

ENTREVISTA AL DR. NESTOR PEDRO SAGÜES

NESTOR PEDRO SAGÜES (Argentina). Abogado. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Rosario.

La presente entrevista fue realizada por Omar Cairo R., en Lima, el 21 de mayo de 1993.

**** ¿Es posible que una Costumbre constitucional derogue una norma constitucional formal? ¿Hasta dónde puede llegar una Costumbre constitucional, para adecuar la norma a la realidad sin desnaturalizar la esencia del constitucionalismo?**

El límite lo da la realidad. No hay un límite formal. En el orden del "deber ser", de los valores, ninguna Costumbre constitucional debiera derogar una norma constitucional buena o legítima, y, en principio, ningún precepto constitucional. Pero en la práctica lo hace. La lucha entre la norma constitucional formal y la Costumbre constitucional se da en el ámbito de la realidad, en el ámbito fáctico. El triunfo de la obediencia a la ley - la norma constitucional formal - o el triunfo de la norma consuetudinaria, que va creando la costumbre constitucional, es una cuestión de hecho sobre la que no hay predicciones posibles. Todo dependerá de la voluntad de los operadores de la Constitución para respetar la norma constitucional formal o para erigir una norma consuetudinaria coincidente u opuesta a ella.

**** Ese conflicto se produce entre una norma constitucional y hechos normativos, es decir, hechos que puedan ser reputados como obligatorios. No cualquier conjunto de hechos...**

Claro, claro.

**** ¿Qué ocurre cuando una Costumbre desnaturaliza la esencia del constitucionalismo? Si estamos frente a una práctica autoritaria arraigada en la sociedad, que se contraponen con la intención de plasmar un orden constitucional que racionalice el ejercicio del poder, y esta intención no logra calar hondo en la sociedad. ¿A cual debemos preferir, o por cual debemos luchar?**

La pregunta merece dos reflexiones. Una: qué pasa en la realidad. Otra: qué debiera pasar o que debiera hacerse frente a ello. Vayamos a un ejemplo concreto: los decretos de necesidad y urgencia. Usted tiene un mensaje constitucional de que los decretos de necesidad y urgencia deben limitarse para ciertos objetivos muy precisos. Incluso hay constitucio-

nes como la argentina que no los admiten directamente, en ningún caso. En la práctica se produce una inflación de los decretos de necesidad y urgencia, y comienzan a proliferar de tal modo que en cierto momento son también admitidos por los tribunales que comienzan a aplicarlos. En el orden del ser, en el ámbito de la realidad, se ha erigido una norma de derecho consuetudinario que admite a estos decretos. En el orden del deber ser normativo. ¿qué pasa? Que ha aparecido una norma de derecho consuetudinario que los consiente. En el orden del deber ser axiológico. ¿qué es lo que debe pasar? Allí todo dependerá del juicio axiológico que le merezcan esos decretos. Usted tendrá que optar, por ejemplo, entre que no se legisle nunca a través de ellos, en cuyo caso puede haber un vacío normativo si es necesario dictar normas y el Congreso no lo hace; o tal vez usted los considere en la práctica tan legítimos y tan poco felices, que usted diga prefiero desconocerlos y luchar por el desconocimiento. Pero es el desconocimiento de una realidad. Cuando surge una norma de Derecho Consuetudinario Constitucional, eliminarla importa el mismo esfuerzo,

o tal vez un esfuerzo mayor, que eliminar una norma de Derecho Constitucional Formal. La ventaja con la norma consuetudinaria es que como ha sido inventada o erigida por los operadores de la Constitución, ellos mismos pueden también disolverla. Pero eso va a depender de la voluntad de los operadores no de la del intérprete de la Constitución o del analista del derecho consuetudinario. Va a depender de quienes hacen Derecho Constitucional, y los que hacen Derecho Constitucional son los titulares de los tres poderes.

****¿Estamos frente a una Costumbre Constitucional cuándo existe una práctica relativa al poder, simplemente, o cuando dicha práctica responde a los postulados del constitucionalismo?**

No es cuestión de que la práctica responda o no a los postulados. En el caso del Derecho Consuetudinario, su vigencia no depende de que sea bueno o malo, de que responda o no a las directivas del constitucionalismo. Hay Derecho Consuetudinario cuando la conducta de los operadores de la Constitución termina por elaborar una norma que se reputa como norma constitucional vigente en una sociedad. Le voy a dar un ejemplo. Nosotros tenemos "leyes secretas", y en Argentina no están previstas en la Constitución. ¿Cuándo quedaron constitucionalizadas? El parlamento comenzó a dictar leyes secretas, los gobiernos de facto comenzaron a dictarlas. Cuando ya tuvimos más de cien leyes secretas era difícil negar que había una norma consuetudinaria que las admitía. Hasta que un día la Corte Suprema dijo que las leyes secretas eran constitucionales. Ahí se terminó el ciclo. Las leyes secretas, aunque no nos gusten, aunque de principio no sean legítimas, ya están en la experiencia jurídica consuetudinaria.

