

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

DESCENTRALIZACIÓN:
RETOS Y
PERSPECTIVAS



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Descentralización: retos y perspectivas
N° 7, Nueva Época, 2014
Director: Carlos Ramos Núñez

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 99-3894
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: K&J Representaciones S. R. L.
Av. Caquetá núm. 467, oficina núm. 344
San Martín de Porres · Lima

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Óscar Urviola Hani

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Marianella Ledesma Narváez

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Carlos Ramos Núñez

Consejo Editorial

Jimmy Marroquín Lazo

Nadia Iriarte Pamo

Susana Távara Espinoza

Jorge León Vásquez

CONTENIDO

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Descentralización: retos y perspectivas	19
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>¿Puede un Presidente Regional ser Presidente del Consejo de Ministros?</i>	21
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Descentralización y jurisprudencia constitucional</i>	41
ELENA C. ALVITES ALVITES <i>El estado actual del proceso de descentralización. La reforma constitucional incompleta: la reforma descentralista</i>	55
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO / DANTE PAIVA GOYBURU <i>La representación política. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	79
ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO <i>Control externo del gasto público y descentralización en el Estado constitucional</i>	95
ÁNGEL DELGADO SILVA <i>Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana</i>	117
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>Descentralización, conflictos territoriales y proceso competencial</i>	133
Entrevista	155
JORGE LEÓN VÁSQUEZ <i>Entrevista al profesor Peter Häberle</i>	157

Tribunal Constitucional	185
ÓSCAR URVIOLA HANI <i>El deber de ingratitud</i>	187
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Acceso a los jueces y juezas constitucionales y ejercicio de sus competencias en el desarrollo de los procesos constitucionales de la libertad. Por un mejor posicionamiento de las labores propias del Tribunal Constitucional peruano. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso «Francisca Vásquez Romero»</i>	195
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa</i>	217
Miscelánea	253
FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA <i>El garante de la voluntad popular expresada en el voto</i>	255
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Entre la Constitución y la ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia</i>	271
ANTOINE GARAPON <i>Justicia transicional y justicia reconstitutiva</i>	277
RAÚL CHANAMÉ ORBE / SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ <i>El neoconstitucionalismo en un Estado semiconstitucional</i>	297
Jurisprudencia comentada	313
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Los arbitrios como atributo constitucional municipal y como manifestación de la descentralización fiscal. Comentario a la STC 0030-2007-PI/TC, de fecha 12 de marzo de 2009</i>	315
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO <i>Sobre la distribución de los recursos en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Comentario a la STC N° 0002-2005-PI/TC, de fecha 18 de febrero de 2005</i>	323

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ <i>Invalidez del artículo 291° de la legislación penal para el Estado de Aguascalientes. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación N° 29/2012</i>	331
SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO <i>Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Comentario a la sentencia C-123, de fecha 5 de marzo de 2014</i>	337
Reseña	343
MANUEL MIRANDA CANALES <i>«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»</i>	345

PRESENTACIÓN

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

*Director del Centro de Estudios Constitucionales
y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional*

Entregamos a consideración de los lectores el sétimo número de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. La numerología le asigna un significado especial a esta cifra (su dimensión simbólica es elocuente tanto en el mundo mítico como en el secular). De modo más profano, pero no por ello menos importante, para el Tribunal Constitucional esta edición es mucho más que un dato formal: demuestra una continuidad, en ocasiones en un contexto precario, que le otorga ya a nuestra revista una identidad propia en el ámbito de las publicaciones académicas especializadas en el área. Es, también, la vez primera que su proceso de edición lo asume, como corresponde, el Centro de Estudios Constitucionales.

Particularmente, gratifica presentar textos de investigación, no solo porque son siempre –independientemente de su contenido– manifestaciones, acaso las más esclarecidas, de nuestra condición humana, sino también porque acrecientan significativamente el repertorio de propuestas que se formulan para entender mejor –reflexiva y ecuánimemente– nuestra realidad.

En esta oportunidad se propuso como tema monográfico el denominado «Descentralización: retos y perspectivas». Varias razones nos persuadieron para ello. La primera y evidente es la coyuntural. Con una continuidad pesadosa, diversos hechos han puesto en cuestión el proceso de descentralización instaurado en nuestro país desde el año 2002. El censo de estos hechos incluye la presunta comisión de delitos por parte de algunas autoridades electas, la revitalización de una prédica anticentralista y caudillista –y, por reacción, el desdén por lo aparentemente provinciano y refractario–, y una convulsión social que –en algunas regiones– amenaza ser crónica. La segunda es menos dependiente de la deriva cotidiana y está más atenta a una perspectiva analítica y decantada de este proceso. Como supremo intérprete de la Constitución, le corresponde al Tribunal Constitucional no solo apuntalar este proceso –medular y constitutivo de nuestra existencia misma como país– a través de una jurisprudencia que se ha ido acrecentando con el transcurso de los años, y que ha incidi-

