 a 1950. Escenario de conflicto para la producción de etanol carburante: Estado regulador brasileño (+)/sector agroindustrial sucro-alcoholero (-)

En este primer período, se observa que las preocupaciones por el efecto de las crecientes importaciones de derivados del petróleo sobre la balanza de pagos y sus efectos en la economía, así como el permanente riesgo de quiebra en el sector azucarero, a causa de la sobreproducción de azúcar y la caída de los precios, fueron los primeros factores que marcaron el inicio de una política de apoyo gubernamental a la producción de etanol carburante en Brasil (de Castro Santos, 1985). Así, en 1931, se establece el primer mandato de mezcla de etanol con gasolina (importada), así como otras medidas para favorecer la producción y comercialización del biocarburante. Sin embargo, la reticencia de una parte importante del sector azucarero brasileño a la intervención estatal, la influencia permanente de los precios del azúcar en las decisiones de producción y

363

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASILREGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

los riesgos implícitos de inversión vinculados al desarrollo del mercado del etanol carburante incrementarían el coste de oportunidad y reducirían la conducta cooperativa y las posibilidades de convergencia entre el sector sucro-alcoholero y las políticas de gobierno⁴.

Aun cuando se declaró de «interés nacional» a la industria del etanol durante la Segunda Guerra Mundial, dando lugar a una serie de medidas de intervención económica en el sector sucro-alcoholero y energético (personificadas en el rol del Instituto del Azúcar y el Alcohol, IAA), la recuperación posterior de los precios del azúcar redujo la convergencia de intereses entre el Estado y la industria en favor de un potencial incremento de la producción y uso del etanol como carburante alternativo. La intermitencia y la falta de claridad y de consenso entre los productores en relación con los beneficios de destinar una gran parte de las materias primas a los mercados energéticos impidieron que se asentaran las bases para institucionalizar el uso del etanol carburante en el largo plazo mediante una relación cooperativa con el Estado regulador. El riesgo de las inversiones a largo plazo propias de las destilerías de etanol, el comportamiento oportunista de muchos productores ante la variabilidad de los precios de las materias primas en los mercados alimentarios, así como la desconfianza en la intervención del Estado en un sector tradicionalmente libre, obstruyeron el proceso de convergencia de intereses estratégicos del Estado y el sector azucarero, reduciendo las posibilidades de una mayor expansión de la producción del etanol (de Castro Santos, 1979). El alto coste de oportunidad del sector sucro-alcoholero brasileño afectó la convergencia de intereses con el Estado, conduciendo al primer escenario de conflicto.

Segundo escenario. Periodo de 1951 a 1974. Escenario de conflicto para la producción de etanol carburante: Estado regulador brasileño (-)/sector agroindustrial sucro-alcoholero (+)

Durante la postguerra y hasta el inicio de la primera crisis del petróleo, el interés del Estado en el etanol como producto sustituto de la gasolina decayó notablemente, lo que se reflejó en la política energética aplicada en el mercado de carburantes de automoción, más centrada entonces en promover el uso del petróleo como principal fuente de energía (de Castro Santos, 1979).

Desde el sector público, el interés del gobierno en promover el etanol se redujo durante este periodo, principalmente por que los precios del crudo fueron mucho más bajos y el suministro más regular y estable.

4 Además, la producción de etanol no era la única medida para el salvataje del sector azucarero. Había otras medidas enfocadas en regular el comercio con el fin de evitar la caída de los precios. Por ejemplo, mientras se establecía un mandato de mezcla en 1931, también se regulaba el uso de azúcar no importada en el mismo año y se limitaba su producción en 1932 (Szmerecsányi, 1979; 1988).

En estas condiciones, el Estado podía alcanzar sus objetivos políticos de reducción de costes energéticos mediante una estrategia basada en las importaciones de crudo en el mercado internacional y, en menor medida, a través del fomento de la producción nacional y el aumento de la capacidad de refino, sin necesidad de incurrir en políticas de gasto para incentivar la producción de biocarburantes (de Castro Santos, 1979). El IAA había perdido las competencias necesarias para vincular favorablemente la producción de etanol a la política energética de mezclas carburantes, a la par que se fortalecía el poder de decisión del Consejo Nacional del Petróleo (CNP), cuya política energética se centró en minimizar con restricciones el uso del etanol carburante durante este periodo. Por otra parte, desde el sector privado, las fluctuaciones de los precios del azúcar agudizaban las recurrentes crisis de sobreproducción en el sector sucro-alcoholero⁵.

En este contexto, el apoyo del sector sucro-alcoholero por parte del Estado se redujo al mínimo legal establecido para las mezclas de etanol carburante con gasolina, estableciéndose por primera vez un límite legal máximo para las mezclas carburantes. Para compensar el repliegue estatal, se adoptaron una serie de medidas de apoyo al sector, pero desvinculadas del uso del etanol como carburante de automoción, tales como el uso industrial del etanol, el apoyo a las exportaciones de azúcar, el control de la producción de azúcar y el impulso para la modernización del sector agroindustrial (Szmerecsányi, 1979). Esta asincrónica relación de costes de oportunidad entre el Estado y el sector sucro-alcoholero dio lugar al segundo escenario de conflicto.

Tercer escenario. Periodo de 1975 a 1985. Escenario de convergencia positiva para la producción de etanol carburante: Estado regulador brasileño (+)/ sector agroindustrial sucro-alcoholero (+)

La caída de los precios del azúcar y el impacto económico que produjeron las crisis petroleras de 1973 y 1979 determinaron el establecimiento de las condiciones necesarias y suficientes para la convergencia positiva en el impulso político y económico al etanol carburante durante este periodo, marcado por una plétora de políticas de expansión del mercado del etanol carburante en Brasil, conocida como el Plan Nacional del Alcohol (PNA) o Pro-alcohol, en 1975. Un año después, en 1976, se estableció el programa de racionalización del uso de carburantes, constituido por una serie de medidas para reducir el consumo de

5 Con la ley 4452 de 1964 se legalizó el control de la CNP sobre el etanol carburante y, con esto, la prioridad de la política energética de combustibles del CNP sobre las políticas de ayuda al sector del azúcar del IAA. Como producto del cambio institucional, el precio del etanol no se vincularía más al precio del azúcar, sino al precio de la gasolina, lo cual afectaría los ingresos de los productores, dado que el etanol era más caro de producir. Además, el CNP podía determinar el precio del etanol para las mezclas carburantes de forma autónoma, pudiendo minimizar el coste derivado de los mandatos de mezcla (Numberg, 1978).

derivados del petróleo (incluyendo el diferencial fiscal del 50% sobre el precio final de la gasolina o el diésel). A su vez, en 1977 se lanza el primer objetivo de sustitución de 20% de la gasolina consumida en el mercado del transporte para 1980 (Goldemberg & Macedo, 1994; da Costa, 2003).

Aun con las ambigüedades e inconsistencias institucionales que podrían explicar los retardos y la falta de claridad en la definición de las políticas, las medidas estatales para incentivar la producción en el sector sucro-alcoholero fueron muy importantes para la expansión del mercado durante el lanzamiento del PNA⁶. Durante la primera fase del PNA, el objetivo central fue incrementar la capacidad de producción de etanol de la industria brasileña. La regulación para el incremento del porcentaje mínimo de mezclas carburantes, el financiamiento de la cadena de producción, las políticas para el incremento del suministro de caña y la expansión de las tierras de cultivo, así como el desarrollo de la capacidad de distribución y logística del etanol, fueron los principales incentivos desplegados para alcanzar un notable aumento de la producción durante este periodo, reflejando una situación de plena convergencia entre el estado y el sector sucro-alcoholero (Puerto Rico & otros, 2010; Baccarin, 2005).

En cualquier caso, los objetivos del gobierno brasileño se hubieran visto truncados si el coste de oportunidad de producción de etanol carburante hubiera sido alto para el sector agroindustrial sucro-alcoholero. Sin embargo, en 1974 las condiciones en el mercado internacional del azúcar estaban empeorando drásticamente, mientras que se acumulaban los *stocks* a niveles alarmantes. El desequilibrio entre la oferta y la demanda mundial de azúcar, los subsidios y el proteccionismo en los países industrializados, el incremento mundial de *stocks*, así como los altos niveles de productividad y producción de las cosechas (como resultado de las inversiones estimuladas por los altos precios del azúcar en años anteriores), configuraron un escenario realmente crítico para los productores brasileños de azúcar en el primer lustro de la década de 1970 (Szmrecsányi & Moreira, 1991). Ante esa situación, la producción de alcohol se presentaba como válvula de escape a una seria situación de crisis del sector (Nastari, 1983; Numberg, 1978).

Un nuevo y significativo incremento del precio internacional del petróleo en 1979 dio paso a la segunda fase del PNA, marcada por el crecimiento del mercado, la expansión del cultivo de la caña, la introducción en el mercado de los vehículos de consumo exclusivo

6 La política brasileña buscaba reducir el déficit en la balanza de pagos mediante la sustitución de gasolina por alcohol y la expansión de la producción doméstica de crudo y otras fuentes de energía autóctonas, así como a través de la investigación de fuentes alternativas para su desarrollo a mediano y largo plazo.

de etanol (VCEE) —tras los acuerdos con la Asociación Nacional de Fabricantes de Vehículos Automotores (ANFAVEA)— y, con esto, el aumento de la importancia del etanol hidratado frente al etanol anhidro usado en las mezclas. Estos vehículos funcionaban con etanol hidratado, y su adquisición era subvencionada mediante incentivos fiscales en relación con los precios de adquisición de los vehículos a gasolina —reducción del Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI), el Impuesto sobre Circulación de Mercancías (ICM) y otros— (da Costa, 2003). Complementariamente, se establecieron incentivos fiscales al consumo minorista de etanol hidratado en relación con la gasolina, estableciéndose un precio de paridad equivalente primero al 65% y luego al 59% del precio de la gasolina en bomba. Con los altos precios de los carburantes fósiles y los incentivos al consumo de etanol hidratado, el coste de oportunidad para la adquisición de vehículos a gasolina de los consumidores finales se incrementó notablemente, situación que favoreció un progresivo incremento de las ventas de vehículos propulsados con etanol hidratado y una reducción drástica de las ventas de los vehículos a gasolina (ANFAVEA, 2013). De acuerdo con nuestro marco teórico, estas condiciones reflejan las características regulatorias y no regulatorias de un escenario de convergencia positiva.

Cuarto escenario. Periodo de 1986 a 1996. Escenario de conflicto para la producción de etanol carburante: Estado regulador brasileño (-)/sector agroindustrial sucro-alcoholero (+)

En el periodo de 1986 hasta 1990, aun cuando muchos instrumentos del PNA continuaban existiendo formalmente, los vectores que llevaron a una convergencia entre el sector privado y el sector público en torno a la expansión del uso energético de la caña de azúcar se iban diluyendo de forma paulatina, al mismo tiempo que aumentaban los cuestionamientos a su continuidad. La precariedad de las finanzas públicas brasileñas, agravada paulatinamente por la crisis del endeudamiento externo, la inflación y sus repercusiones fiscales, así como el giro hacia una nueva política antiinflacionaria, reducirían la capacidad de gasto del gobierno y el apoyo público al PNA. Además, el precio del etanol carburante comenzó a ser fijado por debajo del coste medio de producción de las plantas y destilerías (Borges, 1992). Así, la producción de etanol prácticamente se estancó entre 1986 y 1990, conduciendo a crisis de abastecimiento en 1989 y 1990, situación que propició una reducción abrupta en la venta de vehículos VCEE (da Costa, 2003).

Uno de los principales elementos que influyó en el desajuste de la relación subyacente de convergencia fueron los precios de la energía. Revirtiendo los patrones de crecimiento de la década anterior, el precio del petróleo presentó una considerable caída durante la década de 1980, asentándose en gran parte de la década de 1990. Además, la producción

367

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASILREGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

autóctona de petróleo pasó a representar el 50% del suministro de crudo en Brasil en la segunda mitad de la década de 1980. Como consecuencia, los gastos de divisas relacionados con las importaciones de crudo y derivados cayeron significativamente, lo que quitó peso al argumento del déficit en la balanza de pagos en el que se justificaba el apoyo al etanol (IPEA, 2013).