Pero no es fácil averiguar el momento en que una conducta se transforma en costumbre. Hay una diferencia entre la ley formal, que tiene una fecha concreta de sanción y de promulgación muy clara, y una norma consuetudinaria, que no tiene día, generalmente específico, de sanción y de promulgación. Es algo que se desarrolla en cierto período en el tiempo, generalmente no muy claro de determinar. Pero desde el momento en que una Corte Suprema dice que una conducta es constitucional, bueno, está allí dándole fe de bautismo formal a la costumbre. Y también cuando la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución se niega a invalidar una costumbre contraria o complementaria a la Constitución argumentando, por ejemplo, que es una cuestión política no justiciable. En ese caso está convalidando ya una experiencia consuetudinaria.

****¿El peso de la Costumbre Constitucional varía en un país dependiendo de si acoge el sistema Romano-germánico o el sistema del Common Law?**

Pienso que en nuestros países latinoamericanos, la costumbre constitucional tiene muchísima importancia; tal vez mayor que en los países del Common Law. Algunas veces la costumbre constitucional es indispensable para complementar una Constitución o para reciclarla. En una Constitución como la norteamericana, o como la argentina - con 140 años de antigüedad - si usted no refresca la norma constitucional formal con reglas de costumbre constitucional, es probable que termine por ser una Constitución esqueleto, esclerótica y poco útil. Algunas veces la costumbre es inevitable, y algunas veces inevitable para derogar reglas constitucionales.

****¿Este oxigenamiento que recibe la Constitución en Argentina,**

no tiene que ver, de algún modo, con su sistema constitucional donde, por ejemplo, encontramos Constituciones provinciales al lado de una Constitución nacional?

No. Es un problema que se presenta en cualquier orden, en cualquier Constitución, en cualquier Estado. También depende de la practicidad de cada Constitución, de su realismo. Los romanos decían que la costumbre era la mejor intérprete de las leyes. Podemos decir también que la costumbre es la mejor intérprete de las constituciones, aunque algunas veces también hay costumbres constitucionales que van contra las constituciones, y, en este orden de ideas, también hay costumbres constitucionales buenas y costumbres constitucionales malas. Una costumbre constitucional buena es, por ejemplo, en E.E.U.U., la que habilitó competencia federal para regular el tráfico aéreo. Ahí se cubrió además una laguna constitucional porque cuando se dictó la Constitución de E.E.U.U. no habían aviones. Alguien tenía que dictar normas, los Estados o el poder federal, y se resolvió que debía ser el gobierno federal. Y también hay costumbres constitucionales malas, como, por ejemplo, la existencia de leyes secretas en el caso de la Constitución argentina. Es decir, no tiene que ver con el tema de la relación provincia-nación porque se da en los dos órdenes.

****¿Qué papel tienen las constituciones provinciales en el enriquecimiento del constitucionalismo argentino, en su renovación y su supervivencia?**

Las constituciones provinciales regulan sólo el funcionamiento de cada provincia, no el funcionamiento de la nación. La mayoría de ellas han realizado aportes más novedosos que la

Constitución Federal. Han instrumentado, por ejemplo, procedimientos abreviados de creación normativa y han instrumentado también el Ombudsman o comisionado parlamentario. Han aceptado o regulado los decretos de necesidad y urgencia. Han creado el Consejo de la Magistratura, han asegurado el derecho de réplica, el Habeas Data, en fin, han dado pasos más en adelante. Pero han tenido también defectos, por ejemplo, han prometido derechos en exceso. Muchas veces son un verdadero catálogo de ilusiones. Algunas, muy reglamentaristas, tienen 300 artículos o más. Parecen en ciertos casos más la Constitución de la Isla de la Fantasía que la Constitución de una provincia argentina. Es decir, han realizado aportes, y en ciertos casos han pecado por utopismo y tal vez, algunas veces, por demagogia constitucional.