do en temas orgánicos, funcionales y competenciales de los gobiernos regionales, sino también proponer, como ahora lo hace, una evaluación integral y profunda sobre la andadura del proceso descentralizador, tanto de su configuración constitucional como de su concreción en delimitación territorial y atribuciones. En el cogollo de esta secuencia se han presentado discrepancias y conflictos que enfrentan al poder ejecutivo y las diversas presidencias regionales, lo que da cuenta de la índole problemática de la descentralización y de lo imperativo de su discusión y elucidación. La respuesta a la convocatoria hecha a los especialistas amigos nos sorprendió no solo por su favorable disposición, sino, sobre todo, por la calidad de los artículos que amablemente nos han remitido. La vista de ellos es sugestiva, por su panorama heterogéneo y su correlativa hondura. Así, Samuel Abad se impone esclarecer, con versación, una antinomia aparente: el supuesto de que un Presidente Regional electo pueda ser nombrado Presidente del Consejo de Ministros. Entra a tallar allí el análisis de las disposiciones constitucionales pertinentes, de la normatividad infraconstitucional y la interpretación de sus contenidos y los eventuales vacíos normativos. César Landa se aboca a revisar, críticamente, con la adicional experiencia de haber sido integrante de esta corte constitucional, la jurisprudencia que se ha emitido sobre el proceso descentralizador, que en muchos casos ha establecido verdaderas pautas funcionales y competenciales para los gobiernos regionales. La conclusión es que existe una agenda temática recurrente en las demandas de los gobiernos regionales y que la labor del supremo intérprete de la Constitución, cuando le ha tocado resolverla, ha adquirido una importancia decisiva para la descentralización, que ha de mantenerse y diversificarse, precisamente por algunas carencias y omisiones que en esta investigación se constatan. En un tenor similar, aunque de distinta entraña, el trabajo de Elena Alvites indaga también críticamente el proceso descentralizador y su desarrollo aún trunco, pese a la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional. A este estado abonaría la aún incompleta reforma constitucional, como reclamo al legislador. En la investigación de José Palomino Manchego y Dante Paiva se examina con detalle la cuestión de la representación política—que ha tenido episodios de tensión e imprecisión sobre sus fronteras, y desenlaces tortuosos— y cómo esta se ha desarrollado y configurado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Erika Cobián, con un afán más puntual, se centra, con solvencia, en un tema que es condicionante del proceso descentralizador: el control externo del gasto público propio de las administraciones regionales. Ángel Delgado, desde una perspectiva más amplia, que se soporta en una revisión de la *constitución histórica*, propone una nueva perspectiva para el proceso de descentralización.

Finalmente, Berly López, se impone la lúcida tarea de revisar cómo el Tribunal Constitucional, a través de la resolución de procesos competenciales, ha ido sentando líneas jurisprudenciales respecto a cuestiones de delimitación territorial. Esta labor ha tenido una vocación de pacificación y de consolidación del proceso de descentralización.

Confiamos, y seguro que el Tribunal Constitucional tendrá una disposición que no será de mera testificación sino de implicancia (en la que se amalgame la cobertura jurisprudencial y las reformulaciones legislativas que fuesen necesarias), que el proceso de descentralización se consolide y llegue por fin a articularse; y –caro anhelo– también a integrarnos como patria común con la que nos identifiquemos plenamente y nos reconozcamos. Esperamos que, con el tiempo, la prevención borgiana de que «Solo aquello que se ha ido es lo que nos pertenece» no sea su amargo e ingrato balance.

Integra también este número de la *Revista* una valiosísima entrevista al insigne constitucionalista Peter Häberle. En ella, el maestro despliega su vasta erudición y su reconocido humanismo, al responder sobre varios temas problemáticos –y no solo de índole jurídica– que su sapiencia esclarece. Nos queda claro, luego de leer al maestro, que el derecho –más aún el constitucional– tiene una íntima vinculación, de mutuo enriquecimiento, con la literatura y, en general, con el mundo de la cultura.

La *Revista* contiene, también, una sección denominada «Tribunal Constitucional». La integran un artículo del presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Óscar Urviola Hani, en el que reflexiona con rigor y coherencia sobre la naturaleza de la labor jurisdiccional y pone de relieve su dimensión ética y su vocación de servicio, que no siempre es reconocida ni estimada en su real magnitud. Por otra parte, el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera colabora con un trabajo en el que discurre, con claridad y versación académica, sobre el último precedente emitido por el Tribunal Constitucional (las sentencias interlocutorias), que es de importancia crucial en su actual labor jurisdiccional. Finalmente, esta sección se enriquece con el trabajo de Javier Tajadura sobre la filiación de la justicia constitucional europea en la figura del guardián de la Constitución enunciada tempranamente por el abate E. Sieyès.

Por otro lado, forma parte de este número un conjunto de trabajos de temática varia, pero vinculados por la reflexión constitucional. Se tiene, así, la colaboración de Francisco Távara, sobre el tema del garante popular expresado

en el voto; del maestro Domingo García Belaunde, que elucida, con puntual precisión, la delimitación entre Constitución y ley, distinción muchas veces problemática y compleja, como lo prueba la labor jurisdiccional sobre el tema; de Antoine Garapon sobre el sugestivo tema de la justicia transicional y justicia reconstitutiva; y de Raúl Chanamé y Simón Alejandro Verástegui sobre el neo-constitucionalismo en un Estado semiconstitucional. Finalmente, se publica una sección de «Jurisprudencia comentada», que versa sobre el tema monográfico (descentralización), y que contribuye a situar el asunto en el marco constitucional y a esclarecer sus implicancias; y una valiosa reseña del vicepresidente del Tribunal Constitucional, magistrado Manuel Miranda Canales, que aborda una reciente publicación sobre un tema civil y la comenta con provecho y rigor.

