El crepúsculo de los dogmas

Alfredo Quispe Correa

Resumen

El derecho es un sistema que se propone organizar la vida en sociedad de manera armónica. Es un medio para la realización de la justicia y la solución de conflictos. Sin embargo, el derecho, como toda ciencia que apela a un lenguaje especializado, sufre un proceso incesante de desvalorización de sus conceptos, lo que le hace perder las bases significativas sobre las que ha edificado sus creencias. Hay, por tanto, que desdogmatizar el derecho, revelando la crisis de conceptos tales como: irretroactividad de las leyes y sentencias, cosa juzgada, prescripción, constitución o ley de leyes, soberanía y ciudadano. Algunos prefieren usar el término desmitologizar; pero sea en uno u otro sentido, el derecho debe buscar y ensayar nuevas palabras para que ese sistema de relaciones enraíce sus conceptos en un mundo incierto, que no cesa de cambiar.

Palabras clave: *derecho, retroactividad, sentencia, leyes, prescripción, soberanía, ciudadano.*

Abstract

The law is a system aimed at organizing life in society in a harmonic manner. It is an instrument to administer justice and to settle disputes. Nevertheless, law, as in all sciences, resorts to a specialized language and permanently undergoes a process of distortion of its

concepts, which makes it lose significant grounds on which it has based its beliefs. Therefore, it is time to dedogmatize the law, revealing the crisis of concepts such as non-retroactivity of laws and judicial rulings, res judicata, statute of limitations, the Constitution or procedural law (Carta Magna) sovereignty and citizenship. Some persons propose to demythologize. However, in one sense or another, the law must search and try new words so that this system of relations grounds its concepts in a world of uncertainties that is constantly changing.

Key words: *laws, retroactivity, ruling, limitations statute, sovereignty, citizen.*

I

El diccionario de la Real Academia Española dice del dogma que es una proposición que se tiene por firme y cierta; en otra acepción, lo hace fundamento capital de todo sistema. Cabanellas, en su conocido *Diccionario de derecho usual*, no difiere mucho de la afirmación académica; pero tiene la ventaja de circunscribirse al derecho, que es el campo que nos interesa.

En el derecho hay proposiciones que se tienen por ciertas y constituyen la base de todo el andamiaje de la doctrina. Son principios en los cuales se han formado todos los abogados y que hoy, por un proceso acelerado de cambios, se ven afectados. Parece el anuncio de un nuevo orden que requiere recrear el léxico en el cual bebieron los juristas históricamente.

Uno de esos dogmas famosos es el de la *irretroactividad* de las leyes. Las leyes solo rigen para el futuro, con la única excepción que alcanza al derecho penal cuando beneficia al reo. La constitución de 1979, en la segunda parte del artículo 187, extendía la excepción de retroactividad a materia laboral, penal o tributaria, en cuanto fuera más favorable al reo, trabajador o contribuyente; norma esta que no pudo sobrevivir en la constitución vigente, salvo en materia penal, por atacar un principio imprescindible para la existencia del derecho: la seguridad jurídica, cuyo exponente más significativo es la certidumbre.

Legaz y Lacambra (1960:166) señala que la seguridad jurídica garantiza que el «Estado no perturbará con sus intervenciones las posiciones adquiridas, las situaciones creadas en el juego espontáneo de la libertad individual». Agrega que «el Derecho constituye una forma de la vida social, y la vida social tiene como uno de sus ingredientes radicales constitutivos la seguridad» (1960:167). Esta afirmación requiere de una salvedad: hoy se acepta que el derecho, al regir hacia el futuro, solo se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, como advierte el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

Dice la ley a las consecuencias, no al pasado. Y es así; porque si no fuera así, la sociedad no evolucionaría, permanecería estancada. Rige para el futuro, siempre; no hacia el pasado y, por excepción, más allá del día siguiente. Una persona requiere de un mínimo de certezas para desenvolver sus actos. Esa certeza la da la ley. No es posible, entonces, que una ley futura diga que mis actos pasados realizados conforme a la ley, fueron «ilícitos», porque rompería el blindaje de seguridad que debe proteger mi comportamiento, que derivó de la norma legal.