En la década de 1990 continuaría el escenario de bajos precios del petróleo en un panorama energético de aumento de la producción nacional, pero, además, con unas peores condiciones en el mercado de automóviles propulsados por el biocarburante de caña. La confianza en los vehículos de consumo exclusivo de etanol hidratado disminuyó significativamente —y, con ello, disminuyeron también sus ventas—, comprometiendo la estabilidad de la demanda en el largo plazo (Teixeira & otros, 2006; Pinheiro, 2000). En 1995, se liberalizan los precios del azúcar distintos al cristal estándar; y, en 1996, los de la caña y del azúcar estándar. Con ello culmina el escenario de conflicto entre el Estado y el sector sucro-alcoholero, especialmente en las regiones menos productivas y menos competitivas, generando una reorganización industrial y, posteriormente, la oposición abierta de los grandes productores brasileños ante las políticas de liberalización del mercado del azúcar, la desregulación y la retracción de las políticas de apoyo al uso energético del etanol hidratado carburante (da Costa, 2003). El escenario de convergencia favorable al uso del etanol de caña de azúcar había revertido en un escenario de conflicto.

Quinto escenario. Periodo 1997-2000. Escenario de convergencia negativa para la producción de etanol carburante: Estado regulador brasileño (-)/ sector agroindustrial sucro-alcoholero (-)

Durante el primer lustro de la década de 1990, cuando los precios del azúcar estaban en su nivel más alto, los empresarios se mostraron poco preocupados por la política estatal aplicada en el sector del alcohol, redirigiendo la agricultura de la caña hacia el incremento de la producción de azúcar y la reducción de la producción de alcohol. Así, si en 1990 el 72% de la producción de caña se dedicaba al etanol, en 2003 la proporción había descendido hasta el 49%, como resultado también del hecho de que las exportaciones de azúcar habían dejado de ser monopolio público. Esta actitud, aunque bastante racional para una perspectiva de corto plazo, tuvo consecuencias negativas a largo plazo, principalmente porque el desabastecimiento del biocarburante en el mercado impactó aun más en la reducción de las ventas de vehículos VCEE, reduciendo aun más el tamaño del mercado salvaguarda del sector azucarero (Baccarin, 2005).

Como el etanol no podía reducir sus costes de producción y los precios del petróleo permanecían bajos, se establecieron una serie de medidas

públicas fuera del mercado, especialmente para el etanol hidratado, con el fin de ayudar a que fuera más competitivo. Sin embargo, en un contexto en el que el Estado se preocupaba poco por los precios del petróleo, estas medidas fueron limitadas e insuficientes para reducir el coste de oportunidad de los productores del sector sucro-alcoholero e incrementar la producción del biocarburante (Baccarin, 2005).

Ante la caída de los precios internacionales del azúcar al final del periodo, la política liberal fue confrontada por las empresas y entidades vinculadas al sector sucro-alcoholero. La institución de normas y órganos específicos para el sector sucro-alcoholero fue una respuesta a la corriente desreguladora. Así, la etapa final del proceso de desregulación estuvo marcada por la tensión y el conflicto. Por ello, no se alcanzó una plena desregulación del sector, sino que se dio paso a un nuevo marco institucional y regulatorio que se activaría plenamente cuando las condiciones suficientes en los mercados de energía y en los mercados alimentarios del azúcar favorecieran la convergencia en torno al uso del etanol carburante. Las disputas políticas sobre la eliminación de la intervención del Estado en la economía dieron como resultado un proceso largo y fragmentado de desregulación del sector. Dicho proceso dio lugar a una nueva forma de regular el mercado bajo un paradigma menos interventor que el aplicado durante el lanzamiento del PNA, aunque no pueda hablarse de un mercado del etanol carburante completamente desregulado y liberalizado (Moraes, 2000). La convergencia de altos costes de oportunidad, tanto para el estado como para el sector sucro-alcoholero, hizo que el anterior escenario de conflicto diera paso a un escenario de convergencia negativa bastante más desfavorable para el sector del etanol.

Sexto escenario. Periodo de 2000 a 2013. Escenario de convergencia expansivo para la producción de etanol carburante: estado regulador brasileño (+)/sector agroindustrial sucro-alcoholero (+)

La crisis del mercado interno del etanol carburante y el comportamiento desfavorable en los mercados del azúcar reducirían significativamente el coste de oportunidad del sector sucro-alcoholero brasileño en torno al incremento de la producción de etanol para su uso energético en el transporte. El peor momento atravesado por el sector sucro-alcoholero ocurrió al final de la década de 1990, cuando la liberalización efectiva de precios de etanol hidratado coincidió con el declive del precio internacional del azúcar, en un contexto de exceso de oferta en el mercado del azúcar que redujo aun más los precios. El miedo a la quiebra movilizó a los empresarios del sector para solicitar nuevas medidas públicas de apoyo ante la gravedad de la situación (Moraes, 2000).

Con el nuevo incremento de los precios del crudo y la situación en los mercados de los productos de la caña se daría paso a un nuevo y favorable

369

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASILREGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

marco institucional y regulatorio para el sector sucro-alcoholero desde los primeros años de la década del 2000. En dicho marco, se buscaría consolidar el uso de la caña de azúcar y el etanol como una de las principales fuentes de energía primaria en la matriz energética brasileña. Asimismo, durante esta fase se fortalecería la política medioambiental, la cual constituía uno de los principales fundamentos del apoyo del gobierno a la institucionalización de la industria de biocarburantes en la política energética brasileña, justificando la aplicación de subsidios y otras medidas de protección del sector con el fin de internalizar los costes externos derivados del consumo de carburantes fósiles en el transporte rodado (Goldemberg & otros, 2008; Goldemberg & otros, 2013).

La competitividad del etanol carburante frente a la gasolina ganaba fuerza y salía de la competencia administrativa de la empresa PETROBRAS. Con la ley 10336/2001, la cual instituyó la Contribución de Intervención para el Desarrollo Económico (CIDE) —aplicada sobre la importación y la comercialización de petróleo y sus derivados, gas natural y etanol carburante—, se legalizó la diferenciación del trato fiscal y los subsidios al etanol. A su vez, parte de su recaudación tenía como objetivo subsidiar los precios y el transporte del etanol. Asimismo, la ley 13/5/2002 o Ley del Etanol establecía una nueva línea de subsidios al precio y al transporte del biocarburante. Con estas medidas se garantizaba una fuente de recursos públicos para el financiamiento de la producción, almacenamiento y transporte del etanol, así como de su materia prima.

En este período aparece también en el mercado una nueva tecnología de vehículos, la cual sería un factor clave para la recuperación del consumo de etanol hidratado. Mediante un compromiso entre el sector de la industria automotriz, representada por la Asociación Nacional de Fabricantes de Vehículos Automotores (ANFAVEA), y el Gobierno, se lanzaron al mercado modelos utilitarios que podían consumir tanto gasolina como mezclas con etanol anhidro, así como etanol hidratado puro. Dichos modelos, conocidos como vehículos de consumo flexible o «Flex-fuel», reducían el riesgo de adquisición de vehículos que solo podían consumir el biocarburante de caña, al no estar atados tecnológicamente a una sola fuente de energía (de Freitas & Kaneko, 2011; Puerto Rico, 2010). Así, las ventas de vehículos Flex se dispararon desde menos de un 5% en 2003 a más del 85% en 2009 (ANFAVEA, 2013). A este efecto hay que sumar, además, el incremento de los mandatos de mezcla producido en 1993, justificado sobre la base de la internalización de costes ambientales⁷.

⁷ La medida más significativa fue la ley 8723/1993, la cual fijaba un porcentaje de mezcla de 22% de adición de etanol anhidro a la gasolina, en favor de la protección medioambiental. Con la ley 10203 del 22 de febrero de 2001 se dio mayor flexibilidad, permitiendo que el porcentaje de mezclas se establezca en una banda de entre un 20% y un 24%, dependiendo de la mayor o menor disponibilidad de etanol en el mercado.

Consideramos que este escenario de convergencia positiva se extiende hasta la actualidad, principalmente porque las condiciones para el crecimiento de la cuota de etanol en la matriz energética brasileña permanecen todavía vigentes. Además de que los precios del petróleo se mantienen elevados y las importaciones de gasolina se incrementaron significativamente desde el año 2010, la producción de etanol sigue siendo una opción atractiva para el sector agroindustrial. Por un lado, la variabilidad del coste de producción se encuentra atenuada por un sistema regulatorio que estimula la producción, asegurando niveles mínimos de demanda. Por otro lado, el crecimiento de la productividad del azúcar en Brasil, así como en otros países productores, ha elevado el riesgo de sobreoferta. La confluencia de bajos costes de oportunidad en relación con la producción de etanol carburante por parte del sector sucroalcoholero y el apoyo político por parte del gobierno configuró el segundo escenario de convergencia positiva y las mejores condiciones regulatorias y no regulatorias para la expansión del sector.

371

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASILREGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

IV. CONTRASTACIÓN Y ANÁLISIS EMPÍRICO

Una vez planteada en forma de hipótesis la dinámica histórica de la relación de costes de oportunidad entre los principales actores del mercado de biocarburantes en Brasil y tras haber condensado tal interacción en lo que hemos denominado distintos escenarios de convergencia y conflicto, pasamos a contrastar empíricamente su validez al considerar que los cambios observados en la relación subyacente resultan ser elementos determinantes para entender la evolución histórica del mercado de biocarburantes en Brasil. En concreto, consideramos como hipótesis de partida que los posibles cambios entre los escenarios identificados han marcado la evolución del mercado de etanol carburante en Brasil desde sus orígenes hasta la actualidad.

La técnica empleada para el contraste de hipótesis será el análisis de interrupción de series temporales, representadas como modelos autorregresivos integrados de medias móviles (ARIMA), complementadas con funciones de transferencia que recojan la posible conexión entre intervenciones y efectos. Los modelos de intervención derivados del modelo general de series temporales permiten analizar el patrón de regularidad con el fin de observar el impacto de variables exógenas o independientes —correspondientes en nuestro análisis a los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto planteados— que han podido afectar el comportamiento de la serie a lo largo de su evolución en el tiempo (Box & Tiao, 1975). En este planteamiento metodológico, la significatividad de las variables que representan estas conexiones específicas determinará si existe o

no una base empírica para sostener que el sector de los biocarburantes ha evolucionado de acuerdo a los escenarios planteados, más allá de la evolución esperada en la serie temporal de producción a partir de sus patrones estimados de cambio (representados en el modelo ARIMA subyacente).

Con el fin de analizar las modificaciones en la variable dependiente a lo largo del tiempo, la línea base tiene que ser estable, debiendo comenzar con un periodo de registro de observaciones con ausencia de intervención, y lo suficientemente extenso como para asegurar un estado inicial de lo estudiado (Crosbie, 1993). La presencia de una fase «de intervención» corresponde a la interrupción de la serie, y en este punto es muy importante estudiar la variabilidad, que generalmente vendrá expresada en cambios de la tendencia (McDowall & otros, 1980). Asimismo, las intervenciones difieren tanto en el comienzo del impacto, que puede ser abrupto o gradual, como en la duración, que puede ser permanente o solo temporal (Neustrom & Norton, 1993). Así, de acuerdo con el marco conceptual de análisis, el cambio a un escenario de convergencia positiva tendrá un impacto en forma de expansión abrupta de la serie de producción, con un valor significativamente positivo en el estimador correspondiente de la función de transferencia, mientras que el cambio a un escenario de convergencia negativa tendrá el efecto contrario. El cambio a un escenario de conflicto, por su parte, se plasmará en cambios menos relevantes en la tendencia, negativos o positivos en función de que el escenario de partida fuera de convergencia positiva o negativa, respectivamente. La evolución en los escenarios de convergencia y conflicto se plantea así como una cadena de cambios estructurales que podrían apreciarse en el comportamiento de las tendencias y no tanto en las variaciones puntuales que aparezcan a lo largo de la serie temporal de la variable analizada. Consideramos que el análisis de series temporales interrumpidas resulta idóneo para esta tarea, en tanto puede configurarse como un tipo de análisis de regresión en el cual a las variables de predicción se les atribuye haber tenido un impacto sobre la variable de respuesta observada en distintos puntos de tiempo, permitiendo un tratamiento más potente a partir de datos autocorrelacionados (como son esperables en este planteamiento) (McCleary & Hay, 1980).