“Durante la campaña política previa a este CCD en el Perú, uno de los argumentos esgrimidos contra la Constitución de 1979, fue que ésta tenía muchas normas ilusorias -las que consagraban derechos sociales- que no correspondían a la realidad. Que eran sólo “buenos deseos”. Sin embargo, los derechos sociales son instituciones consagradas en constituciones extranjeras como parte del Constitucionalismo Social, movimiento que representa un avance importante del Constitucionalismo. ¿Ud. considera que el Constitucionalismo social es un proceso irreversible, o que debe plantearse una involución hacia una etapa constitucional correspondiente al siglo XIX donde la Constitución se limitó, a establecer principios generales relativos al ejercicio del poder y a los derechos individuales de las personas?”

Me parece que el Constitucionalismo social, muy generoso

por cierto, y muy bien intencionado, ha incurrido algunas veces en excesos. Prometer más de lo que puede cumplirse no es bueno porque es, desgraciadamente, una forma de mentir. El constituyente debe evitar caer en el pecado del utopismo. El utopismo consiste en no medir los costos jurídicos, sociales y económicos que es necesario afrontar para lograr la realización de un derecho. Y una Constitución utopista no es buena por muchas razones. Primero, porque engaña. Se autoengaña el constituyente y engaña a la sociedad. Segundo, porque al ser engañosa, provoca una dosis inevitable de incumplimiento de la Constitución, el cual genera, a su vez, un descreimiento de la sociedad respecto a su Constitución. Eso a la postre produce una brecha entre la Constitución y la realidad que termina en un proceso de desconstitucionalización. Así que el Constitucionalismo Social debe ser lo suficientemente prudente y cauto como para exponer metas logrables en corto y mediano plazo. Si promete más de eso en realidad miente.

“¿De qué depende que estas metas sean realizables? Es necesaria además una voluntad política para plasmar estas metas en la realidad. Muchas veces no se cumplen por ausencia de voluntad política y no porque la realidad material económica lo impida...”

Claro. Primero hay que hacer un cálculo de factibilidades, es decir, con qué recursos cuenta el Estado para alcanzar determinadas metas u objetivos. Ese es un problema de tipo fáctico, de números, de riqueza, de recursos, de erogaciones y de costos. Es un problema técnico. Después, como Ud. dice, es un problema de voluntad. Aquí el Poder Constituyente tiene que ser lo suficientemente realista como para darse cuenta

que él no va a ser el ejecutor de la Constitución, que la Constitución, en el fondo, es una propuesta que los operadores posteriores pueden o no asumir. Si con posterioridad a dictarse una Constitución el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, se confabulan para no cumplirla, nada va a poder hacer el Poder Constituyente porque ha muerto el día que sancionó la Constitución. El constituyente tiene que medir la posibilidad de concreción o la posibilidad de encontrar voluntad de concreción en el operador posterior de la Constitución. En general, por lo que puedo leer en las últimas constituciones, hay una sobrecarga de promesas. Se prometen derechos, de manera excesiva. Un recurso puede ser prever un mecanismo ágil de lo que se llama inconstitucionalidad por omisión. ¿Qué es esto?. Es prever una acción declarativa. Tomemos el caso de la Constitución de Río Negro en la República Argentina. Justamente a sugerencia mía la Constitución incluyó esta cláusula: si un precepto constitucional no se cumple en cierto periodo por no dictarse la ley reglamentaria, el perjudicado inicia una acción declarativa ante el Tribunal Constitucional o Corte Suprema de esa provincia. Si el Tribunal Constitucional detecta incumplimiento del precepto constitucional, fija un plazo al órgano que debe dictar la norma reglamentaria de la Constitución para que así lo haga. Si el órgano no dicta la norma, el Poder Judicial, si puede, cubre el vacío leguoso. Y dicta una sentencia ordenando cumplir el precepto constitucional. Y si no puede hacerlo, si se trata, por ejemplo de un programa de viviendas y el Poder Judicial no puede disponer como hacer casas, en tal caso fija una indemnización por los daños y perjuicios causados al afectado por el incumplimiento de la norma constitucional.

“Las prestaciones incorporadas a los derechos sociales se vinculan al “Régimen Económi-

co de un país, éste a su vez, tiene que ver con el tema del Constitucionalismo económico. ¿En qué situación encuentra al Constitucionalismo económico actualmente en los diversos países del mundo?. ¿Considera que la etapa del constitucionalismo económico está consolidada?*

Depende de la Constitución a la que uno haga referencia. Si uno toma las constituciones de los países europeos, en general son discretas en el enunciado de metas constitucionales y, por lo tanto, bien que mal puede considerarse que se han cumplido. Pero si se toma las constituciones de los países latinoamericanos, donde se ha prometido más de lo que pueda cumplirse, entonces obviamente hay una dosis de fracaso de la Constitución. Ahora bien, creo que estamos viviendo un momento, si, de reflexión sobre el punto, un momento donde se ha tomado conciencia del problema y donde lo ideal no es convertir a la Constitución en un cuerno de la abundancia, sino fijar metas más modestas pero más realizables. Tal vez hay que tener en cuenta que la economía no se gobierna por normas constitucionales. La economía tiene sus leyes propias y es difícil que una norma constitucional pueda imponer a rajatabla un sistema económico. Por lo tanto, un constituyente cauto podría sentar algunos principios fundamentales del sistema económico protector de ciertos derechos básicos del hombre, pero sin incurrir en proclamaciones utópicas o demagógicas.