Abelardo Torre (1957:388-89) sostiene que la retroactividad «constituye un gravísimo atentado contra la seguridad jurídica, pues de aplicarse tal principio con carácter general, serían extraordinarios los trastornos sociales que se producirán; en efecto, la seguridad jurídica exige que las situaciones creadas bajo un determinado régimen, estén a cubierto por lo menos en principio de modificaciones ulteriores que no pudieron preverse. Sólo así las personas pueden saber a qué atenerse, y obrar con la confianza y el estímulo que significan las leyes no retroactivas.»

II

Idénticos argumentos concurren para hablar de las sentencias. Las que deben operar para el futuro, porque las conductas consideradas «lícitas» hoy no pueden, en virtud de una resolución de la magistratura, considerarse ilícitas mañana. Podrán ser distintas en el futuro, pero no se puede convertir mi conducta lícita de ayer en ilícita hoy, porque entonces se generalizará el caos en la sociedad. No se podría vivir en armonía, como pretende el derecho al organizar la sociedad, en uno de sus objetivos.

El Código Procesal Constitucional, recientemente promulgado (Ley Nº 28237), atacando uno de los dogmas esenciales del derecho señala, en su artículo 81, cuando habla de los efectos de la sentencia fundada, que esta tiene efectos generales y carece de efectos retroactivos; sin embargo, cuando se refiere al artículo 74 de la Constitución (que taxativamente señala: «No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo») dice que el Tribunal de Garantías *determinará de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo.*

Esta frase, que debería entenderse y extenderse hacia el futuro, abre las puertas, según la Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional (2003:28), para que tales sentencias puedan tener efecto retroactivo. Empero esa redacción no es novedosa. Existía desde el año 1994 en el artículo 36 de la ley 26435, (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Y se entendió, entonces, como debe entenderse, como un proyección en el tiempo, hacia delante, no al pasado.

Pero el Código Procesal Constitucional no abre esa posibilidad, a mi juicio inconstitucional, porque la carta, en su artículo 204, segunda parte, advierte que no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal. Lo que repite el artículo 81 del Código Procesal Constitucional. Si ambas normas, la suprema, la constitucional, y la subordinada, la del Código, señalan que no pueden tener efecto retroactivo las sentencias de inconstitucionalidad, ¿cómo se infiere que la frase «determinar los efectos de su decisión en el tiempo», implique retroactividad y no, para guardar coherencia, proyección hacia el futuro?

María del Carmen Blasco Soto (1995:46-57), desarrolla diversas teorías sobre este aspecto. Señala que en el caso de las sentencias la retroactividad tiene un contenido diverso al de las leyes. Y señala una clasificación que comprende la *retroactividad total*, que es cuando la sentencia se aplica a todas las relaciones jurídicas nacidas bajo la ley inconstitucional: si la ley es declarada inconstitucional, sus efectos desaparecen desde el nacimiento.

Retroactividad en grado medio es cuando los efectos de la sentencia afectan todas las relaciones derivadas de la ley inconstitucional, excepto «las agotadas»; sólo comprende las que están pendientes. *Retroactividad en grado mínimo* es cuando la sentencia abarca solo el caso materia del proceso en que se ha inaplicado una ley por inconstitucional. Sin embargo, en esta hipótesis, la autora glosada advierte que «si una ley es inconstitucional para un supuesto, también lo es para todos los casos iguales, salvo para las relaciones ya no discutibles, de lo contrario la Constitución perdería su carácter de Norma Fundamental» (1995:53).