Una vez realizado el análisis exploratorio de modelización para la serie temporal de producción de etanol carburante mediante el *software* estadístico Statistical Analysis System/Econometrics and Time Series Analysis (SAS/ETS) y habiendo introducido los escenarios de convergencia y conflicto en el modelo como parámetros de intervención (la hipótesis), el paso siguiente ha sido evaluar la significancia estadística del impacto de los escenarios que forman la

hipótesis en el desarrollo de las series, lo que, en definitiva, equivale a contrastar la validez de la aproximación realizada. De acuerdo con el enfoque aplicado para analizar el desarrollo de la producción de etanol en el mercado brasileño de biocarburantes, consideramos que la evolución de la producción de etanol carburante se corresponde con seis periodos identificados, los cuales están determinados por escenarios de convergencia y conflicto entre el Estado-regulador y el sector sucro-alcoholero de Brasil. Estos escenarios están caracterizados por una serie de medidas regulatorias y no regulatorias que han afectado el comportamiento del mercado. El objeto de la presente contrastación empírica es verificar si el modelo expuesto es adecuado para explicar la forma en que ha evolucionado la producción de etanol carburante en el mercado brasileño. El orden de los diferentes escenarios de convergencia y conflicto puede ser sintetizado en la tabla 3.

Tabla 3: Escenarios de convergencia y conflicto sobre el desarrollo de la producción de etanol carburante en Brasil

Periodo	Estado-Regulador	Sector Agroindustrial	Tipo de escenario	Condiciones regulatorias y no regulatorias
1931-1950	(+)	(-)	Conflicto	Restringidas
1951-1975	(-)	(+)	Conflicto	Restringidas
1975-1985	(+)	(+)	Convergencia positiva	Maximizadas
1986-1996	(-)	(+)	Conflicto	Restringidas
1997-2000	(-)	(-)	Convergencia negativa	Minimizadas
2000-2013	(+)	(+)	Convergencia positiva	Maximizadas

Fuente: elaboración propia

Las intervenciones que determinarían los escenarios de convergencia y conflicto en el mercado brasileño y que deberían marcar los cambios de tendencia sobre la serie temporal de producción han sido incluidas en el análisis de intervención siguiendo el orden planteado en la Tabla 4.

373

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

Tabla 4: Hipótesis sobre el impacto de los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto en la evolución de la producción de etanol carburante en Brasil

Años de inicio del cambio	Cambios de escenarios	Efectos en la producción
1975	Conflicto → Convergencia positiva	Expansión abrupta
1986	Convergencia positiva → Conflicto	Contracción moderada
1997	Conflicto → Convergencia negativa	Contracción abrupta
2000	Convergencia negativa → Convergencia positiva	Expansión abrupta

Fuente: elaboración propia

Para efectuar el análisis sobre la serie temporal de producción de etanol carburante en Brasil, hemos utilizado una serie temporal conformada por 82 observaciones anuales, la cual incluye de forma agregada tanto la producción de etanol anhidro como la producción de etanol hidratado. Los datos de la serie han sido recogidos del Instituto de Investigación Económica Aplicada de Brasil (IPEA) —desde el año 1930 hasta el año 2008— y de la Agencia Nacional del Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles (ANP) —desde el año 2009 hasta a la actualidad—.

Después de ajustar los modelos candidatos mediante el software estadístico SAS/ETS, y sobre la base de los resultados obtenidos en el análisis de idoneidad y precondiciones, observamos que el ajuste es consistente utilizando un modelo autorregresivo de orden (1), AR (1, 0, 0), con las siguientes intervenciones:

Tabla 5

Parámetros de intervención combinados con el modelo AR (1, 0, 0) para la serie temporal de producción de etanol en Brasil					
Efecto rampa o Tendencia	1975	1986	1997	2000	
Efecto desnivel o cambio de nivel					2011

Fuente: elaboración propia

Los resultados que ofrece el análisis de autocorrelaciones, así como el test de ruido blanco (*Ljung-Box chi square statistics*) y el test de raíces unitarias para evaluar la estacionaridad del Modelo (*Augmented Dick-Fuller Test*), son adecuados y compatibles con un modelo consistente. Con las condiciones de ajuste e idoneidad verificadas en el modelo,

podemos pasar a analizar los resultados de las estimaciones de los parámetros del modelo de la serie de producción de etanol. Como hemos mencionado líneas arriba, si las hipótesis que explican la evolución de la producción en Brasil son válidas, los resultados deberán ser congruentes con el impacto de los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto sobre la serie temporal de producción de etanol en Brasil⁸. Los correspondientes coeficientes estimados y sus estadísticos de error se presentan en la tabla 6.

Tabla 6: Estimación de parámetros.
Serie temporal de producción de etanol carburante en Brasil

Modelo AR (1, 0, 0) + Intervenciones tipo rampa en 1975, 1986, 1997, 2000 y 2011 + tipo desnivel en 2011				
Parámetro del modelo	Estimación	Error estándar	T	Prob >:T
Autoregresivo, retardo 1	0,47352	0,1055	4,4894	<.0001
Efecto tipo rampa 1975	955621	50819	188045	<.0001
Efecto tipo rampa 1986	-595051	131747	-4.5166	<.0001
Efecto tipo rampa 1997	-2073632	383408	-5,4084	<.0001
Efecto tipo rampa 2000	3554421	396503	89644	<.0001
Efecto tipo desnivel 2011	-6616581	883796	-74865	<.0001
Varianza del modelo	6,19525E11	-	-	-
Rango del ajuste 1930 a 2013				

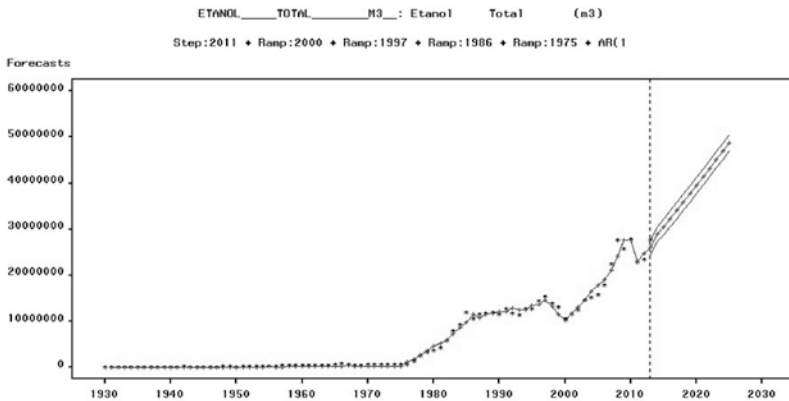
Fuente: elaboración propia

Puede observarse en los resultados presentados que, de forma coherente con lo establecido en el desarrollo de las hipótesis sobre la producción de etanol en Brasil, el impacto de los cambios de los escenarios de convergencia y conflicto responde significativamente a choques exógenos tipo «rampa o tendencia». Por un lado, podemos observar que el sentido de la estimación de los escenarios iniciados en los años 1975 y 2000 presenta signos positivos, mientras que la respuesta estimada del impacto para estos parámetros tipo rampa resulta claramente significativa. Estos resultados son compatibles con la hipótesis de que el cambio en los escenarios ha llevado a una considerable expansión de la producción en relación con los periodos inmediatamente anteriores.

⁸ Como se ha mencionado, se han realizado análisis previos de idoneidad y consistencia mediante el test de ruido blanco (*Ljung-Box Chi square statistics*) y el test de raíces unitarias para evaluar la estacionariedad del modelo (*Augmented Dick-Fuller Test*), así como el análisis de los residuos y de las autocorrelaciones.

Por otro lado, podemos observar que los resultados correspondientes a los cambios hacia los escenarios de conflicto y convergencia negativa iniciados en 1986 y 1997, además de ser notablemente significativos, presentan signos negativos. Estos resultados son coherentes con las hipótesis de que los cambios en los escenarios señalados han tenido efectos contractivos en la producción de etanol durante sus respectivos periodos de duración. En el caso del cambio de tendencia desde 1986, la subhipótesis de que el escenario de conflicto entre el Estado y el sector sucro-alcoholero de Brasil condujo a un estancamiento del ritmo de producción de etanol carburante en relación con el periodo anterior y, por tanto, a una contracción moderada de esta, es coherente con los resultados. De forma análoga, se observa que, en el caso del escenario de convergencia negativa entre el sector sucro-alcoholero y el gobierno iniciado en 1997, se originó una abrupta caída de la producción de biocarburante en el mercado brasileño. La representación gráfica del modelo ajustado se presenta en el gráfico 1, mientras que el gráfico 2 presenta una relación entre las cifras reales de producción y los escenarios temporales identificados.

Gráfico 1: Modelización de la evolución de la producción de etanol carburante en Brasil

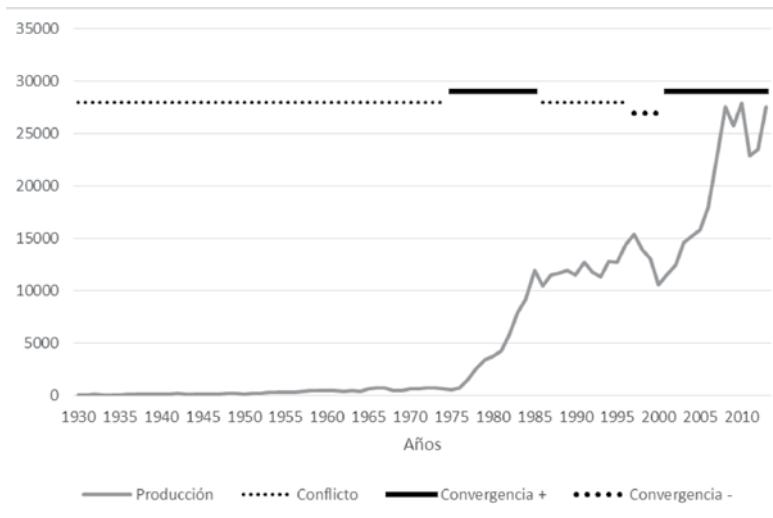


Fuente: elaboración propia

Asimismo, de acuerdo con estos resultados, el declive de la producción observado desde 2011 responde a un cambio de nivel y no tanto a un cambio de tendencia. Así, mientras que el efecto rampa no resulta estadísticamente significativo, el efecto cambio de nivel sí resulta significativo, y su magnitud negativa muestra una caída del nivel de producción que se da dentro del propio escenario de convergencia positiva. Como el efecto rampa presenta una nula significancia estadística, los resultados no revelan un cambio de pendiente o

tendencia, por lo que podemos asumir que la relación subyacente continúa siendo de convergencia positiva. En este sentido, los resultados obtenidos del análisis de intervención son coherentes con la hipótesis de que se mantiene el escenario de convergencia positiva entre el sector agroindustrial y el Estado, a pesar de la caída puntual de la producción observada en los últimos años.

Gráfico 2: Producción total de etanol en Brasil (1930-2013) y escenarios de producción identificados



Fuente: elaboración propia

V. CONCLUSIONES

La producción de biocarburantes para el transporte rodado es una variable compleja, cuya evolución es sensible tanto a los cambios políticos y regulatorios como al desarrollo de los mercados conexos, principalmente el del petróleo y los de los correspondientes cultivos agroindustriales. Más concretamente, consideramos y defendemos que todos estos cambios configuran diferentes escenarios, caracterizados por la coincidencia o el enfrentamiento de intereses entre los distintos agentes relevantes, públicos y privados, y que son estos distintos escenarios de convergencia o de conflicto los que finalmente influyen en las decisiones de producción de biocarburantes y, por consiguiente, en la evolución de las series de producción.

Sobre la base de este planteamiento, el presente artículo desarrolla la hipótesis de que la evolución de la producción de etanol en Brasil desde la década de 1930 hasta nuestros días ha venido marcada principalmente

377

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

por la influencia de seis escenarios consecutivos de convergencia o conflicto. El primer escenario, entre 1931 y 1950, estaría marcado por el conflicto entre un Estado regulador favorable a la sustitución del petróleo por etanol y un sector agroindustrial sin demasiados incentivos para posicionarse claramente en el sector energético. El segundo escenario, entre 1951 y 1974, se caracterizaría también por una situación de conflicto, en este caso entre un Estado reticente a intervenir dados los bajos precios del petróleo y un sector agroindustrial que sufría los efectos de precios bajos y fluctuaciones en el mercado del azúcar. Entre 1975 y 1985, el escenario sería de convergencia positiva, impulsado por las crisis del petróleo de 1973 y 1979 y la inestabilidad del mercado del azúcar tras el *boom* de los productos agrícolas de principios de la década de 1970, dando lugar al Plan Nacional del Alcohol en 1975. El período entre 1986 y 1996 sería testigo nuevamente de un escenario de conflicto, esta vez entre un Estado regulador atenuado por la precariedad de las finanzas públicas y un sector agroindustrial enfrentado a una crisis por la mala situación en el mercado internacional del azúcar. El quinto escenario, entre 1997 y 2000, se caracterizaría por una situación de convergencia negativa, en el que los incentivos para desarrollar el mercado de etanol eran bajos tanto para el Estado regulador, debido a los relativamente bajos precios del petróleo, como para el sector agroindustrial, debido a la apertura de los mercados de exportación de azúcar para los productores y la menor demanda interna de etanol. Por último, el sexto escenario, entre 2000 y 2013, y posiblemente hasta nuestros días, sería un escenario de convergencia positiva, en el que el Estado interviene efectivamente en el mercado de carburantes —movido por el significativo aumento de los precios del petróleo, así como por el coste social medioambiental derivado del uso del petróleo—, mientras que el sector agroindustrial, expuesto a la inestabilidad y a los bajos precios del azúcar en el mercado internacional, ve reducido el coste de oportunidad vinculado a la producción de etanol, convirtiendo al carburante de caña en una herramienta eficaz para reducir el exceso de oferta de azúcar en los mercados y contener la caída de los precios.