***La Constitución argentina es uno de los ordenamientos que no contempla un "Regimen Económico" ¿A qué considera se deba ello? ¿Hay alguna previsión al respecto en las constituciones provinciales?*

La Constitución nuestra es vieja. Tiene 140 años, y es muy discreta, muy parecida a la norteamericana, y dice poco, es una suerte. Sienta algunos principios. Pero tenemos además el problema que es una Constitución que tiene un coctel ideológico. Tiene un tramo que es liberal individualista, tiene otro tramo que es cristiano tradicional y, en 1957, tiene un artículo - el 14 bis - que adopta un sistema de Estado Social de Derecho. Esto provoca que cualquier derecho constitucional se pueda interpretar en tres sentidos diferentes. Pero al no prometer demasiado, por lo tanto, no es una Constitución que desde el punto de vista económico-social se infrinja demasiado. Aún así, promete el acceso a la vivienda digna, una expresión que no tiene concreciones y que no se sabe bien que es lo que quiere decir. Teóricamente parece insinuar que deben haber programas sociales en materia de vivienda, pero no nos concreta si cada persona tiene derecho a reclamarle al Estado una vivienda o si simplemente el Estado tiene la obligación de pensar en un régimen de promoción de vivienda, pero aquel que no tenga dinero no podría acceder a él. En fin, esta es una cláusula bastante difusa, bastante ambigua. Las constituciones provinciales prometen generalmente el oro y el moro y por lo tanto hay una dosis de incumplimiento enorme.

*** ¿Cuál es su impresión sobre el proceso de reforma constitucional que se viene llevando a cabo en el Perú, un proceso que se inicia a partir de una ruptura del orden constitucional, y que a partir de ello plantea el cambio de la Constitución vigente?*

Aprecio que hay desconcierto. Que la sociedad no tiene idea clara de si quiere cambiar o no la Constitución de 1979. Me da la impresión de que el actual debate

constitucional transcurre entre sectores muy reducidos de la sociedad peruana, y que el resto, el grueso de la sociedad peruana, el 90, 95 por ciento, permanece espectadora y sin tener ideas muy claras de cuál es el libreto del drama que se está desarrollando. Me parece que el debate tiene muy reducido núcleo de protagonistas y que aún éstos no tienen una idea muy certera de qué es lo que se busca.

***Lo ocurrido ahora es una reiteración de anteriores rupturas constitucionales producidas en la historia del Perú. Rupturas que proponían, en su tiempo, el cambio de la Constitución vigente. ¿Podría establecer un criterio de distinción con el caso de Argentina, donde se han producido, también, rupturas constitucionales, sin embargo la Constitución de 1853 sobrevivió a éstas? Un caso similar al actual del Perú parece ser el de Perón, en 1949...*

No. Porque la Constitución Argentina de 1949 tenía una doctrina más o menos definida, la Judicialista, que no era liberal, que no era libre-empresaria sino dirigista, que asignaba al Estado un rol protagónico, y una intervención estatal intensa. Fue un cambio constitucional con bases bastante claras. Compatibles o no, eso es harina de otro costal. Pero se sustituyó una Constitución por otra bien distinta, con metas diferentes. En 1957 se vuelve a la Constitución de 1853, y se propone su cambio. Bueno lo que se hace es "aggiornarla" con algunos principios del Estado Social de Derecho. Ahí no existía una idea clara en la Constituyente sobre cuál debía ser la nueva Constitución. Hubo quienes proponían un régimen parlamentario, un régimen presidencialista. Había hasta una propuesta de estilo cuasi-marxista. Había para to-

dos los gustos. Al final no se hizo nada. O casi nada. Se reformó un solo artículo con derechos para el trabajador y punto. Por eso me parece que las situaciones no son del todo iguales, salvo cierto desconcierto que había en 1957 entre nosotros y un gran desconcierto que hay aquí en el Perú, en 1993. Pareciera ser también que esta convención constituyente peruana es en alguna medida una especie de barco a la deriva donde no hay una idea muy definida de lo que se busca, ni un grupo mayoritario que puede imponer esa idea clara. Esa es mi impresión desde afuera.