Sigue la *irretroactividad en grado máximo* que consiste en que la efectividad de la sentencia se aplaza para un momento posterior, (*vacatio sententiae*). Esto es que la sentencia se va de vacaciones, como se ha ido el Código Procesal Constitucional que entrará en vigencia recién en el mes de diciembre. Su propósito es evitar el vacío legal y dar un plazo prudencial para que el legislador pueda ordenar la ley a la nueva situación creada. Un ejemplo claro sobre este punto se refiere, precisamente, a un tributo aprobado en situación de guerra y que está destinado para la defensa. Dejarlo sin efecto restaría recursos valiosos para enfrentar el conflicto.

Pero el tema aquí no es si la doctrina discute las posibilidades de desarrollo de la eficacia de las sentencias en el tiempo, porque en el caso del Perú la carta dice, de manera categórica, que *la sentencia del Tribunal no tiene efecto retroactivo*. Si rige la carta, las posibilidades y eficacia de una sentencia del Tribunal solo deberían proyectarse hacia el futuro. El pretérito es un tiempo que no entra en la conjugación legal.

Sin embargo, el mismo Código Procesal abre la puerta para que una sentencia recaída en un proceso de Acción Popular, pueda

determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. Esta demanda que es de competencia exclusiva del Poder Judicial, podría derivar en una decisión retroactiva que crearía problemas delicados, sobre todo, en el caso de los gobierno regionales o municipales. Imagínese que la sentencia se diera en las postrimerías de un régimen o en el inicio de uno nuevo: las situaciones que se crearían para el gobierno que se va o las complicaciones que hallaría el que recién ingresa, sobre todo, si la decisión judicial tiene que ver con las finanzas de la institución.

Lascuraín Sánchez, al referirse a la retroactividad y principio de legalidad, señala que «los destinatarios de la norma, que de un modo u otro son todos los ciudadanos, saben qué va a pasar jurídicamente, cómo va a reaccionar el Estado tras la realización de un cierto comportamiento. Y no otra cosa es, dicho conocimiento, que la seguridad jurídica» (2000:19). Agrega que la certeza es una acepción del concepto «seguridad» y es un valor que nace y se realiza en el Estado de Derecho. Estos conceptos pueden extenderse fácilmente al caso de las sentencias. En un caso la ley y, en otro, la decisión jurisdiccional, requieren de predecibilidad, es decir, certidumbre, para que los ciudadanos de un país sepan que sus conductas ceñidas a pautas vigentes deben ser respetadas siempre.

III

Otro de los pilares básicos del derecho es la llamada «cosa juzgada». Tiene categoría de «verdad» y no se la puede contradecir; cuando finaliza el proceso judicial, adquiere un matiz de firmeza. Se reconoce en esta institución tres identidades clásicas: la identidad de las partes (deben ser las mismas personas), la identidad del objeto (el por qué del proceso y la pretensión jurídica) y la identidad de acción. Aunque se pueden obviar las diferencias de acción cuando aparecen otras identidades. Como elementos externos de la cosa juzgada, siguiendo a Rodríguez Rossi (1974:21-22), se requiere que preexista un procedimiento judicial; que ese procedimiento cumpla con el debido proceso y concluya con una sentencia que tenga el carácter de definitiva y sea inimpugnable.

Se admite, en el derecho penal, la revisión de un proceso concluido cuando aparecen nuevos elementos que llevan a la conclusión de que la sentencia condenatoria incurrió en error y sancionó a un inocente. Ejemplo típico es el del condenado por homicidio que purga reclusión y aparece el verdadero culpable. Este debe ser procesado y condenado y el encarcelado recuperar su libertad. Y, además, debe ser indemnizado por el Estado. Salvo ese caso, en todos los demás la doctrina jurídica ha sostenido el respeto absoluto a la cosa juzgada.

La cosa juzgada, además, constituye una «propuesta de reconciliación» entre las partes, porque no se puede andar litigando

constantemente por los mismos hechos. Y es una garantía para la sociedad el que las decisiones judiciales tengan la firmeza necesaria y constituyan un medio de establecer la seguridad jurídica y mantener la armonía en la comunidad. ¿Podemos imaginar una nación en donde los procesos judiciales puedan ser objeto de revisión permanente? No habría paz social, ni seguridad y la comunidad viviría constantemente sobresaltada.