Estos trabajos se instituyen como propuestas de diálogo y consecuente polémica. La información y las capacidades de argumentación y persuasión que contengan son incitaciones al consenso o al debate. Y todo ello enriquecerá las preguntas y certezas, la identificación o el decidido disenso, objetivos de todo acto de conocimiento que se precie.

18

Agradecemos a todos los investigadores que tuvieron a bien aceptar la invitación de colaborar en esta edición de la *Revista*, por su valiosa predisposición y, sobre todo, por el rigor y la calidad de sus trabajos. De su lectura podemos suscribir la afirmación de Poe, de que «La verdad está en la consistencia». Sin todas estas contribuciones, desde luego, la *Revista* no hubiese sido posible. Este agradecimiento es también la invitación a tenerlos nuevamente en los proyectos editoriales que en el futuro se efectúen en el Centro de Estudios Constitucionales (CEC), y que estarán seguramente enriquecidos por sus colaboraciones.

Esperamos, pues, que la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (N° 7, Nueva Época), que ahora se publica, sea leída con la rigurosidad que exigen los artículos e investigaciones que la integran, y que suscite un diálogo fecundo en nuestra comunidad académica. Su existencia es la demostración de que el CEC ha adquirido, por su labor editorial –que mi gestión acrecentará y diversificará–, una importancia protagónica en la promoción y difusión del diálogo constitucional, que se articulará con la promoción de eventos en los que se promueva el debate no solo jurídico, sino interdisciplinario, bajo la premisa de que la Constitución no es solo un texto reservado para la exégesis de los peritos, sino también un venero de aprendizaje y formación ciudadana.

**DESCENTRALIZACIÓN:
RETOS Y PERSPECTIVAS**

¿PUEDE UN PRESIDENTE REGIONAL SER PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS?

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI*

SUMARIO

1. El derecho de participación política como marco de referencia; 2. ¿Se puede ejercer simultáneamente el cargo de Presidente Regional y de Presidente del Consejo de Ministros?; 3. Incompatibilidades de alcaldes y presidentes regionales designados ministros. Su distinto tratamiento legal a efectos de una vacancia por incompatibilidad sobreviniente; 4. La alternativa: la licencia sin goce de haber. Sus límites frente a la autonomía regional; 5. La vacancia por la residencia injustificada en un lugar distinto de la sede regional; 6. Posibilidad de que el Vicepresidente Regional asuma la Presidencia mientras dure la licencia sin goce de haber y que se designe un nuevo Vicepresidente; 7. Reflexiones finales.

21

El cargo de Presidente del Consejo de Ministros es de particular relevancia, especialmente si quien lo asume cuenta con peso político propio. En el Perú no es un jefe de gobierno. Dicha función solo le corresponde al Presidente de la República, quien puede nombrarlo y removerlo. De acuerdo con la Constitución es, después del Presidente, el portavoz autorizado del gobierno. Coordina las funciones de los ministros y propone al Presidente el nombramiento de los demás ministros de su gabinete. Además, puede ejercer el cargo sin asumir otra cartera ministerial.

El problema del Primer Ministro no está solo en las normas, «está en los hechos»¹. Así lo manifestaba Pedro Planas. Dependerá de las características de la persona que asuma el cargo y del espacio que le reconozca el Presidente y su entorno para que pueda ejercer un verdadero liderazgo. Ello puede explicar que en los dos últimos gobiernos los presidentes de la República hayan designado a

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico, socio del Estudio Echeconpar.

¹ P. PLANAS, *Rescate de la Constitución*, Lima, Abril Editores, 1992, p. 572.

algunos presidentes regionales de reconocido prestigio y legitimidad como presidentes del Consejo de Ministros. En ocasiones, para tratar de superar una crisis ministerial y, en otras, para fortalecer sus lazos con los gobiernos regionales y el interior del país. El caso más reciente se presentó durante el régimen del actual presidente, Ollanta Humala. Designó como presidente del Consejo de Ministros² al señor César Villanueva Arévalo, presidente del Gobierno Regional de San Martín. Una autoridad que contaba con bastante prestigio y legitimidad por la importante labor desarrollada en su región.

Sin embargo, su designación planteó algunas controversias. ¿Podía asumir ambos cargos simultáneamente? ¿Podía renunciar al cargo que venía ejerciendo para asumir el nuevo? ¿La legislación planteaba alternativas de solución a esta situación? ¿La licencia sin goce de haber era la única alternativa que existía? ¿Quién reemplazaría al Presidente Regional y quién asumiría la Vicepresidencia Regional? En las líneas que siguen desarrollaremos estos temas, para evidenciar las limitaciones legales que existen y plantear algunas alternativas de solución.

1. El derecho de participación política como marco de referencia

Uno de los derechos esenciales para la vigencia de un régimen democrático es la participación ciudadana. La Constitución de 1993 lo reconoce en su artículo 2º, inciso 17³, y en su artículo 31⁴. La doctrina suele diferenciar el sufragio activo, entendido como el derecho de los ciudadanos a participar en una elección o en cualquiera de las votaciones públicas que se realicen, del su-

² El 1 de noviembre se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Suprema N° 371-2013-PCM, del 31 de octubre, a través de la cual se nombró en el cargo de presidente del Consejo de Ministros al señor César Villanueva Arévalo.

³ «A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum».

⁴ «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

fragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegidos y, por tanto, a presentarse como candidatos en las elecciones para cargos públicos y ser electos en la medida que cuenten con los votos necesarios.