La hipótesis de la consecución de escenarios explicativos de la evolución de la producción de etanol en Brasil ha sido evaluada sobre un modelo de series temporales interrumpidas, en el que los momentos temporales de cambio de escenario se introducen como variables exógenas para contrastar económicamente la significancia de las influencias. El modelo ha sido estimado con ayuda del software SAS/ETS, sobre una serie temporal con datos anuales de producción de etanol desde 1930.

Los resultados han mostrado coherencia con la hipótesis planteada, en todos los casos con una alta significatividad en la estimación estadística de los parámetros de intervención, lo que sugiere que el modelo basado en escenarios de convergencia y conflicto puede resultar un mecanismo

de análisis coherente para explicar la evolución de la producción de etanol carburante en Brasil. Este planteamiento, basado en relaciones de convergencia y conflicto entre el Estado regulador brasileño y el sector privado agroindustrial, ayuda a comprender más claramente qué condiciones y contextos influyen en el desarrollo o el estancamiento del sector de los biocarburantes en distintos momentos en el tiempo.

Así, puede observarse que ni el sector privado, ni el sector público, han podido en ningún momento histórico generar una expansión considerable del mercado de biocarburantes actuando de forma autónoma; en todos los escenarios de expansión contrastados en el artículo ha habido una relación de convergencia de intereses entre el gobierno y los actores privados involucrados. La regulación o las imperfecciones del mercado no imponen por sí mismas una convergencia de intereses entre el ámbito privado y público para el desarrollo de fuentes alternativas de energía de origen biológico. Esta dependerá, más bien, de que los costes de oportunidad en torno al desarrollo de biocarburantes en ambos sectores se reduzcan de forma sincrónica en un periodo determinado de tiempo. Ello depende, a su vez, de otros factores que pueden estar fuera del control de los agentes implicados, quizá en los mercados alimentarios o, más genéricamente, en los mercados de factores de producción agrícola. Debido a esto, la convergencia de intereses no siempre se ha logrado, y los resultados de regulación y políticas públicas en ocasiones no han sido los deseados.

La divergencia de costes de oportunidad para la expansión del mercado de biocarburantes puede tener también su origen en el sector público. El Estado regulador puede encontrar políticamente más rentable ampliar el haz de posibilidades de sustitución de importaciones energéticas, incluyendo fuentes de energía primaria de origen fósil además de energías renovables. El desarrollo de nuevas fuentes alternativas a las importaciones energéticas dependerá por tanto de cómo influyan en la renta política de los gobiernos vectores como el coste de la energía, la protección medioambiental, la protección de los sectores estratégicos o políticamente importantes, o los potenciales clivajes en el ámbito de la energía y la agricultura. Estas restricciones se pueden extrapolar como parte del análisis de costo-efectividad de las políticas públicas relacionadas con el sector en otros países.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ajanovic, Amela & Reinhard Haas (2010). Economics Challenges for Future Relevance of Biofuels in Transport in EU Countries. *Energy*, 35, 3340-3348.

ANFAVEA (2013). *Anuário da Indústria Automobilística Brasileira ANFAVEA*. Recuperado de <http://www.anfavea.com.br/>.

379

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

ANP (2013). *Evolução do mercado de combustíveis e derivados: 2000-2012*. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-Superintendência de Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico.

Baccarin, José Giacomo (2005). *A desregulamentação e o desempenho do complexo sucroalcooleiro no Brasil*. Tesis de Doctorado. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos.

Baker Institute (2010). *Fundamentals of a Sustainable US Biofuels Policy*. Houston: James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University.

Barzelay, Michael (1986). *The Politicized Market Economy: Alcohol in Brazil's Energy Strategy*. Berkeley: University of California Press.

Borges, Júlio Maria Martins (1992). Custos, preços e competitividade do álcool combustível. *Revista Brasileira de Energia*, 2(2), 163-175.

Box, George E.P. & George C. Tiao (1975). Intervention Analysis with Applications to Economic and Environmental Problems. *Journal for the American Statistical Association*, 70 (349), 70-92.

Crosbie, John (1993). Interrupted Time-Series Analysis with Brief Single-Subject Data. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 61(6), 966-974.

BP. Outlook in Brief. Recuperado de <http://www.bp.com/en/global/corporate/about-bp/energy-economics/statistical-review-of-world-energy/statistical-review-downloads.html>

Da Costa, Mário Luiz Oliveira (2003). *Setor Sucroalcooleiro. Da rígida intervenção ao livre mercado*. São Paulo: Editora Método.

Da Rocha Sampaio, Rômulo Silveira (2010). Leadership Challenges: Biofuels and the 2009 Brazilian National Climate Change Policy Act. *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2, 189-196.

De Castro Santos, Maria Helena (1979). The Politics of Energy Crises in Brazil: An Overview. Ponencia presentada en VIII Annual Meeting of the Latin-American Studies Association. Pittsburg.

De Castro Santos, Maria Helena (1985). *Alcohol as Fuel in Brazil: An Alternative Energy Policy and Politics*. Tesis doctoral. Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology.

De Freitas, Luciano Charlita & Shinji Kaneko (2011). Ethanol Demand under the Flex-Fuel Technology Regime in Brazil. *Energy Economics*, 33, 1146-1154.

Demirbas, Ayhan (2009). Progress and Recent Trends in Biodiesel Fuel. *Energy Conversion and Management*, 50, 14-34.

Duffield, James A. & otros (2008). *Ethanol Policy: Past, Present, and Future*. *South Dakota Law Review*, 53(3), 425-453.

Earley, Jane (2009). *US Trade Policies on Biofuels and Sustainable development*. ICTSD Programme on Agricultural Trade and Sustainable Development/

ICTSD Global Platform on Climate Change, Trade Policies and Sustainable Energy. Issue Paper 18.

European Commission (2007). Impact Assessment Renewable Energy Roadmap March 2007. The impact of a minimum 10% obligation for biofuels use in the EU-27 in 2020 on agricultural markets. Directorate-General for Agriculture and Rural development.

FAO (2008). Bioenergy Policy, Markets and Trade And Food Security. Technical background document from the expert consultation held on 18 to 20 February 2008. Roma.

Giesecke, James A. & otros (2009). The Downside of Domestic Substitution of Oil with Biofuels: Will Brazil Catch the Dutch Disease? *Studies in Regional Science. Brazilian Regional Structural Adjustment to Rapid Growth in Global Ethanol Demand*, 39 (1), 189-207.

Goldemberg, Jose & Isaias C. Macedo (1994). Brazilian Alcohol Program: An Overview. *Energy for Sustainable Development*, 1(1), 17-22.

Goldemberg, Jose & otros (2013). The Rationality of Biofuels. *Energy Policy*, 61, 595-598.

Goldemberg, Jose & otros (2014). Oil and Natural Gas Prospects in South America: Can the Petroleum Industry Pave the Way for Renewables in Brazil? *Energy Policy*, 64, 58-70.

Goldemberg, Jose & otros (2008). The Sustainability of Ethanol Production from Sugarcane. *Energy Policy*, 36, 2086-2097.

Goldemberg, Jose & otros (2004). Ethanol Learning Curve. The Brazilian Experience. *Biomass and Bioenergy*, 26, 301-304.

Halff, Antoine (2008). Energy Nationalism, Consumer Style: How the Quest for «Energy Independence» Undermine U.S Ethanol Policy and Energy Security. *Stanford Law & Policy Review*, 19, 402-425.

Hathaway, Dale E. (1997). *Agriculture and the GATT: Rewriting the Rules. Policy Analysis in International Economics*. Washington DC: Institute for International Economics.

Hill, Jason & otros (2006). Environmental, Economic, and Energetic Costs and Benefits of Biodiesel and Ethanol Biofuels. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*, 103 (30), 11206-11210.

Howse, Robert & otros (2006). *WTO Disciplines and Biofuels: Opportunities and Constrains in the Creation of a Global Marketplace*. Washington DC: International Food and Agricultural Trade Policy Council.

IEA Bioenergy (2009). *Bioenergy. A Sustainable and Reliable Energy Source. A Review of Status and Prospects*. París: OECD/IEA.

IPEA (2013). Sitio web: <http://www.ipeadata.gov.br/>

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

Johnson, Ronald N. & Gary D. Libecap (2001). Information Distortion and Competitive Remedies in Government Transfer Programs: The Case of Ethanol. *Economics of Governance*, 2, 101-134.

Klok, Jacob (2002). Negotiating EU CO₂/Energy Taxation: Political Economic Forces and Barriers. Copenhagen: AKF Forlaget.

Kojima, Masami & otros (2007). *Renewable Energy. Considering Trade Policies for Biofuels*. Washington DC: Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP)/ World Bank.

Koplow, Doug (2009). State and Federal Subsidies to Biofuels: Magnitude and Options for Redirection. *International Journal of Biotechnology*, 11 (1-2), 92-126.

La Rovere, Emilio Lèbre (1981). Les impacts sociaux et écologiques du plan alcool brésilien. *Économie et Humanisme*, 260, 36-47.

La Rovere, Emilio Lèbre (2011) Biofuels and Sustainable Development in Brazil. *World development*, 39(6), 1026-1036.

Lazzari, Salvatore (2005). Energy Tax Policy: An Economic Analysis. US CRS Report for Congress.

Leher, Nadine (2010). *U.S. Farm Bills and Policy Reforms: Ideological Conflicts over World Trade, Renewable Energy, and Sustainable Agriculture*. Nueva York: Cambria Press.

Luque, Rafael & otros (eds.) (2011). *Handbook of Biofuels Production. Processes and Technologies*. Cambridge: Woodhead Publishing.

Macêdo, Fernando dos Santos (2011). A reestruturação do setor sucroenergético no Brasil: uma análise do período entre 2005 e 2011. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

Malça, João & Fausto Freire (2006). Renewability and Life-Cycle Energy Efficiency of Bioethanol and Bio-Ethyl Tertiary Butyl Ether (bioETBE): Assessing the Implications of Allocation. *Energy*, 31 (15), 3362-3380.

Maniatis, Kyriakos & Stefan Tostman (2010). EU Technology Strategy on Bioenergy: From Blue-Sky Research to Targeted Technology Development. *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2, 169-179.

McCleary, Richard & Richard A. Hay (1980). *Applied Time Series Analysis for the Social Sciences*. Beverly Hills: Sage Publications.

McDowall, David & otros (1980). *Interrupted Time Series Analysis. Quantitative Applications in the Social Sciences*. Newbury Park, CA: Sage Publications.

Meira, Roberta (2007). *Bangüês, engenhos centrais e usinas: o desenvolvimento da economia açucareira em São Paulo e a sua correlação com as políticas estatais (1875-1941)*. Tesis de Maestría. São Paulo: Universidade de São Paulo.

Moraes, Márcia (2000). A desregulamentação do setor sucroalcooleiro e as novas formas de atuação do Estado. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, 38(2), 101-122.

Nastari, Plinio (1983). *The Role of Sugar Cane in Brazil's History and Economy*. Tesis de Doctorado. Iowa: Iowa State University.

Neustrom, Michael W. & William M. Norton (1993). The Impact of Drunk Driving Legislation in Louisiana. *Journal of Safety Research*, 24(2), 107-121.

Numberg, Barbara (1978). *State Intervention in the Sugar Sector in Brazil: A Study of the Institute of Sugar and Alcohol*. Tesis de Doctorado. Standford, CA: Standford University.