Abundando en argumentos podríamos decir con Piero Calamandrei (1986:170), que la sujeción a la cosa juzgada, es «la indiscutibilidad oficial del precepto declarado cierto, que quita al individuo toda posibilidad de poner en discusión la declaración de certeza». Santiago Sentis Melendo, señala que «La preclusión, como indica la palabra, determina que un proceso, o una etapa de él se cierra y que ya no se puede retroceder en ese itinerario, en ese avanzar, que es el proceso; la cosa juzgada significa que lo resuelto por el juzgador tiene un valor indiscutible; lo juzgado ya no podrá ser examinado de nuevo; y si, subjetivamente, la cosa juzgada es *erga omnes*, nadie podrá discutir sus efectos» (1967:292).

Otro elemento que constituye un pilar esencial en los estudios jurídicos, es la *prescripción*, que no es otra cosa que la «consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo», como la define Cabanellas en su famoso diccionario jurídico. La prescripción es una manera de acceder a un derecho o de perderlo; de liberarse de cargas o de responsabilidades. En el derecho penal también opera, con mayor razón, por tratarse de la libertad de una persona. Si el estado o la sociedad no demuestran ningún interés punitivo frente a quien cometió el ilícito, el transcurso del tiempo opera entonces con un efecto liberador de sanción.

Pues bien, hemos señalado como dogma, hasta el momento, la irretroactividad de la ley y de las decisiones judiciales, la cosa juzgada y la prescripción como influencia del tiempo sobre el derecho. Vamos, ahora, a probar lo que afirmamos. El *Estatuto de Roma*, sancionado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, que crea la Corte Penal Internacional, ha sido suscrito y ratificado por el Perú y contiene normas que, de conformidad con lo que establece nuestra constitución (el tratado forma parte del derecho interno), son de aplicación rigurosa en el país.

El artículo 20 del citado texto establece como regla la cosa juzgada, pero destaca dos excepciones: una, que el tribunal nacional que juzgó un delito haya tenido por finalidad sustraer al procesado de su responsabilidad penal por crímenes que son de competencia de la Corte, o se advierta que el proceso fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Y otra, en su artículo 29, que dispone que los crímenes de competencia de la Corte, crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, *no prescribirán*.

Y a propósito de este choque con los «dogmas» a los que nos venimos refiriendo, podemos señalar que la constitución nacional reconoce la prerrogativa del antejuicio a los más altos funcionarios del estado, a fin de sustraerlos de la venganza política y someterlos a un juicio previo que determine si deben o no responder por la acusación que se le hace. Por eso se denomina *antejuicio*, porque es un «*juicio previo*» al que le correspondería ante el Poder Judicial. Aunque la verdad sea dicha: este privilegio constitucional, concebido con sanos propósitos, se usa a veces para condenas arbitrarias o liberaciones cómplices. Pero esas son las reglas de juego que el Tratado desconoce cuando afirma, en su artículo 27, que las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, *no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*

Aquí aparece, de manera evidente, *un conflicto entre el Tratado y la Constitución nacional.* ¿Cuál rige? Depende, como veremos más adelante, de la corriente a la que un Estado se afilie. Pero al margen de ese supuesto, un hecho queda claro: la Corte pasará por alto la defensa de un ciudadano que proclama haber sido eximido de responsabilidad en su país, para juzgarlo si considera que el «crimen» cae en su competencia. No nos estamos planteando el problema de la «justicia» en esa decisión. Reiteramos la aclaración, lo que tratamos de decir es que esas innovaciones que se vienen operando en el mundo afectan, como es natural, los viejos cimientos de la doctrina del derecho. ¿Prevalecerá la justicia sobre la seguridad? Planteado así el conflicto la respuesta es obvia. Entonces, si es así, y el dilema está resuelto, hay que replantear en muchos aspectos la enseñanza del derecho. No sólo por los «dogmas» que están perdiendo su condición axiomática, sino porque la sociedad está cambiando y ese cambio afecta las relaciones entre los ciudadanos.