Los titulares de este derecho son los nacionales mayores de 18 años (los extranjeros solo pueden participar en las elecciones municipales según la Ley N° 26864) que se encuentren inscritos en el registro electoral. A esto último se le suele denominar *requisitos positivos*. En cambio, los *requisitos negativos* se presentan, por ejemplo, cuando existe una resolución judicial de interdicción, una sentencia con pena privativa de libertad o una que dispone la inhabilitación de los derechos políticos, tal como lo precisa el artículo 33° de la Constitución⁵. Además, el Congreso puede imponer a los altos funcionarios una inhabilitación política al amparo de los artículos 99° y 100° de la Constitución⁶.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos».

⁵ Así también lo ha entendido la STC N° 0030-2005-AI/TC, fundamento 63, al señalar que «El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31° de la Constitución) y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30° de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33° de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto».

⁶ «[...] la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que solo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado» (STC N° 3760-2004-AA/TC, fundamento 18).

El Tribunal Constitucional (TC), siguiendo lo expuesto por la doctrina, califica a este derecho como uno de configuración legal. Es decir, que sus alcances los debe definir la ley por mandato del constituyente. En la STC N° 0030-2005-AI/TC, fundamento 27. b, señaló:

El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no solo porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, «de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica», sino también porque el principio de representación proporcional [...] recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado «conforme al sistema que establece la ley», según señala este mismo artículo.

En consecuencia, al amparo del derecho de participación política una persona puede ser elegida Presidente Regional y tener derecho a permanecer en el cargo durante el tiempo establecido: cuatro años. Algunas autoridades electas tienen la *obligación* de permanecer durante todo el periodo, pues su mandato es irrenunciable. Se trata de los alcaldes, presidentes regionales y congresistas, entre otras autoridades. Sin embargo, como los derechos fundamentales no son absolutos, la ley puede establecer restricciones siempre que respeten el test de proporcionalidad. Tratándose de una autoridad electa (un Presidente Regional), una de estas restricciones es la vacancia, prevista por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

24

2. ¿Se puede ejercer simultáneamente el cargo de Presidente Regional y de Presidente del Consejo de Ministros?

La Constitución señala que el Perú es un Estado unitario y descentralizado (artículo 43°) que presenta una división de poder territorial en tres niveles: gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local (artículo 189°). Precisa el artículo 191° que la estructura orgánica básica de un gobierno regional está conformada por el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, la Presidencia Regional como órgano ejecutivo y el Consejo de Coordinación Regional. Agrega el citado dispositivo:

El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

¿Puede un *Presidente Regional* ser *Presidente del Consejo de Ministros*?

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, miembro del Parlamento Nacional o Alcalde; los Presidentes de los Gobiernos Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

Asimismo, el artículo 14° de la Ley de Elecciones Regionales, Ley N° 27683, modificada por la Ley N° 29470, regula los impedimentos para ser candidato en las elecciones regionales. Señala que no podrán postular los ministros de Estado, «salvo que renuncien de manera irrevocable ciento ochenta (180) días antes de la fecha de las elecciones». El segundo párrafo del artículo 20° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisa que «El *Presidente Regional desempeña su cargo a dedicación exclusiva*, con la sola excepción de la función docente». De esta manera, resulta incompatible el cargo de Presidente Regional con el de Ministro o Presidente del Consejo de Ministros, pues debe ejercer el cargo a dedicación exclusiva.

De otro lado, como hemos indicado, el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros (artículo 122°). Según el artículo 18° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, «El Presidente del Consejo de Ministros es la máxima autoridad política de la Presidencia del Consejo de Ministros. Es Ministro de Estado».

25

La Constitución regula los requisitos para ser ministro, estipulando que se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad (artículo 124°). Dispone, también, que los congresistas pueden desempeñar dicho cargo (artículo 92°). El segundo párrafo de su artículo 126° señala que «Los *ministros no pueden ejercer otra función pública, excepto la legislativa*». Además, establece que «*Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente*» (artículo 40°).

En consecuencia, el Presidente del Consejo de Ministros solo puede ejercer dicha función pública. No puede ejercer simultáneamente la Presidencia Regional. La única excepción se presenta con los congresistas. No obstante, el debate que se plantea es si un Presidente del Consejo de Ministros puede ser designado como tal siendo Presidente Regional, y si el impedimento previsto por el artículo 126° de la Constitución puede ser superado con una licencia o requeriría, necesariamente, la declaratoria de vacancia del cargo que ejerce.

3. Incompatibilidades de alcaldes y presidentes regionales designados ministros. Su distinto tratamiento legal a efectos de una vacancia por incompatibilidad sobreviniente

La doctrina suele distinguir las causales de *inelegibilidad* de los supuestos de *incompatibilidad*. Al respecto ha precisado que:

Las *inelegibilidades* operan sobre la proclamación de candidatos y de elegidos, mientras que las *incompatibilidades* lo hacen sobre la permanencia o no en un cargo para el que ya se ha sido elegido. Las primeras impiden ser elegido y las segundas no obstaculizan la elección, solo impiden el desempeño del cargo si no se renuncia a la situación declarada incompatible.⁷

Esta distinción también la recoge nuestra legislación aunque no lo hace de una manera uniforme ni sistemática para efectos de declarar la vacancia de un alcalde o de un presidente de región; por lo que viene proponiéndose la «equiparación de las causales de vacancia de autoridades municipales y regionales»⁸.