**** ¿Por qué después de Perón la Constitución de 1853-60 se mantiene vigente y las nuevas rupturas constitucionales no traen como bandera el cambio de la Constitución?. ¿A qué obedece ello?**

En 1966 aparentemente la llamada Revolución Argentina pretendió erigir un nuevo sistema. No estaba claro cómo. Algunos decían que con ingredientes corporativos y apuntando hacia un estado regional, pero la idea no cuajó. En 1976, las fuerzas armadas también aparentemente quisieron entronizar un nuevo sistema pero no encontraron eco en la sociedad ni en ningún partido político relevante como para sustentar un nuevo proyecto constitucional. Entonces, se volvió siempre al esquema de la Constitución de 1853-1860, sobre todo porque no existía un proyecto que tuviera apoyo en algún sector político fuerte que lo sustentara. Se mantuvo la Constitución por la falta de un programa distinto.

**** En el Perú se propone el cambio de la Constitución y esto, de algún modo, llega a calar en la sociedad, pues en el Perú han habido -a diferencia de Argentina- numerosos cambios de Constitución. ¿La pervivencia**

de la Constitución argentina, cabe circunscribirla sólo al hecho de no haber un proyecto alternativo, o a cierta fortaleza inherente a ella?

Buena pregunta. Diría que la Constitución de 1853 se convirtió en una especie de símbolo de la unidad nacional, como la bandera o la escarapela. Fue algo afortunado. Logró coincidencias, logró adhesión social, de tal modo que su sustitución provoca escozor en importantes sectores de la sociedad, por el temor, precisamente, de que sea sustituida por un texto o por un nuevo documento conflictivo que en lugar de unir sea para desunir. Tal vez eso explique el mérito de su supervivencia. Pero entiendo que su mérito es también intrínseco porque no obsta al desarrollo de ninguna política económica determinada. No es una Constitución que esté embanderada en una filosofía totalmente clara. Comenté que es una Constitución que como admite tres interpretaciones, una individualista-liberal, una social, y una cristiana, pues no es un obstáculo para quien esté en el poder. Todo depende de cómo es interpretada y cómo es aplicada por los operadores.

**** En el proyecto de Constitución de la Comisión del CCD encontramos la transposición de ciertos mecanismos del Parlamentarismo a un sistema que pretende ser, como es su tónica, Presidencialista. Por ejemplo, el derecho de disolución propio de un sistema parlamentario se incorpora a este proyecto. ¿Qué consecuencias puede traer esto?**

No es aconsejable. La facultad de disolver el Congreso por parte del Ejecutivo en un régimen parlamentario, tiene como presupuesto la posibilidad del Legislativo de tumbar el gabinete y hacer

cambiar al Premier del Gabinete. Si le damos al Presidente dentro de un régimen presidencialista la facultad de disolver el parlamento estamos creando un Hiperpoder ejecutivo, un Super-poder ejecutivo, que no va con la lógica de un sistema presidencialista puro. Es riesgoso darle esta nueva competencia a las ya abundantes que tiene normalmente el Presidente, en un régimen presidencialista.

**** Cuando se inició en el Perú el proceso, al que se le llamó de la "vuelta a la democracia", a partir del reciente golpe de Estado, se argumentó que el retorno se estaba produciendo porque habrían elecciones, un nuevo congreso, una nueva Constitución. Se restaba importancia al hecho de no existir un Poder Judicial independiente. Se reducía esto último a la condición de un detalle sin mayor importancia...**

No, no. Es un detalle muy importante. Porque el Poder Judicial en nuestros países opera como un poder control. Se imagina usted si no hay Congreso y no hay un Poder Judicial realmente autónomo ¿quién controla al Poder ejecutivo? Esto es decisivo. Fíjese que la Corte Suprema argentina durante el último régimen militar dijo algo cierto: que el rol de control del Poder Judicial debía acrecentarse en los periodos de facto precisamente porque faltaba el control normal de un Poder Legislativo, y para que haya control del Poder Judicial debe haber autonomía de ese Poder Judicial. Eso parece obvio puesto que en la medida en que el Poder Judicial dependa del Poder Ejecutivo menos va a controlar a ese Poder Ejecutivo. De ahí entonces que la existencia de un Poder Judicial autónomo es indispensable para que exista un Estado de Derecho y para evitar el Superpoder Ejecutivo al que hacíamos referencia hace un momento.