IV

Abordando directamente el tema constitucional debemos decir que la carta magna fue considerada y se considera la ley de leyes. Que es la norma suprema. Que no puede existir precepto de jerarquía inferior que la viole porque, entonces, esa norma infractora quedará fulminada por la prevalencia de la pauta superior, la constitución.

Lo acabamos de ver al destacar las normas del Estatuto de Roma. La constitución nacional dice que el *tratado forma parte del derecho interno y le da rango de ley*. En consecuencia, y en principio, en caso de conflicto entre un tratado y la constitución, debe prevalecer la constitución. Y si la constitución reconoce la prescripción, el antejuicio y dispone que hay procesos que son irrevisables en sede judicial como las resoluciones definitivas del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral y las

del Consejo Nacional de la Magistratura tratándose de la ratificación de magistrados, ¿debe esta tener primacía sobre el Tratado?

Debería ser así y esa ha sido siempre mi posición. Desde un punto de vista lógico, y siguiendo la teoría de la gradación de Kelsen, esta premisa sería inobjetable. Sin embargo,la realidad es distinta. Ha habido casos en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado, como propias de su competencia, demandas contra resoluciones emanadas del Jurado o del Consejo. Si la autoridad nacional cumpliera esa resolución aprobada por un organismo internacional, incurriría en infracción de la constitución, si es que esta prohibiera una acción de este tipo. Hasta podría pensarse en una conducta ilícita de carácter penal, aunque en la realidad resultara difícil obviar una decisión internacional de esta naturaleza.

Los tratados han concebido una serie de normas que permiten sancionar al estado que incumple con sus obligaciones contraídas internacionalmente. Pueden ser multas elevadas que se incrementen en relación al tiempo de demora en el acatamiento. Pueden ser sanciones económicas aplicadas por otras naciones firmantes del tratado u otras medidas de carácter compulsivo. Dejamos constancia que no estamos hablando de una violación de los derechos humanos, sino de la contradicción entre dos normas de distinta naturaleza, una nacional y otra internacional.

La tendencia, hay que reconocerlo, es ir a un sistema monista; es decir, un sistema en donde el derecho internacional y nacional se confundan en uno, quedando por dilucidar las incompatibilidades. Aunque también la tendencia está conduciendo a privilegiar el derecho internacional sobre el nacional. Con lo cual se derrumba otro de los dogmas, el de considerar que la constitución es la ley de leyes que implica a todas las demás, porque con esta corriente pasa a ser de implicante a implicada, de originaria a derivada, de principal a dependiente.

Lo que lleva a otra reflexión igualmente grave. Una carta nacional nace de una constituyente. El pueblo es convocado para, en ejercicio de la soberanía que las doctrinas democráticas reconocen, darse la forma de estado y de gobierno que juzgue más conveniente. Pero, de qué vale esa convocatoria y ese ejercicio soberano del pueblo si, finalmente, la decisión radical está más allá de las fronteras. El pueblo elabora la constitución, pero el magistrado internacional dirá si sus normas son idóneas, si no colisionan, por ejemplo, con los derechos humanos; por último, dirá lo que estima que «dice» la norma, no lo que el pueblo «cree» que dice.

Si se duda de esta afirmación y no bastara la cita de las normas del Estatuto de Roma, apelemos a otras fuentes. Carlos Ayala Corao (2001:1041) señala que el carácter universal de los derechos humanos *ha trastocado los conceptos clásicos del estado, derecho, soberanía y*

jurisdicción. Estamos de acuerdo. De eso trata este esfuerzo académico. Germán Bidart Campos, ilustre jurista argentino, por quien mantenemos gran respeto y amistad, advierte que el primero de todos los presupuestos radica en la «primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida en este, la propia Constitución de los Estados» (2001:1104).

Humberto Nogueira Alcalá, por su parte, sostiene que «la soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los estados partes» (2001:1401).