26

En efecto, la permanencia en la función pública puede cesar cuando la autoridad competente declara vacante el cargo que el funcionario público venía ocupando. Así por ejemplo, la Constitución contempla los supuestos en los cuales procede la vacancia del cargo de Presidente de la República, y el órgano competente para declararla (artículo 113°). Tratándose de los presidentes, vicepresidentes y miembros de los consejos regionales, así como de los alcaldes y regidores en los gobiernos locales, cuyo cargo es irrenunciable –salvo puntuales excepciones–, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27857 (artículo 30°), y la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 (artículos 22° y 23°), establecen los supuestos, el procedimiento y la autoridad competente para declarar la vacancia.

⁷ M. ARAGÓN REYES, «Derecho electoral: sufragio activo y pasivo», en D. NOHLEN, S. PICADO y D. ZOVATTO (compiladores), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 118.

⁸ A. NEYRA ZEGARRA y M. RIVAS ALVA, «Vacancia, suspensión y revocatoria desde el Proyecto de Código Electoral del Jurado Nacional de Elecciones», en U. MONTOYA ALBERTI y H. SIVINA HURTADO (directores), *Revocatoria, vacancia y suspensión de autoridades regionales y municipales*, Lima, Márquez Editores, 2012, p. 406.

Una incorrecta aplicación de una causal de vacancia, ya sea porque el supuesto de hecho no se encuentra previsto por la ley o por una indebida interpretación efectuada por la autoridad competente, constituye una afectación del derecho a participar en la vida política del país y a ser elegido representante. Este ha sido el criterio jurisprudencial adoptado por el TC, el cual ha considerado que una aplicación o la interpretación indebida de una causal de vacancia puede motivar que se declare fundada una demanda de amparo⁹.

La Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, establece que el cargo de alcalde o regidor se declara vacante si sobreviene algunos de los impedimentos establecidos en la Ley de Elecciones Municipales después de la elección (artículo 22°, inciso 10). La Ley de Elecciones Municipales, Ley N° 26864, precisa que un impedimento para ser candidato es ser ministro de Estado (artículo 8°. 2, a). De ahí que resulte evidente que si un alcalde o regidor es elegido ministro de Estado queda incurso en una expresa causal de vacancia por una incompatibilidad sobreviniente.

Así lo reconoció el JNE, a través de la Resolución N° 180-99-JNE, del 24 de febrero de 1999, publicada al día siguiente en el diario oficial *El Peruano*. Dicha Resolución declaró la vacancia del cargo de la entonces alcaldesa de la Municipalidad Distrital de San Borja, pues había sido designada ministra de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano el 5 de enero de 1999 (Resolución Suprema N° 031-99-PCM). Inicialmente el Concejo Distrital le había concedido una licencia por cuarenta y cinco días. El JNE justificó la vacancia en lo dispuesto por la anterior Ley Orgánica de Municipalidades que disponía lo mismo que la actual. Señaló:

Que, conforme ha quedado establecido, *existe incompatibilidad de funciones entre el ejercicio simultáneo de los cargos de Ministro de Estado y Alcalde, en consecuencia la vacancia declarada se encuentra arreglada a ley [...]*.

⁹STC N° 2730-2006-AA/TC, 21 de julio de 2006, fundamento 52. En tal ocasión, el Tribunal sostuvo: «Derivar la sanción de vacancia en el cargo al que se ha accedido por voluntad popular, de una sentencia penal que no ha sido dictada en última y definitiva instancia, es decir, que carece de la autoridad de cosa juzgada, supone una flagrante violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal e, de la Constitución, así como de los derechos fundamentales a participar en la vida política del país y a ser elegido representante, reconocidos en los artículos 2°, 17° y 31° de la Constitución, respectivamente».

Que, no es procedente conceder licencia en mérito de una situación de hecho que está taxativamente sancionada por la ley como causal de vacancia. Toda vez que esta medida tiene carácter provisional, e importa una suspensión en el cargo; situación distinta a la vacancia que es definitiva.

De esta manera, existe un tratamiento detallado respecto de los alcaldes o regidores designados como ministros de Estado que permite su vacancia por la causal de incompatibilidad sobreviniente. Un tratamiento distinto se presenta con las causales de vacancia de los representantes regionales. El artículo 30° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales se limita a señalar que la vacancia procede en los casos siguientes:

1. Fallecimiento.
2. Incapacidad física o mental permanente debidamente acreditada por el organismo competente y declarada por el Consejo Regional.
3. Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad.
4. Dejar de residir de manera injustificada hasta un máximo de 180 días en la región o por un término igual al máximo permitido por ley para hacer uso de licencia.
5. Inasistencia injustificada al Consejo Regional, a tres sesiones consecutivas o cuatro alternadas durante un año.

La ley no contempla un supuesto de vacancia similar al previsto para alcaldes y regidores relativo a la incompatibilidad sobreviviente por haber sido designado ministro. Es decir, no existe un tratamiento sistemático y uniforme de las causales de vacancia en nuestra legislación.

En consecuencia, en aplicación del principio de legalidad, no procede declarar la vacancia del cargo de Presidente, Vicepresidente o miembro del Consejo Regional por incompatibilidad sobreviniente si tales funcionarios son designados ministros. Dicho supuesto de vacancia, a diferencia de lo que ocurre con los alcaldes y regidores, no está previsto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por ello, para el caso de un Presidente Regional es preciso evaluar la alternativa de concederle una licencia, la cual –como hemos visto– no sería admisible tratándose de un alcalde o regidor.