Oliveria, Marcelo & otros (2005). Ethanol as Fuel: Energy, Carbon Dioxide Balances, and Ecological Footprint. *Bioscience*, 55 (7), 593-602.

Pinheiro, J. (2000). A política nacional do álcool combustível. En: Instituto da Cidadania. *Álcool: o Combustível do novo milênio? Cadernos Cidadania 1* (pp. 47-50).

Puerto Rico, Julieta (2007). Programa de Biocombustíveis no Brasil e na Colômbia: Uma Análise da Implantação, Resultados e Perspectivas. São Paulo: Universidade de São Paulo/PIPGE.

Puerto Rico, Julieta & otros (2010). Genesis and Consolidation of the Brazilian Bioethanol: A Review of Policies and Incentive Mechanisms. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 14 (7), 1874-1887.

Santos, Magda (1997). *O Álcool-motor no Brasil e sua relação com a produção açucareira (1903-1954)*. Tesis de Maestría. São Paulo: Universidade de São Paulo.

Schnepf, Randy (2011). Renewable Energy Programs and the Farm Bill: Status and Issues. Congressional Research Program. US CRS Report for the Congress.

Semineiro, Frank A. (2008). A Tale of Two Subsidies: How Federal Support Programs for Ethanol and Biodiesel Can be Created in Order to Circumvent Fair Trade Challenges under World Trade Organization Ruling. *Penn State International Law Review*, 26 (4), 963-996.

Sheales, Terry & otros (1999). Sugar: International Policies Affecting Market Expansion. ABARE Research Report 99.14. Canberra: Australian Bureau of Agricultural and Resource Economics.

Shikida, Pery (2002). The Economics of Etanol Production in Brazil: A Path Dependence Approach. En Márcia Moraes & Pery Shikida, *Agroindústria canavieira no Brasil: evolução, desenvolvimento e desafios*. São Paulo: Atlas.

Stattman, Sarah L. & otros (2013). Governing Biodiesel in Brazil: A Comparison of Bioethanol and Biodiesel Policies. *Energy Policy*, 61, 22-30.

Szmerecsányi, Tamás (1979). *O planejamento da agroindústria canavieira do Brasil (1930-75)*. São Paulo: Hucitec/Unicamp.

Szmerecsányi, Tamás (1988). Crescimento e crise da agroindústria açucareira do Brasil, 1914-1939. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 7(5).

REGULACIÓN,
POLÍTICA AGRO-
ENERGÉTICA Y LA
EVOLUCIÓN DEL
MERCADO DE
CARBURANTES
RENOVABLES EN
BRASIL

REGULATION,
AGRO-ENERGY
POLICY AND
MARKET
EVOLUTION FOR
RENEWABLE
FUELS IN BRAZIL

Szmrecsányi, Tamás & Eduardo Moreira (1991). O desenvolvimento da agroindústria canavieira do Brasil desde a Segunda Guerra Mundial. *Estudos Avançados*, 11(5), 57-79.

UNEP (2009). *Towards Sustainable Production and Use of Resources: Assessing Biofuels*. Nairobi: UNEP.

Teixeira, Suani & otros (2006). Brazilian Sugarcane Ethanol: Lessons Learned. *Energy for Sustainable Development*, 10(2), 26-39.

Vietor, Richard H.K. (1987). *Energy Policy in America since 1945: A Study of Business-Government Relations*. Nueva York: Cambridge University Press.

Wustehagen, Rolf & Tarja Teppo (2006). Do Venture Capitalists Really Invest in Good Industries? Risk-Return Perceptions and Path Dependence in the Emerging European Energy VC Market. *International Journal of Technology Management*, 34 (1/2), 63-87.

Yacobucci, Brent D. (2010). Intermediate-Level Blends of Ethanol in Gasoline, and the Blend Wall. US CRS Report for the Congress.

Yacobucci, Brent D. & Kelsi Bracmort (2010). Calculation of Lifecycle Greenhouse Gas Emissions for the Renewable Fuel Standard (RFS). US CRS Report for the Congress.

Zarrilli, Simonetta (2008). Making Certification Work for Sustainable Development: The Case of Biofuels. UNCTAD.

Recibido: 12/08/2015

Aprobado: 02/10/2015

CRÓNICA DE CLAUSTRO

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

En el semestre 2015-I se desarrollaron diversas actividades. Entre ellas, destacan las siguientes:

I. ACTIVIDADES DE LA FACULTAD

I.1. Seminarios y conferencias

- Cursos de actualización jurídica de verano 2015. La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el Instituto Palestra unieron esfuerzos para brindar, durante el verano de 2015, cursos de actualización jurídica que permitan a los participantes complementar sus estudios en las diferentes áreas temáticas del ámbito jurídico. Los cursos estuvieron a cargo de los profesores de la Facultad de Derecho y contaron con el respaldo académico de la misma. Fecha: 2 de febrero de 2015 a 7 de marzo de 2015.
- Reunión informativa para los alumnos de la Facultad de Estudios Generales Letras (EEGGL) que pasan a la facultad de derecho. El viernes 20 de febrero, se realizó una reunión informativa para los alumnos de EEGGL que pasarían a la Facultad de Derecho, con la finalidad de familiarizarlos con el nuevo plan de estudios y el proceso de matrícula. En la reunión estuvieron presentes el director de estudios, la secretaria académica y la asistente académica de la Facultad de Derecho. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 20 de febrero de 2015.
- Ceremonia Honoris Causa a Juan María Terradillos Basoco. Fecha: 30 de marzo de 2015.
- Seminario sobre Violencia Interpersonal y Asuntos de Género. Evento internacional que contó con la participación, como expositora, de la doctora Judy Porter (Rochester Institute of Technology, EE.UU.). Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 25 de marzo de 2015.
- «Caricaturas de Mahoma: ¿libertad o blasfemia?». Expositor: doctor Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Organizadores: Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional, la Facultad de Derecho y EEGGL. Lugar: Auditorio de Estudios Generales Letras. Fecha: 19 de marzo de 2015.
- Primer Encuentro de CONFLUENCIAS. La Facultad de Derecho de la PUCP reafirmó su compromiso con el fortalecimiento de las instituciones del Estado y su proyección hacia la sociedad, al llevar a cabo el Primer Encuentro de CONFLUENCIAS: Derecho, Propuesta, Cambio. Lugar: Centro Cultural de la PUCP. Fecha: 14 de mayo de 2015.

- IV Jornada Internacional de Derecho Registral y Notarial. Análisis jurídico de la problemática que afecta la contratación inmobiliaria. Lugar: Auditorio de Derecho de la PUCP. Fecha: 30 de junio a 1 de julio de 2015.
- Charla sobre Jurisprudencia Militar Policial en el Perú. El evento contó con la presencia del decano de la Facultad de Derecho, el doctor Alfredo Villavicencio Ríos; del doctor César Fernández Arce, profesor de nuestra Facultad; del general de brigada EP Juan Pablo Ramos Espinoza, presidente del Fuero Militar; del contraalmirante CJ Julio Pacheco Gaige, director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar; y del doctor José Gálvez Montero, profesor de nuestra Facultad. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 12 de junio de 2015.
- Segunda Contienda Tributaria de Estudiantes de Derecho PUCP. Esta actividad educativa fue organizada por el Seminario de Integración en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la PUCP con la colaboración de las asociaciones de estudiantes de dicha Facultad. Fecha: 8 de julio de 2015.
- I.2. Sustentaciones de expedientes y tesis para optar por el título de abogado
- Durante el semestre 2015-I, 54 alumnos sustentaron dos expedientes; 16 alumnos presentaron expediente único; 9 sustentaron una resolución, y 9 presentaron tesis. De las sustentaciones de dos expedientes, uno obtuvo la calificación de sobresaliente. En los casos de expediente único fueron 4 los alumnos que obtuvieron esa calificación y 8 en los casos de las tesis.

II. ACTIVIDADES DEL DEPARTAMENTO

II.1. Talleres para docentes

- Taller Introducción al Plan de Estudios por Competencias y Estrategias que Complementan el Método de Estudio de Casos. El taller estuvo dirigido a jefes y jefas de práctica del curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas. La propuesta del Instituto de Docencia Universitaria (IDU) es enriquecer las prácticas dirigidas con estrategias de enseñanza-aprendizaje que promuevan un rol activo por parte de los estudiantes. Asistieron 11 jefes de práctica. Fecha: 27 de marzo de 2015.
- Comunicación en el Aula para Docentes de Derecho. El taller estuvo a cargo de la profesora Giovanna Pollarolo, docente especializada en Lingüística y Literatura. Tuvo una duración de seis horas y asistieron a todo el taller doce personas. Dirigido a docentes que impartirían el curso de Comunicación Jurídica

Eficaz durante el semestre 2015-I, el objetivo fue que los profesores homogeneicen los criterios para el dictado del módulo de comunicación escrita. Fecha: 23-24 de febrero de 2015.

- Destrezas en Comunicación Verbal y No Verbal para Docentes. El taller estuvo a cargo del docente Malcom Malca y forma parte de la línea de formación Comunicación. Su propósito es preparar a los docentes de la PUCP en el manejo eficiente de la expresión corporal y la palabra hablada con la finalidad de comunicar mensajes claros de manera atractiva. Se busca involucrarlos en el aprendizaje de técnicas y en el diseño de la estrategia comunicativa que permita una presentación efectiva y con impacto, poniendo énfasis en los aspectos prácticos de la exposición frente a una audiencia. Fecha: 21 y 28 de mayo, y 4 y 11 de junio de 2015.

II.2. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)¹

II.2.1. Investigación

- Seminario Taller sobre Etnografía Jurídica. Un homenaje a Bronislaw Malinowski.
- Jornada de la Investigación en Derecho
- Publicación del libro *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*
- Se aprobó por arbitraje los Informes de Investigación del CICAJ (sobre Psicología y Derecho)

II.2.2. Capacitación

- En el mes de abril se llevó a cabo con éxito el Curso de Especialización Legal en Protección de Datos Personales. Este estuvo a cargo del profesor Diego Zegarra y de los profesores invitados José Álvaro Quiroga León y María Cecilia Chumbe, ambos pertenecientes a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia.
- En el mes de abril se llevó a cabo el Curso de Apoyo para la Elaboración de Trabajos de Investigación, el cual estuvo dirigido a los alumnos de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- En el mes de mayo se llevó a cabo el conversatorio sobre los Plenos Casatorios, el mismo que contó con la participación del profesor Rémy Cabrillac, profesor de Derecho Privado en la Universidad de Montpellier, así como de otros docentes de nuestro Departamento.

¹ El informe solo consigna las actividades realizadas desde la quincena de abril, es decir, luego del informe presentado en la última reunión de profesores de planta.

- En el mes de junio se llevó a cabo el Curso de Regulación de Servicios Públicos y Competencia, a cargo del profesor José Carlos Laguna de Paz, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Valladolid (España). El curso se llevó a cabo en el Hotel Sonesta el Olivar y tuvo una duración total de 15 horas.
- En el mes de junio se llevó a cabo la Mesa Redonda «Perspectivas sobre Regulación y Competencias» a cargo del profesor José Carlos Laguna de Paz; Gonzalo Ruiz Díaz, presidente del Consejo Directivo de OSIPTEL; y Hebert Tassano Velaochaga, presidente del Consejo Directivo de INDECOPI. El evento duró tres horas.

III. OFICINA ACADÉMICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL (OARS)

III.1. Actividades con la Facultad de Derecho

Uno de los objetivos más importantes de la oficina es impulsar la investigación jurídica y el método de trabajo en responsabilidad social con miras a generar conocimiento, reforzar las acciones de formación y fomentar en los alumnos de la propia facultad la relación con el entorno. Las actividades que se realizaron en el marco de esta relación son las siguientes:

III.1.1. Curso de Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público

III.1.1.a. Clínica Jurídica sobre «Derecho a la Identidad»

En el curso se desarrollan acciones de litigio, incidencia, asesoría jurídica, y de investigación. Las acciones de litigio están proyectadas desde el semestre 2015-II, las cuales están compuestas de dos casos. En asesoría jurídica se han atendido 255 casos. Por otro lado, la Clínica Jurídica realiza trabajo de incidencia a través de la Gerencia de Restitución de la Identidad y Asistencia Social (GRIAS) del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Con ellos se trabaja, sobre todo, en la búsqueda de soluciones efectivas y rápidas para casos de extrema urgencia y poblaciones vulnerables. Este semestre se trabajó a través de la Defensoría del Pueblo para la atención de casos de falta de acceso al Seguro Integral de Salud (SIS) de personas sin registro e identidad. A partir de este trabajo de incidencia, dichas personas pudieron acceder al SIS.