Este autor va más allá cuando afirma que: «El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la *soberanía* o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el estado de derecho nacional, *un estado de derecho internacional*, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de esta» (2001:1403).

Repetimos, si esa es la tendencia, hay que promover el cambio. No es tiempo de discutir si el cambio precede al derecho o si el derecho condiciona el cambio. El hecho simple es que se debe cambiar y quienes deben estar más preocupados por acelerar el cambio son los gobiernos, evidentemente. Pero ante la inercia política por el secular temor a la renovación, son las facultades de Derecho las que deben plasmar estas exigencias y convertirse en medios de presión constante para vencer la indiferencia de los funcionarios públicos.

El Código Procesal Constitucional, desarrollando el precepto de la carta, establece un procedimiento para la jurisdicción internacional reconociendo los organismos internacionales competentes a los que puede recurrir quien se sienta lesionado en su derecho. Las resoluciones de estos organismos, advierte, no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, o examen previo alguno. Pero dice algo más. En su artículo V del Título Preliminar señala que: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, *así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales* sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

George Jellinek decía que «la nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza

como leyes, desde el punto de vista formal» (1981:403). Hacia el interior, no cabe duda sobre esta afirmación, porque hacia el exterior vemos que la tendencia lleva hacia la subordinación. Como lo hace presente Enrique Álvarez Conde, cuando cita un fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: «... al derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad» (2003:159).

Por supuesto que la referencia es al derecho comunitario, que tiene su máxima expresión en Europa pero no en América. La constitución del año 1979 hacía que el derecho de integración prevaleciera sobre otros tratados. Pero esa constitución fue derogada por la vigente. La necesidad de la integración tiene, en el mundo actual, carácter de urgencia. Pero si en el país no se propone ninguna política de integración hacia el interior, ¿con qué base se puede ingresar a un proceso comunitario con otras naciones?

La constitución como «pacto de las generaciones», a decir de Haberle (2001:15), debe analizarse a través de esa variante en que se rige la globalización, porque los límites a la libertad del constituyente vienen también de fuera: del Tratado. Un pueblo puede querer plasmar un modelo de sociedad, pero si ese modelo no se integra con los estándares mínimos internacionales, (lo que determinan los magistrados en su interpretación de la constitución, el tratado y la ley), no será aceptado. El pacto generacional no alcanza, en la actualidad, una temporalidad destacada porque el mundo cambia, insistimos. Y lo hace a tal velocidad que el vértigo impide apreciar la magnitud del fenómeno.

La constitución se vincula con la soberanía y esta es un rasgo característico del estado moderno. La crisis que vive la constitución, ¿no será una crisis de la soberanía? Este es otro de los dogmas que se resiste a salir de la creencia de los hombres.

V

Dos puntos adicionales en esta visión sobre la «mitología jurídica», como calificara Novoa Monreal a este fenómeno (2002:81). Nosotros no hemos llegado a tanto, pero debemos admitir que el derecho, desde diversas ópticas, requiere ser replanteado, porque muchos de sus términos no se corresponden con la realidad. El autor que acabamos de citar hace un estudio titulado *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, que no es el propósito de este texto, pero que indica cómo el «conservadorismo» jurídico impide desvelar los nuevos rumbos.

Uno de esos puntos adicionales se refiere a la soberanía, término sobre el que me he ocupado en otras oportunidades. El título de Bergalli y Resta puesto a su libro *Soberanía: un principio que se derrumba* (1996), lo dice todo. Hemos visto el conflicto que nace por la aplicación del Tratado Internacional y el rol de los magistrados supranacionales. El camino parece, pues, orientarse hacia la elaboración de *constituciones federales*, conforme al modelo europeo. Y a la aceptación, repetimos, de la primacía del derecho internacional sobre el nacional.