4. La alternativa: la licencia sin goce de haber. Sus límites frente a la autonomía regional

El ejercicio de la función pública puede suspenderse cuando la autoridad competente concede una licencia. Se trata de una interrupción transitoria de la actividad de mayor duración que los permisos¹⁰. Suele decirse que la suspensión de la relación laboral es perfecta cuando el funcionario público deja de prestar servicios y de percibir la remuneración recibida por el ejercicio del cargo. Esto sucede, por ejemplo, cuando se concede una licencia sin goce de haber. En tales casos, la ley y las normas reglamentarias establecerán las condiciones y plazos respectivos. Tratándose de los presidentes regionales, el artículo 23° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone:

El Vicepresidente regional reemplaza al Presidente Regional en casos de licencia concedida por el Consejo Regional, que *no puede superar los cuarenta y cinco días naturales al año*, por ausencia o impedimento, por suspensión o vacancia, con las prerrogativas y atribuciones propias del cargo.

Esta fue la alternativa empleada por el señor César Villanueva Arévalo, presidente del Gobierno Regional de San Martín. A través de la carta del 29 de octubre de 2013, solicitó al Consejo Regional, licencia sin goce de haber a partir del día 30 de octubre, por el plazo de cuarenta y cinco días naturales. Asimismo, indicó que quedaría encargado de la presidencia el señor Javier Ocampo Ruiz, quien era el vicepresidente de la región. El Consejo Regional, mediante el Acuerdo Regional N° 089-2013-GRSM/CR, del 30 de octubre, concedió la licencia solicitada y encargó el despacho de la presidencia al vicepresidente de la región, señor Javier Ocampo Ruiz. Además, puso en conocimiento de dicho Acuerdo al JNE.

29

Sin embargo, la ley establece un plazo límite a la licencia que el Consejo puede otorgar al Presidente Regional. La citada ley omite referirse al plazo máximo de una eventual licencia que podría concederse al Vicepresidente o a los demás miembros del Consejo Regional. ¿Podría un Gobierno Regional al amparo de su autonomía ampliar el plazo de licencia de un Presidente Regional?

¹⁰M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 5° ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 215.

Como se sabe, el artículo 191° de la Constitución establece que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y las leyes. En un Estado de derecho los poderes públicos están sometidos a los límites fijados por la ley. Por ello, el TC consideró que:

[s]u competencia no puede ser ampliada o extendida en modo alguno. Más aún, *las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva.*

En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que «solo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido» [...].¹¹

La *autonomía* no significa *autarquía*, pues debe respetar las reglas y principios que rigen en un ordenamiento jurídico¹². De ahí que no sea factible sustentar la ampliación del plazo de la licencia legalmente establecido o darle un carácter indefinido en base a una interpretación extensiva de la *autonomía regional*. De lo contrario, se llegaría al absurdo de aceptar que cada gobierno regional podría regular las licencias que concede de manera distinta. Esto, sin duda, afectaría la esencia de un Estado unitario pero descentralizado y el principio de división de poderes.

30

Por ello, por ejemplo, el Acuerdo Regional N° 004-2009-GR.LAMB/CR, del 16 de enero de 2009, que otorgó *licencia indefinida* al entonces Presidente Regional de Lambayeque «por razones de Estado, y mientras permanezca en el cargo de Presidente del Consejo de Ministros», carecía de respaldo legal. Debido a su manifiesta ilegalidad, el propio Consejo Regional tuvo que dejarlo «sin efecto legal» a través del Acuerdo Regional N° 031-2009-GR.LAMB/CR, del 9 de marzo de 2009 (artículo 1°). Además, declaró la vacancia de «Yehude Simon Munaro en el cargo de Presidente Regional de Lambayeque por la causal prevista en el inciso 4 del artículo 30° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales» (artículo 2°)». Como no se presentó ningún recurso

¹¹ STC N° 0013-2003-CC/TC, 13 de diciembre de 2003, fundamento 10. 6, b.

¹² STC N° 0002-2005-AI/TC, 18 de febrero de 2005, fundamento 37.

de impugnación, el Acuerdo fue declarado consentido a través del Acuerdo Regional N° 047-2009-GR.LAMB/CR, del 1 de abril de 2009. Por ello, el JNE se limitó a dejar sin efecto la credencial del Presidente Regional y convocar a la Sra. Nery Enni Saldarriaga para que asuma la Presidencia Regional del Consejo Regional de Lambayeque (Resolución N° 274-2009-JNE, de fecha 8 de abril de 2009).

Un caso que motivó un esclarecedor pronunciamiento del JNE se presentó ante el pedido de vacancia del vicepresidente de la región de Arequipa, señor Carlos Federico Leyton Muñoz, que había sido designado ministro de Agricultura y al que el Consejo Regional de Arequipa le había concedido licencia sin goce de haber. El JNE, a través de la Resolución N° 499-2009-JNE, de fecha 5 de agosto de 2009, consideró:

15. [...] podemos advertir que no existe un plazo máximo que sea aplicable uniformemente a las diversas autoridades regionales. Debido a ello, como los plazos aplicables a cada caso son diferentes entre sí y con la finalidad de otorgar un contenido interpretativo específico a la disyunción entre plazos establecida por la norma materia de análisis, *este Pleno considera que las autoridades regionales incurrirán en causal de vacancia una vez vencidos los plazos que se indican a continuación:*

15.1 El Presidente Regional, a los 45 días, conforme a lo previsto en el artículo 23° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

15.2 El Vicepresidente Regional y los Consejeros Regionales, a los 90 días, considerando lo dispuesto en el Reglamento de la Carrera Administrativa.