Asimismo, la investigación que se apunta a desarrollar, dentro del objetivo de la Clínica a mediano plazo, es una investigación con enfoque en incidencias sobre políticas públicas, a través del diagnóstico de problemáticas y propuestas de modificación legislativa o administrativa. En la actualidad, estas investigaciones aún no llegan a convertirse en documentos de incidencia sobre autoridades o instituciones públicas,

pero pasan a formar parte de los materiales del curso y se convierten en documentos e informes de trabajo.

391

III.1.1.b. Clínica Jurídica sobre «Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad»

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

En el curso se desarrollan acciones de litigio, incidencia, asesoría jurídica, y de investigación. Respecto a las acciones de litigio, a la fecha han sido resueltos tres casos ante INDECOPI, y se tiene once casos de litigio en trámite —INDECOPI, juzgados civiles, penales, laborales, contencioso administrativos, constitucionales—.

Respecto a la asesoría jurídica, a lo largo del semestre se realiza un promedio de diez entrevistas a usuarios de la Clínica. No todas ellas terminan en casos asumidos por la Clínica. De manera adicional, en los últimos dos semestres, los estudiantes dictan charlas a personas con discapacidad y sus padres sobre temas para los que requieran asesoría: pensiones, herencia, no discriminación, educación inclusiva. Luego de estas charlas, los participantes plantean consultas jurídicas concretas. Este ciclo se ha recibido ciento veinte consultas, varias de las cuales continúan siendo atendidas; el ciclo pasado se recibió cincuenta. Se prevé que la cifra de participantes continúe aumentando cada semestre. Se ha ofrecido charlas en ANDARES-Programa de Atención a la Diversidad y en el Centro Ann Sullivan del Perú.

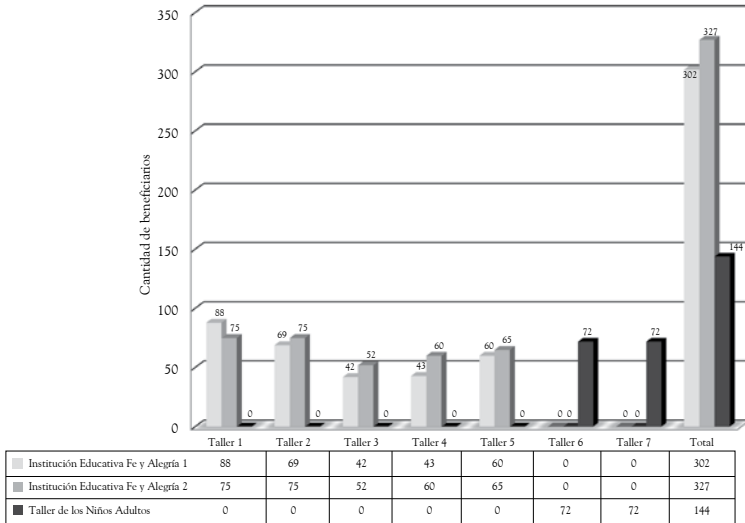
III.1.2. Curso de Proyección Social

III.1.2.a. Educación Legal

A partir de marzo de 2015, el curso fue reestructurado tanto en su contenido temático como en el enfoque de enseñanza. Así, uno de los principales objetivos de este nuevo curso es situar al estudiante en la problemática de la educación y difusión de derechos. El curso contó con catorce sesiones de clase y salidas de campo programadas dentro del horario de clase y ocho sesiones de asesoría para cada uno de los ocho equipos de trabajo fuera de este horario. El público beneficiario de las salidas de campo se dividió en dos grandes grupos:

- adolescentes: escolares de primero y segundo de secundaria, de entre 11 y 13 años de edad, provenientes de las Instituciones educativas Fe y Alegría 1 y Fe y Alegría 2 de San Martín de Porres; y
- público adulto: trabajadores de la institución Taller de los Niños de San Juan de Lurigancho.

Gráfico 1
Público beneficiario de los talleres de educación legal 2015-I



El curso promueve la reflexión crítica y el rigor en el trabajo académico, incluyendo la investigación de la normativa comparada e internacional, así como la jurisprudencia nacional e internacional. En ese sentido, en cada sesión se evalúa a través de la participación en el debate de casos y desarrollo de contenidos conceptuales, los cuales posteriormente serán necesarios para el diseño y ejecución de talleres para población de adolescente y adultos.

El curso también evalúa los niveles de investigación a través de las salidas de campo. En ese sentido, tanto el diseño —entrega de esquema con resumen de contenidos jurídicos a desarrollar, normativa y casuística— como la ejecución de cada taller revelan la capacidad de los estudiantes para relacionar los conceptos jurídicos con la realidad, el desarrollo de todos los temas incluidos en el tema propuesto y la absolución de preguntas realizadas por los beneficiarios.

Finalmente, el curso incluyó la entrega de un Informe Final (11 de julio), resultado de una investigación de naturaleza empírica, producto del recojo, sistematización y análisis de información de los talleres realizados. Así, los estudiantes realizan una reflexión académica sobre temas jurídicos y de pedagogía, identificando las necesidades jurídicas y su vinculación con el sistema de justicia. El insumo principal son las percepciones de los beneficiarios, recogidas por los estudiantes de Derecho en la interacción que se produce en cada uno de los talleres, teniendo en cuenta que los talleres buscan ser un espacio democrático, de aprendizaje compartido, y donde se promueve el ejercicio de

derechos. Los cuatro ejes centrales de esta investigación e informe son los siguientes:

- perfil de los participantes del taller;
- valoración de la interacción con los alumnos y aprendizajes —nivel de participación y forma de interacción en el grupo—;
- dinámicas y otros recursos adaptados a la enseñanza del Derecho aplicadas y/o usados en los talleres; y
- percepción de los beneficiarios sobre el Derecho y sobre el sistema de justicia.

III.1.2.b. Asesoría Legal

En el curso Asesoría Legal se plantearon diversos objetivos y resultados esperados de aprendizaje. Los resultados obtenidos fueron los siguientes.

Destrezas adquiridas:

- Entrevista personal. Una de las destrezas que más valoraron los alumnos es saber cómo realizar una entrevista a una persona que no maneja conceptos jurídicos, a saber, cómo preguntar, cómo escuchar, qué apuntar y cómo armar un caso a partir de los hechos conseguidos en la entrevista.
- Cómo elaborar un escrito. La redacción de los escritos fue una de las destrezas que despertó mayor interés y satisfacción en los alumnos.
- Aprender leguaje jurídico. Leer los expedientes, aprender las etapas del proceso y aprender a leer las resoluciones judiciales fueron algunas de las destrezas que los estudiantes consideraron necesarias para su formación profesional.
- Elaborar un informe jurídico. Los estudiantes aprendieron a analizar el caso, identificar los problemas legales y buscar las distintas alternativas que tiene el recurrente para enfrentar el problema.
- Cómo formar un caso. Dentro de la elaboración de la demanda, la importancia de plantear oportuna y adecuadamente los medios probatorios y la optimización del uso de las medidas cautelares fueron destrezas resaltadas por los alumnos.

Valores adquiridos:

- Ciudadanía. Saber que el rol del abogado dentro de un sistema jurídico es saberse ciudadano y formar ciudadanos a través de la difusión del derecho.
- Solidaridad. Mostrar solidaridad para con las distintas realidades que afrontan las personas.
- Búsqueda de justicia. Traducida en un interés particular de investigación de temas que eran abiertamente injustos.

- Trascendencia de vida. La propia vida como un vehículo de acceso a la justicia de los más necesitados.
- Identidad con la profesión. Satisfacción con la vocación elegida.

Trabajos de Investigación:

Se han planteado diferentes trabajos de investigación y todos ellos han partido del interés particular del alumno por dar una respuesta justa ante los casos planteados en las consultas jurídicas. A continuación presentaremos algunos de los temas planteados por los alumnos.

- La inexigibilidad de la firma del abogado para procesos de filiación u otros de menor cuantía.
- La conciliación en los casos violencia familiar.
- La constitucionalidad del trabajo CAS, variantes posibles.
- El derecho a la identidad y la tenencia del DNI.
- El sida y su implicancia en la tenencia de menores de edad.
- Las incongruencias de la ley de violencia familiar, propuestas de mejoras.
- El proceso de alimentos, la ejecución de la sentencia de alimentos y el delito de omisión a la asistencia familiar. Tres procesos que vulneran el principio de inmediatez y de necesidad del derecho de alimentos.
- El uso del formulario en el proceso de alimentos, ventajas y desventajas, propuestas de mejoras.
- Las trabas en el cobro de alimentos (la obligación de que el cobro del depósito judicial de alimentos sea avalado por el juez).
- El vacío legal y el acceso a la justicia (caso de rectificación de estado civil), principios que se pueden aplicar o deben ser de obligatoria observancia.
- Diagnóstico de las características de los recurrentes de los consultorios jurídicos gratuitos.
- Cuándo es necesario y cuándo no es necesario un proceso de interdicción (análisis de varios casos).
- Estudio sobre las características de los recurrentes y pautas de atención al recurrente.
- *Extra Petita* y el *Iure Novit Curiae* (caso laboral), cómo debe el juez interpretar el petitorio desde una visión principista del derecho laboral.

III.1.2.c. Seguridad y Salud en el Trabajo

Debido a que uno de los objetivos de la OARS es la ampliación de la oferta en los cursos sobre responsabilidad social, por primera vez durante el semestre 2015-I se ofreció el horario de Proyección Social en el tema de «Seguridad y Salud en el Trabajo». En su diseño, se consideró como un aspecto relevante facilitar que las y los participantes se aproximen

al conocimiento de la realidad de la micro y pequeña empresa (mype) en Lima Metropolitana. Con este acercamiento se busca lograr una intervención de acciones para facilitar el cumplimiento de la legislación en seguridad y salud en el trabajo en este sector de emprendedores. Las actividades más importantes que se realizaron a lo largo del curso fueron las siguientes.

- El punto de partida fue que cada participante debería «Adoptar una mype». La elección y selección quedó a cargo de cada participante. Se les recomendó que existiera alguna cercanía, por la importancia del vínculo de confianza que es importante desarrollar, considerando la conveniencia y la accesibilidad que ellos tendrían a la mype.
- Además, la selección de la mype implicó el proceso de investigación sobre lo que es una microempresa, sobre su relación con el ámbito de la legislación laboral, sobre la prevención de los riesgos laborales, y la relación formalidad-informalidad.
- A continuación, cada participante se acerca a la mype con instrumentos. Estos son formatos diseñados específicamente para este efecto y van del Formato 1 al 4. Cada formato está concebido como parte de un proceso que permita al participante adquirir un conocimiento progresivo en su «trabajo de campo». Cada semana las y los participantes debían traer los formatos completos y comentarlos en el aula.
- Se anotaron los avances y las dificultades que las y los participantes trajeron al aula.
- Este acercamiento cualitativo se complementaba con la revisión de la bibliografía establecida y la participación de dos especialistas en microempresas.
- Se planteó la importancia de que cada participante, en acuerdo con la mype, seleccione una mejora sobre las condiciones de trabajo.
- En paralelo, las y los participantes fueron entrenados en un mejor conocimiento de las exigencias legales que pudieran ser atendidas con su asesoría.
- Los conocimientos adquiridos les permitieron brindar una asesoría más adecuada en los Centros de Desarrollo Empresarial de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE).

III.1.2.d. Penal-Penitenciario

Desde enero de 2015, este horario se encuentra en una fase de reestructuración curricular con la finalidad de que, en el futuro, pueda ofrecerse como una opción mucho más completa y atractiva académicamente.

III.1.3. Concurso de Responsabilidad Social

De agosto a octubre se llevó a cabo el V Concurso de Investigación Jurídica sobre Responsabilidad Social Universitaria 2015, el cual tiene los siguientes objetivos:

- promover que los estudiantes relacionen su reflexión jurídica con la realidad social de nuestro país; y
- coadyuvar a la producción académica de los alumnos de la Facultad de Derecho de acuerdo con los lineamientos del Vicerrectorado de Investigación PUCP.