Pero esa no es la única comprobación. El solo hecho de hablar de la «globalización» es reconocer un proceso que va «desnacionalizando» a los estados para integrarlos a un macro sistema político-económico. La economía de mercado se ha internacionalizado. Admitir este hecho es admitir, consecuentemente, que la dirección de la economía se ha trasladado del centro local de influencia hacia un punto externo, distante geográficamente y políticamente del *estado-provincia*, como se nos ocurre llamar a estas unidades que se consideran soberanas cuando solo constituyen piezas subordinadas a un sistema digitado desde el exterior.

La discusión sobre las protecciones arancelarias, por citar un ejemplo, fundadas muchas veces en intereses «nacionalistas», no funciona en un sistema cuya competencia se ha extendido territorialmente. La ley de la oferta y de la demanda no rige en marcos físicos estrechos. Así que las «protecciones» orientadas a empresas ineficientes llevan, más temprano que tarde, a que la economía del país pequeño, o del estado-provincia, colapse. Su mercado es demasiado estrecho como para que pueda sobrevivir en un sistema cuya característica principal es la expansión incesante.

Estas nuevas dependencias han creado un tramado, o entramado, cuya urdimbre es difícil de evadir. El solo hecho, por citar otro ejemplo, de hablar de «inflación importada», es admitir que el control nacional de la economía no pasa de ser una ilusión. Los esfuerzos desesperados de un gobierno por controlar la maquinita, orientar la demanda, combatir las emisiones inorgánicas, colapsan cuando el «país» del cual depende el sistema se ve afectado por la inflación. La crisis arrastra a todos los tributarios del sistema.

Frente a esa realidad se debe replantear el término soberanía y reconocer que se vive en un mundo de interdependencias fatales. El estado no es ni tan autónomo hacia el interior, ni tan independiente hacia el exterior, por lo que se debe promover, aparte de la revisión de este «dogma», la definición de la corriente monista en materia de derecho internacional. Ese es un paso importante. Pero es un paso jurídico que no agota otros que deben darse en otras manifestaciones de la actividad estatal.

El segundo punto adicional que trataremos como corolario de la exposición se refiere al ciudadano. La revolución francesa reivindicó el término para impulsar la igualdad de los hombres, frente a una sociedad estamental. Fue un proceso revolucionario cuyo gran objetivo era hacer del hombre el centro del universo mediante la reivindicación de la libertad y de la igualdad. Ese proceso se inserta en lo que se ha dado en llamar la primera generación de derechos. El ciudadano define el poder, lo califica, al nombrar a su representante. No más monarcas vitalicios, hereditarios y absolutistas. La democracia surge, entonces, como respuesta de un hombre «soberano» para decidir su destino.

Con el transcurso del tiempo se descubre que no basta que el «ciudadano» elija a su representante, porque se revela que el mandatario se desliga del encargo recibido mediante diversas estratagemas, como el no mandato imperativo. Otro de los «dogmas» pretende que la nación es indivisible y que el representante no debe obedecer al elector, al pueblo que lo eligió. El ciudadano se convierte así en el convidado de piedra, un espectador que renueva sus esperanzas cada cinco años. Lo que termina por exaltar a las «masas» y a demandar facultades políticas adicionales, originando una nueva generación de derechos.

Son los llamados derechos de participación. No basta el derecho a elegir y ser elegidos. El ciudadano quiere participar de manera constante y, sobre todo, *en la decisión*, por lo que se apela a las instituciones de la democracia directa. Se limita al gobierno y se le exige que consulte permanentemente las decisiones trascendentales. De ese modo, el pueblo, «el soberano», «el ciudadano», culmina una larga evolución no exenta de grandes sacrificios. El poder nace del pueblo. La democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo.

Pero bien, si el ciudadano decide, ¿decide realmente? Si vemos, como lo hemos venido describiendo, que el centro de decisión se desplaza del estado-provincia hacia la metrópoli, ¿qué decide el ciudadano? ¿Puede con huelgas, paros o votos, frenar la influencia externa? Esta es una nueva tragedia del hombre que creyendo conquistar su libertad para definir su destino, descubre que es menos libre y que no decide. Lo que lo conduce a su decepción sobre la democracia, como escribe Saramago en su *Ensayo Sobre la Lucidez* (2004). Todo lo cual puede derivar en el renacimiento de lo que se denominó «internacionalismo», que se creía muerto con la agonía del marxismo. Esta cruda realidad estimulará en los pueblos, en los ciudadanos, nuevas plataformas de lucha para recuperar de algún modo el protagonismo dentro del sistema, al que tienen derecho por su sola condición humana. Pero esa propuesta escapa a los propósitos de este tema.