Cabe señalar que todos los plazos deben ser computados en días naturales, a fin de que exista coherencia entre la naturaleza del plazo previsto expresamente para el caso de los presidentes regionales y el aplicable a los vicepresidentes y los consejeros regionales. En consecuencia, se ratificó que el plazo máximo de la licencia sin goce de haber de un Presidente Regional es de cuarenta y cinco días naturales, a cuyo vencimiento se incurre en un supuesto de vacancia en el cargo.

5. La vacancia por la residencia injustificada en un lugar distinto de la sede regional

Este supuesto que habilita la declaratoria de vacancia se encuentra expresamente previsto por el artículo 30°, inciso 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y supone que el Presidente Regional haya dejado «[...] de residir

de manera injustificada hasta un máximo de 180 días en la región o por un término igual al máximo permitido por Ley para hacer uso de licencia».

El supuesto planteado por la citada norma es que se trate de una ausencia *injustificada*. Sin embargo, en la medida que se ha concedido una licencia sin goce de haber por cuarenta y cinco días, se podría considerar que no se trata de una ausencia injustificada, pues se cuenta con autorización expresa del Consejo Regional. Dicha interpretación no ha sido asumida por el JNE. En efecto, la Resolución N° 499-2009-JNE precisó los alcances de esta causal de vacancia:

b) Interpretación de los alcances del numeral 4 del artículo 30° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

[...]

7. [...] contiene tres elementos que deben ser considerados para su interpretación: la no residencia en la jurisdicción del Gobierno Regional, la ausencia de justificación de tal hecho y el plazo aplicable para el cómputo respectivo. Pasaremos a examinar cada uno de ellos.

No residencia en la jurisdicción del Gobierno Regional

8. En primer lugar, considerando lo señalado por este Pleno en la Resolución N° 1376-2006-JNE, respecto al concepto de residencia, esta constituye el espacio físico en donde la persona fija su habitación de modo estable y habitual, y donde realiza labores cotidianas o naturales propias de todo ser humano, aún sin el ánimo de hacer de ese lugar el centro de sus relaciones jurídicas, pues es el sitio de ubicación del principal establecimiento o del hogar familiar.

9. Al respecto, tratándose de las autoridades elegidas por el voto popular para dirigir un Gobierno Regional, debemos tener presente que el numeral 1 del artículo 13° de la Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales, señala que uno de los requisitos para ser candidato a cualesquiera de los cargos de autoridad regional se requiere contar con residencia efectiva en la región en la que postula con un mínimo de tres años. Es decir, para la postulación a cargos regionales la norma aplicable requiere que exista arraigo del candidato en la región en la que postula, y por ello, establece como requisito la residencia o domicilio real dentro de la región, por lo que no se admite la existencia de un domicilio múltiple.

10. En coherencia con el criterio antes señalado, la norma materia de análisis se refiere a la acción de dejar de residir como causal de vacancia en el cargo de autoridad regional, esto es, no ejercer residencia en la región, lo cual significa que dicha autoridad dejó de tener un domicilio real dentro de la jurisdicción de la región.

Ausencia de justificación

[...]

12. A juicio de este Pleno, las razones o circunstancias que ocasionen el desplazamiento de una autoridad regional son injustificadas cuando no resulten compatibles con el ejercicio de las funciones inherentes al cargo para el cual tal autoridad fue electa [...].

Plazo aplicable

[...]

15.1. El Presidente Regional, a los 45 días, conforme a lo previsto en el artículo 23° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Aplicando la citada causal y la interpretación del JNE, dado que el Presidente Regional de San Martín no retornó a sus funciones luego del plazo de cuarenta y cinco días, era evidente que había incurrido en causal de vacancia. Así lo declaró el Consejo Regional de San Martín a través del Acuerdo Regional N° 106-2013-GRSM/CR, del 18 de diciembre de 2013, aplicando el inciso 4 del artículo 30° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Dicho Acuerdo fue ratificado por la Resolución N° 0067-2014-JNE, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2014. Por lo demás, respecto al concepto y efectos de una vacancia, se afirma que:

[...] en el habla cotidiana, es aquella situación en virtud de la cual un cargo permanente o delegado, carece de titular, o sin proveer por razón de muerte, despido, jubilación, cesantía u otra causa relativa a su antiguo titular.

Las causales de vacancia, por su parte, comprenden el conjunto de diversas situaciones por las que el titular de un cargo de elección popular quedará privado de seguir ejerciéndolo.

En los casos de cargos provenientes de elección popular [...] la *vacancia significa el fin, la terminación, el cese de la relación representativa* [...].¹³

El procedimiento para la vacancia está regulado en el último párrafo del artículo 30° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, según el cual:

¹³ J. FALCONÍ GÁLVEZ, «Introducción a la figura de la vacancia», en U. MONTOYA ALBERTI y H. SIVINA HURTADO (directores), *Revocatoria, vacancia y suspensión de autoridades regionales y municipales*, op. cit., pp.199-200.

La vacancia es declarada por el Consejo Regional, dando observancia al debido proceso y respetando el ejercicio del derecho de defensa, por dos tercios del número legal de sus miembros, para el caso del Presidente Regional y Vicepresidente Regional, y de la mayoría del número legal de sus miembros, para el caso de los Consejeros Regionales. La decisión puede apelarse al Jurado Nacional de Elecciones dentro de los 8 días siguientes de la notificación. El Jurado Nacional de Elecciones resuelve en instancia definitiva, su fallo es inapelable e irrevisable.