Así, se realizó en el semestre 2015-II, por quinto año consecutivo, el concurso de investigación jurídica sobre responsabilidad social universitaria de la Facultad de Derecho. Hasta el año pasado, la organización académica de este concurso estaba a cargo de la Comisión Derecho-RSU y la organización administrativa estaba a cargo de la Oficina de Proyección Social del Derecho, en coordinación con la Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS). A partir del presente año 2015, la organización académica y administrativa está a cargo de la Oficina de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho. Los trabajos propuestos por los alumnos participantes son calificados por un jurado colectivo conformado por dos docentes del Departamento de Derecho y un docente del Departamento de Ciencias Sociales. De esta forma, entre los trabajos propuestos se eligió a los tres mejores. Los ganadores recibieron premios económicos y académicos.

III.2. Relación de la OARS con la Universidad

El 27 de mayo de 2015, tuvimos la primera reunión de coordinación entre la OARS y la Dirección Académica de Responsabilidad Social de la universidad con la finalidad de presentar formalmente el proyecto. En esta reunión estuvieron presentes Adriana Fernández y Lars Stojnic, ambos representantes de la DARS.

III.3. Relación de la OARS con la Red Peruana de Universidades (RPU)

Como parte de la difusión de actividades en torno a la responsabilidad social universitaria, se llevarán a cabo dos Jornadas sobre Responsabilidad Social en participación conjunta con la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco y la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, con la finalidad de compartir experiencias y establecer una red de actividades sobre responsabilidad social universitaria.

III.4. Relación de la OARS con el entorno social

III.4.1. Consultorios jurídicos gratuitos

III.4.1.a. Recopilación y registro de expedientes

La creación de la OARS permitió hacer un alto en la gestión de los consultorios jurídicos gratuitos para dar una lectura de los casos que se han atendido a través de los más de veintitrés años que se viene brindando esta asesoría, con la finalidad de reflexionar, mejorar y relanzar el servicio en pro de la población beneficiaria. Por primera vez desde 1991, se decidió recopilar los expedientes de cada uno de los consultorios y centralizarlos en la oficina principal con el fin de realizar un análisis cuantitativo y cualitativo de los mismos.

Desarrollo del trabajo

Se programó el trabajo de recopilación de expedientes —que datan desde el año 1991 hasta enero de 2015— de cada uno de los consultorios jurídicos gratuitos indicados en la tabla que puede observarse más abajo. Con fecha 6 de febrero de 2015, se dio inicio al recojo de los documentos de los consultorios, encontrándose la siguiente cantidad de expedientes:

Tabla 1

	Consultorio	Cantidad de expedientes	Cajas	Fecha de recojo	Ubicación
1	«Recoleta»	902	12	13/02/15	Se contó con movilidad para el traslado desde sus lugares de origen.
2	«Barranco»	210	4	10/02/15	
3	«Canto Grande»	75	2	06/02/15	
4	Campus universitario	730			Casetas al final de la Facultad de Arquitectura.
5	«Callao»	36			Obraban en la oficina por razones del servicio.
6	Penal San Pedro	95			

Resultados obtenidos

En la fecha se logró el objetivo y se tiene la base de datos de todos los expedientes recopilados. Asimismo, en la actualidad contamos con el archivo del cien por ciento de los expedientes. Dicho archivo se encuentra ubicado en el consultorio jurídico que está dentro de la universidad.

III.4.1.b. Informes de expedientes activos

El proyecto de la construcción de la base de datos de informes de expedientes forma parte del Plan de Reestructuración de los Consultorios Jurídicos 2015. Los objetivos de este proyecto son los siguientes:

- organizar de forma sistemática la información casuística de los procesos (pasivos y activos) patrocinados en el pasado y en el presente por la oficina;
- enviar al archivo general de la Universidad aquellos expedientes que sean casos completamente cerrados; y
- elaborar un informe estadístico sobre el funcionamiento del patrocinio brindado por la oficina en términos de eficiencia, es decir, evaluar a través de los informes de cada expediente el porcentaje de procesos ganados y perdidos.

Hasta enero de 2015, se obtuvo un total de 113 expedientes activos distribuidos en los diferentes consultorios jurídicos, lo que representa el 6% del total de expedientes. Los informes de todos estos expedientes activos nos permitieron tener estadísticas sobre expedientes activos por consultorio, expedientes activos por materia, expedientes activos de familia con relación al total, expedientes de alimentos con relación al total, tipos de recurrentes por sexo y por condición procesal. Asimismo, obtuvimos estadísticas sobre los procesos activos patrocinados por distrito judicial, año de inicio, etapa del proceso y resultados.

III.4.1.c. Atención en consultorios jurídicos gratuitos

A inicios del mes de marzo de 2015, se tomó la decisión de limitar la atención en los consultorios jurídicos debido a la carga de casos activos patrocinados por la oficina, y también debido a que era necesario realizar informes de todos los expedientes recogidos en el proceso de recopilación realizado en verano de 2015. Así, hasta enero de 2015 las atenciones se realizaron en cinco consultorios jurídicos y, desde el 12 de marzo hasta el 4 de julio, en tres consultorios jurídicos, con un total de 1589 recurrentes atendidos, de los cuales, un 49% solicitó asesoría jurídica en temas de familia. Posteriormente, en el mes de setiembre, se inició la atención en el consultorio jurídico gratuito ubicado en el distrito de Barranco. Así, en la actualidad, se brinda asesoría jurídica gratuita en cuatro consultorios, cada uno a cargo de un abogado.

Tabla 2
Estadística de asesoría legal

Consultorio Jurídico Gratuito CJG	Atenciones	Trámites simples (no patrocinios)
PUCP	396	a junio de 2015
Canto Grande	460	a junio de 2015
La Recoleta	447	a junio de 2015
Callao	104	a junio de 2015
Barranco	182	a junio de 2015
TOTAL	1589	

399

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

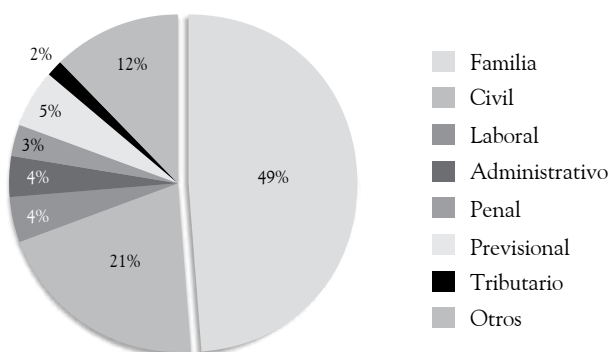
Fuente: elaboración propia

Tabla 3
Número de casos según áreas del derecho

CJG	Familia	Civil	Laboral	Administrativo	Penal	Previsional	Tributario	Otros
PUCP	227	96	18	23	19	25	16	63
Canto Grande	272	89	10	7	15	19	0	52
Recoleta	142	92	34	30	10	35	9	58
Callao	18	12	4	2	0	4	0	0
Barranco	116	38	3	0	4	5	0	22
TOTAL	775	327	69	62	48	88	25	195

Fuente: elaboración propia

Gráfico 2
Materias



III.4.2. Programas radiales «Zona Legal»

A partir de abril de 2015 hasta julio de 2015, la difusión en radio a cargo de la OARS llevó a cabo una importante innovación a través de la creación del programa radial «Zona Legal». El programa tiene una estructura totalmente distinta y uno de sus objetivos principales es contar con la presencia de profesionales, con trascendencia académica, que sean especialistas en temas jurídicos de alta relevancia. La conducción y producción del programa está a cargo de Carla Cabanillas Linares. El programa se transmitió los lunes de 2 a 3 a través de Zona PUCP, radio virtual a cargo de la Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación. A través del desarrollo de temas legales y entrevistas a especialistas de diversas áreas, el programa busca difundir derechos, ofrecer asesoría legal, así como dar a conocer las actividades de la oficina y los servicios que brinda a la comunidad universitaria y al público en general. La estructura del programa es la siguiente: i) asesoría legal; ii) entrevistas sobre temas de actualidad o temas vinculados a RSU; iii) noticias y agenda. Los temas e invitados de los programas emitidos hasta el momento pueden apreciarse en el siguiente cuadro:

Tabla 4

Fecha	Asesoría legal*	Entrevistas	Hipervínculo a Audios PUCP/número de reproducciones
27 de abril	Alimentos Noemí Ancí (Responsable del CJG Campus PUCP)	Clínica Jurídica área Derecho a la Identidad Agustín Grández (profesor del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5382 27
4 de mayo	Divorcio Carla Cabanillas	Clínica Jurídica área Seguridad y Salud en el trabajo Estela Ospina (profesora del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5443 55
11 de mayo	Desalojo Carla Cabanillas	Clínica Jurídica área de DDHH Renata Bragaglio (profesora del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5406 27
18 de mayo	Violencia familiar Carla Cabanillas	Educación legal Jimena Salazar (profesora del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5407 54
25 de mayo	Teoría de juegos Enrique Sotomayor (profesor adjunto de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho)	Propiedad intelectual (oficina del Vicerrectorado de Investigación) Melisa Guevara (jefa de la Oficina de Propiedad Intelectual)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5408 63

* Los temas elegidos son aquellos que se plantean de forma recurrente en los Consultorios Jurídicos Gratuitos que dirige la Oficina de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho.

Fecha	Asesoría legal	Entrevistas	Hipervínculo a Audios PUCP/número de reproducciones
1 de junio	Filiación extramatrimonial Carla Cabanillas	Clínica Jurídica de Litigio Estratégico en Derechos Indígenas Carlos Elguera (profesor adjunto del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/544161
8 de junio	Declaración de unión de hecho	Ciudadanía y Responsabilidad Social Fresia Vargas (Jefe de Práctica del curso)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/545914
15 de junio	Entrevista a pasante de la Oficina de RSU	Maestría en Derecho de la Empresa, mención en Responsabilidad Social Bruno de Benedetti (coordinador)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/546017
22 de junio	Cómo iniciar un trámite ante INDECOPI (derecho del consumidor)	Proyecto de ley que busca penalizar la actividad de las rondas campesinas Antonio Peña Jumpa	Zona PUCP aún no envía los audios
29 de junio	Feriado		
6 de julio	Contrato de arrendamiento de bienes inmueble	DARS Tesania Velázquez Castro (directora)	Zona PUCP aún no envía los audios

Fuente: elaboración propia

«Derecho para Todos»

Desde agosto de 2015, la difusión en radio a cargo de la OARS se realiza a través del programa radial «Derecho para Todos», cuyo objetivo se centra en la participación de profesionales y especialistas en los diversos temas que se atienden en nuestros consultorios jurídicos gratuitos, con la finalidad de brindar asesoría jurídica en temas especializados. La conducción y producción del programa están a cargo de Carla Cabanillas Linares. El programa se transmite en vivo los días lunes de 1 a 2 a través de Radio Santa Rosa y se retransmite los miércoles de 1 a 2 a través de Zona PUCP, radio virtual a cargo de la Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación. La estructura del programa es la siguiente: i) entrevistas sobre temas de actualidad o temas vinculados a RSU (con la participación del público); ii) noticias; y iii) agenda. Los temas e invitados de los programas emitidos hasta el momento pueden apreciarse en el siguiente cuadro:

Tabla 5

Fecha	Asesoría legal**	Hipervínculos a Audios PUCP
31 de agosto	Alimentos Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=e260bf8e4e5660&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=bf2477ea4e5661&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=0bd679dc245662&width=210&height=20
7 de setiembre	Unión de hecho Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=559bffa74d5664&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=12e16787605663&width=210&height=20
14 de setiembre	Despido arbitrario Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=d766f3cc445674&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=1b1b22de3c5675&width=210&height=20
21 de setiembre	Divorcio Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=624a91719c5710&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=6f3576c77f5711&width=210&height=20
28 de setiembre	Filiación Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=f937990ba15728&width=210&height=20 https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=e6cba79de65729&width=210&height=20
5 de octubre	Tenencia Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	http://audios.pucp.edu.pe/audios/ver/5712
19 de octubre	Detención arbitraria, <i>habeas corpus</i> Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	https://audios.pucp.edu.pe/mp3player.swf?file=ac4426aeb35737&width=210&height=20
26 de octubre	Sucesión intestada Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande) Entrevista a pasante de la Oficina de RSU: Mikel Lizárraga Rada	Por producir
2 de noviembre	Derecho de protección al consumidor Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	Por producir
9 de noviembre	Violencia familiar Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	Por producir

** Los temas elegidos son aquellos que se plantean de forma recurrente en los Consultorios Jurídicos Gratuitos que dirige la Oficina de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho.