Volvamos al ciudadano y veamos cómo esa debilidad del hombre contemporáneo, lleva a López–Alves (2003:13) a reconocer que «el divorcio del ciudadano con el Estado es creciente, y *la ciudadanía ha*

perdido gran parte de la lealtad que la unía a sus Estados y organizaciones políticas».

Pero no es la única voz. Joaquín Estefanía lo reafirma: «*Los ciudadanos no se sienten representados por quienes toman las decisiones últimas*» (2003:30) y, pesimista, se interroga: «¿Para qué votar, nos podríamos preguntar en el extremo, si la política de un Gobierno libremente elegido no es tan determinante para el bienestar de los ciudadanos de ese país como la acción de un grupo de operadores anónimos (los famosos mercados), que actúan como epicentro de un terremoto financiero a miles de kilómetros de donde su decisión va a tener efecto?» (2003:38).

Giddens reafirma estas preocupaciones cuando dice que «los Estados han perdido gran parte de la soberanía que tuvieron, y los políticos mucha de su capacidad para influir en los acontecimientos» (2000:21).

VI

Como conclusión de estas preocupaciones se podría decir que debemos esforzarnos por «*desdogmatizar*» *el derecho*. Que se debe hacer reiterados intentos para proponer los enfoques que esa nueva realidad demanda. No hay la intención de limitar derechos sino, por el contrario, de promover nuevos modelos que reganen el núcleo de nuestros sentidos, que no es otro que el hombre. Aceptamos que el derecho, mirado desde otro ángulo, no debe, como decía Novoa Monreal, ser el gran obstáculo del cambio social. No hay oposición a este planteamiento. Si el derecho es un camino hacia la justicia, ese tránsito debe revalorar sus instituciones y conceptos en función de los derechos humanos. El hombre sigue siendo la medida de todas las cosas. El derecho, *el nuevo derecho*, debe considerarlo otra vez como protagonista principal que participa de un destino, recreando por él y para él un lenguaje común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez Conde, E. (2003). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Ayala Corao, C. M. (2002). Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional. En: Ferrer Mac Gregor, E. *Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, pp. 1041-1101.

Bergalli, R. & Resta, E. (1996). *Soberanía; un principio que se derrumba*. Barcelona: Paidós.

Bidart Campos, G. J. (2002). Jerarquía y prelación de normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos. En: Ferrer Mac Gregor, E. *Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, pp. 1103-1139.

Blasco Soto, Ma. del C. (1995). *La Sentencia en la Cuestión de Inconstitucionalidad*. Barcelona: Bosch.

Calamandrei, P. (1986). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

Estefania, J. (2003). *Hij@, ¿qué es la globalización?* Madrid: Santillana Ediciones.

Código Procesal Constitucional del Perú. (2003). Exposición de motivos. Lima: Palestra Editores.

Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado*. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones.

Haberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Jellinek, G. (1981). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros.

Lascurain Sánchez, J. A. (2000). *Sobre la Retroactividad Penal Favorable*. Madrid: Civitas Ediciones.

Legaz y Lacambra, L. (1960). *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona: Bosch.

López–Alvez, F. (2003). *La Formación del Estado y la Democracia en América*. Bogotá: Norma.

Novoa Monreal, E. (2002). *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo Veintiuno.

Rodríguez Rossi, E. (1974). *Cosa Juzgada*. Buenos Aires: Ediar.

Sentis Melendo, S. (1967). *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Torre, A. (1957). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Saramango, J. (2004). *Ensayo sobre la lucidez*. Buenos Aires: Alfaguara.