Fecha	Asesoría legal**	Hipervínculos a Audios PUCP
16 de noviembre	Contrato de arrendamiento – Desalojo Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Por producir
23 de noviembre	ONP Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	Por producir
30 de noviembre	Contrato de compraventa Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Por producir

Fuente: elaboración propia

Asimismo, como parte del programa radial se publican algunos audios de contenido relevante para la comunidad PUCP y público en general. Estos audios han sido colgados en la cuenta que tiene la Oficina en la plataforma Audios PUCP, bajo el siguiente enlace: <http://audios.pucp.edu.pe/usuarios/administrar/1135>

Tabla 6

Audios cortos – difusión de derechos: antes de cada corte a partir del programa del 8 de junio
– «Recuerda que puedes pedir el libro de reclamaciones cada vez que lo consideres necesario, todo proveedor está obligado a tenerlo y darlo. Es tu Derecho. Zona legal»
– «¿Sabías que no necesitas firma de abogado para iniciar una demanda de alimentos? Zona legal»
– «¿Sabías que puedes iniciar una denuncia ante INDECOPI si vulneran tus derechos como consumidor? Zona Legal»
– «La policía está en la obligación de recibir toda las denuncias que realices sobre violencia familiar e impedida de propiciar conciliación. Zona legal»

Fuente: elaboración propia

III.4.3. OARS en Facebook

Respecto a las actividades de actualización de las redes sociales de la Oficina Académica de Responsabilidad Social, se ha procedido a la creación de una nueva *FanPage* o página de seguidores a través de la cual se propone captar interés en las actividades de responsabilidad social que

se realizan en la oficina. El nombre de la página de seguidores es Oficina Académica de Responsabilidad Social Derecho-PUCP (<https://www.facebook.com/pages/Oficina-Acad%C3%A9mica-de-Responsabilidad-Social-Derecho-PUCP/705758462883736?fref=ts>). Se logró alcanzar 3 590 *likes* en la nueva página de seguidores. La actividad de esta página incluye

- publicaciones diarias de noticias de interés legal (nuevas normas, comentarios o entrevistas a especialistas sobre alguna norma o aspecto jurídico);
- información de difusión del programa radial «Derecho para todos»: el horario del programa radial, el enlace a Radio Santa Rosa y Zona PUCP y el tema a tratarse en el programa de la semana; e
- información sobre los horarios de atención de los Consultorios Jurídicos Gratuitos.

III.4.4. Otros

Adicionalmente a las actividades propias del curso Proyección Social, el área de Educación Legal tiene actividades de capacitación que se procede a detallar a continuación:

- Tercer Taller sobre Temas Legales en Taller de los Niños
- Taller sobre Patria Potestad Red Mami
- Talleres en Supermercados Peruanos S.A.

IV. ACTIVIDADES DE LAS ASOCIACIONES DE ESTUDIANTES²

IV.1. Derecho y sociedad

- Conversatorio «Nuevo Enfoque Regulatorio de la Unión Europea». Lugar: Auditorio de Ciencias Sociales. Fecha: 26 de febrero de 2015.
- I Jornada de Actualización en Derecho Tributario: Presentación de la Revista 43. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller. Fecha: 11 de marzo de 2015.
- I Curso de Derecho del Trabajo. Lugar: Auditorio de Derecho. Fecha: 15, 17, 20 y 21 de abril de 2015.
- «El imaginario de la Corrupción Estatal: Estrategias de Solución en Justicia». Lugar: Auditorio de Ciencias Sociales. Fecha: 30 de abril de 2015.
- Conversatorio «¿Por qué Derecho?». Lugar: Auditorio de Estudios Generales Letras. Fecha: 21 de mayo de 2015.

² En esta sección se considera a las asociaciones de estudiantes que cumplieron con enviar la información solicitada antes de la fecha de cierre de edición del presente número.

- XVII Curso de Capacitación en Materia Tributaria y Contable. Lugar: Auditorio de Derecho. Fecha: 6, 13, 20 y 27 de junio.
- Mesa Redonda «Luces y Sombras del Arbitraje en Contrataciones del Estado». Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Fecha: 11 de junio de 2015.
- Talleres de Repaso D&S 2015-I. Lugar: Facultad de Derecho. Fecha: 27 de junio de 2015.

405

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

IV.2. Foro Académico

IV.2.1. Publicaciones

- Número 14 de la revista *Foro Jurídico*
- Publicación de artículos en el Portal de Actualidad Jurídica Parthenon.pe.

IV.2.2. Cursos y eventos

- VII Taller de Derecho Administrativo: Contratación Pública. Lugar: Auditorio de la Facultad de Estudios Generales Ciencias. Fecha: 5-7 de marzo de 2015.
- I Curso de Derecho Inmobiliario: Incidencia Registral. Lugar: Auditorio de Derecho. Fecha: 7-9 de mayo de 2015.
- #DerechoFusión. Evento realizado en coorganización con la Oficina de Plan de Carrera y Bienestar. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller. Fecha: 21 de mayo de 2015.
- I Simposio sobre Inclusión Social: Protección de Minorías. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller. Fecha: 29 de mayo de 2015.

IV.2.3. Otras actividades

- Convocatoria de nuevos miembros 2015-I. Fecha: 9 de mayo de 2015.
- Talleres de Repaso 2015-I. Fecha: 25 y 27 de junio de 2015.

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹

Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Fernández Sessarego, Carlos
Montoya Anguerry, Carlos Luis

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Albán Peralta, Walter Jorge
Arce Ortíz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Jorge
Avendaño Valdez, Juan Luis
Bernaes Ballesteros, Enrique Martín
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cárdenas Quirós, Carlos
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordóñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
De Trazegnies Granda, Fernando
Delgado Barreto, César Augusto
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada a octubre de 2015.

Forno Flórez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guevara Gil, Jorge Armando
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Llerena Quevedo, José Rogelio
Lovatón Palacios, Miguel David
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Neves Mujica, Javier
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl
Ramírez Díaz, Jorge Gregorio
Ramos Núñez, Carlos Augusto
Revoredo Marsano, Delia
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salas Sánchez, Julio Moisés
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Viale Salazar, Fausto David

Vidal Ramírez, Fernando
Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villavicencio Terreros, Felipe Andrés
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
Zusman Tinman, Shoschana

409

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Asociados

Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cabello Matamala, Carmen Julia
Cairo Roldán, José Omar
Caro Coria, Dino Carlos
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
García Granara, Fernando Alberto
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor

León Hilario, Leysser Luggi
 Luna-Victoria León, César Alfonso
 Marciani Burgos, Betzabé Xenia
 Matheus López, Carlos Alberto
 Mercado Neumann, Edgardo Raúl
 Monteagudo Valdez, Manuel
 Morales Godo, Juan Eulogio
 Morales Hervías, Rómulo Martín
 Morales Luna, Félix Francisco
 Oré Guardia, Arsenio
 Palacios Pareja, Enrique Augusto
 Pazos Hayashida, Javier Mihail
 Revilla Vergara, Ana Teresa
 Ruda Santolaria, Juan José
 Saco Chung, Víctor Augusto
 Sevillano Chávez, Sandra Mariela
 Siles Vallejos, Abraham Santiago
 Solórzano Solórzano, Raúl Roy
 Soria Luján, Daniel
 Ulloa Millares, Daniel Augusto
 Urteaga Crovetto, Patricia
 Valega García, César Manuel
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
 Vinatea Recoba, Luis Manuel
 Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
 Almenara Bryson, Luis Felipe
 Apolín Meza, Dante Ludwing
 Ariano Deho, Eugenia Silvia María
 Barboza Beraun, Eduardo
 Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
 Barletta Villarán, María Consuelo
 Bermúdez Valdivia, Violeta

Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Silva, Ángel Guillermo
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
Gamio Aita, Pedro Fernando
Gonzales Barrón, Gunther Hernán
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Martin Tirado, Richard James
Medrano García, Fabricio Manuel
Mejía Madrid, Renato
Mejorada Chauca, Omar Martín
Montoya Stahl, Alfonso
Ochoa Cardich, César Augusto

411

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Ortiz Sánchez, John Iván
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarinero Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos, los cuales son revisados por expertos (pares), tanto nacionales como extranjeros, que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética en publicación durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe ser escrito en español o inglés (salvo los de la sección «Artículos traducidos»), versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario y tener la condición de inédito. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- tema central (o especial temático);
- miscelánea;
- interdisciplinaria;
- artículos traducidos;
- comentarios de jurisprudencia;
- reseña bibliográfica;
- crónica del claustro.

Las secciones sujetas a revisión de pares o arbitraje son las siguientes: tema central (o especial temático), miscelánea e interdisciplinaria.

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

En la primera página se debe incluir lo siguiente:

- TÍTULO: en español e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres;
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como el correo electrónico del autor;
- RESUMEN (*Abstract*): texto breve en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación;
- CONTENIDO: se consignará en español e inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo;
- PALABRAS CLAVE (*key words*): en español e inglés.
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Cuerpo del texto

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- el texto no debe superar las 20 páginas, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general;
- consignar las citas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12;
- los textos deberán ser redactados en el programa Word;
- las figuras que se pueden usar son gráficos y tablas;
- las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto, y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas se realizan conforme a las Normas de Publicación del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (<http://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/content/17-normas-de-publicacion>).

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s).

Ej.: (Rubio, 1999, p. 120).

Dichas citas deben remitirse a la lista alfabética de la bibliografía, que se consigna al final del trabajo de la siguiente manera:

Autor (año). Título (número de edición, si es distinta de la primera). Ciudad: Editorial.

Ej.: Abad Yupanqui, Samuel (2004). Derecho procesal constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR THE *DERECHO PUCP* JOURNAL

I. Policy and purpose of *Derecho PUCP*

The *Derecho PUCP* journal publishes unknown legal and interdisciplinary research articles, which are reviewed by both national and foreign experts (peers) who have previously published similar research papers. The evaluations are carried out anonymously and are related to the quality and validity of arguments included in the articles.

II. Publication ethics

In case a failure is detected against the publication ethics during the reviewing process or after the article publication, the magazine will take appropriate legal actions to penalize the author involved in fraud.

III. Method and preparation of articles

III. 1. General rules

All articles submitted to the *Derecho PUCP* Journal must be written in Spanish or English (with exception of section “Translated articles”), they must address legal or interdisciplinary topics of interest and must have the unpublished status. The review includes the following categories and ordinary sections:

- main topic (or thematic special);
- miscellany;
- interdisciplinary;
- translates articles;
- case law comments;
- bibliography review;
- teacher’s meeting report.

The sections subject to peer-review and arbitration are the following: main topic (thematic special), miscellany and interdisciplinary.

III.2. Mandatory documentation

- Authorship Statement and authorization for publishing. It must be signed by all the authors and sent along with the article applying for publishing.

III.3. Article Characteristics

III.3.1. First page

The first page must include the following:

- TITLE: in Spanish and English, a short title up to 60 characters;
- NAME OF THE AUTHOR (or authors): institutional affiliation, city and country, profession and academic degree, as well as the author's e-mail must be included in a footnote;
- ABSTRACT: short text in Spanish and English considering the most important ideas of the research;
- CONTENT: the summary of chapters and subchapters included in the article must be stated in Spanish and English;
- KEYWORDS: in Spanish and English.
- In case the study has been submitted as an abstract to a congress or it is part of/included in a thesis, it must be specified with the corresponding quote.

III.3.2. Text body

The following characteristics must be considered:

- the text should not be longer than 20 pages, single-spaced, 12 Arial font, A4 format, with 3 cm margin. Exceptions to this rule must be duly justified and previously authorized by the general editor;
- State the quotes at the foot of the page, double-spaced, 12 Arial font;
- The texts must be written in Word;
- The images to be used are graphics and tables;
- Bibliographic references will only be those quoted in the text, and will be listed consecutively according to their order of appearance.

III.3.3. Bibliographic citations

The bibliographic references must be written according to Fondo Editorial of Pontificia Universidad Católica del Perú publication norms (<http://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/content/17-normas-de-publicacion>).

Therefore, bibliographic citations should be quote in the article, indicating between parentheses the author's surname, publication year and page (s) which correspond (s).

Ex.: (Rubio, 1999, p. 120).

Bibliographic citations should refer to the alphabetical list of references, which are stated at the end of work as follows:

Author (year). Title (edition number, if available). City: Publisher.

Ex.: Abad Yupanqui, Samuel (2004). Derecho procesal constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