De producirse la vacancia simultánea del Presidente y Vicepresidente, el Consejo Regional elige entre sus miembros a sus reemplazantes. El Jurado Nacional de Elecciones acredita a los consejeros accesorios.

Según el TC, en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales «la descripción del procedimiento es bastante escueta»¹⁴, es decir, no cuenta con un tratamiento completo y detallado.

6. Posibilidad de que el Vicepresidente Regional asuma la Presidencia mientras dure la licencia sin goce de haber y que se designe un nuevo Vicepresidente

34

El Consejo Regional de San Martín mediante el Acuerdo Regional N° 089-2013-GRSM/CR, del 30 de octubre, concedió la licencia solicitada por el Presidente Regional y encargó el despacho de la presidencia al vicepresidente regional, señor Javier Ocampo Ruiz. Así también sucedió en anterior ocasión cuando el Presidente Regional de Lambayeque asumió el cargo de Presidente del Consejo de Ministros (Acuerdo Regional N° 154-2008-GR.LAMB/CR, del 13 de octubre de 2008).

Asimismo, a través del Acuerdo Regional N° 090-2013-GRSM/CR del 30 de octubre, se designó entre los consejeros, al señor Carlos Miguel Ramírez

¹⁴STC N° 5396-2005-AA/TC, 6 de septiembre de 2005, fundamento 7:

«Si bien la descripción del procedimiento es bastante escueta, el artículo en cuestión hace referencia a la existencia de un procedimiento específico destinado a determinar si efectivamente la autoridad regional incurrió en la causal que se le imputa.

Asimismo, la decisión sobre la vacancia o no de la autoridad en cuestión corresponde al Consejo Regional, siendo que su decisión podrá ser apelada al Jurado Nacional de Elecciones, quien resuelve en última y definitiva instancia.»

Saldaña, para que se encargue del despacho de la vicepresidencia regional, mientras dure la licencia concedida al Presidente Regional. Si bien ello no se encuentra expresamente previsto en la ley, contaba con sustento en lo dispuesto por su Reglamento Interno, aprobado mediante Ordenanza Regional N° 025-2011/GRSM del 20 de septiembre de 2011 (artículo 12°, inciso s), según el cual es atribución del Consejo Regional «Elegir, entre sus miembros, al presidente y/o vicepresidente regional en caso de vacancia, licencia o suspensión de ambos o impedimento del vicepresidente». Ciertamente, el órgano competente para entregar las credenciales provisionales al «consejero-vicepresidente» sería el JNE, el cual como máxima autoridad en materia electoral puede resolver con carácter definitivo la duda interpretativa que pudiera presentarse.

En caso que se declare la vacancia del Presidente Regional, luego del vencimiento del plazo de la licencia concedida, asumiría el cargo el Vicepresidente Regional. La duda que salta a la vista es la siguiente: en caso que se conceda la licencia solicitada y asuma el cargo de Presidente Regional el Vicepresidente, ¿es posible designar en su reemplazo temporal a un consejero? Así también surge la duda de si en caso que se declare la vacancia del Presidente Regional (y ocupe el cargo el Vicepresidente) el Consejo Regional puede designar a uno de sus consejeros para que ocupe el cargo de Vicepresidente Regional.

35

Es preciso apuntar que el diseño constitucional de los gobiernos regionales plantea la existencia de un ejecutivo regional y un Consejo Regional con atribuciones distintas. En efecto, la Constitución precisa que su estructura orgánica básica está conformada por el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador y la Presidencia Regional como órgano ejecutivo (art. 191°). Así también lo señala la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (art. 11°).

Además, la Constitución dispone que el «Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo». La Ley de Elecciones Regionales, Ley N° 27683, modificada por la Ley N° 29470, señala que para ser elegidos presidente y vicepresidente regionales se requiere que la fórmula respectiva obtenga no menos del treinta por ciento de los votos válidos. Si ninguna fórmula supera dicho porcentaje, se procede a una segunda elección entre las que alcanzaron las dos más altas votaciones (artículo 5°). Por su parte, el Consejo Regional está integrado por un mínimo de siete (7) y un máximo de veinticinco (25)

consejeros. El JNE establece el número de miembros de cada Consejo, asignando uno a cada provincia y distribuyendo los demás de acuerdo con la población electoral (artículo 6°). Se trata de una elección por «distrito electoral único». Agrega que para la elección de los consejeros regionales, cada provincia constituye un distrito electoral y que en cada provincia se proclama electo al candidato con la mayor votación (artículo 8°). Es una elección por «distrito electoral múltiple». Es decir, hay sistemas de elección claramente distintos.

Por su parte, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales solo contempla que los consejeros puedan asumir el cargo de Vicepresidente en caso que tanto el Presidente como el Vicepresidente hayan vacado en el cargo en forma simultánea. Así lo dispone el párrafo final del artículo 30°, al estatuir que «De producirse la *vacancia simultánea del Presidente y Vicepresidente, el Consejo Regional elige entre sus miembros a sus reemplazantes*. El Jurado Nacional de Elecciones acredita a los consejeros accesitarios». De esta manera, la ley no contempla qué sucede si el cargo de Vicepresidente queda vacante como consecuencia de haber asumido el cargo de Presidente. ¿Eso significa que el Consejo Regional no podría designar a su reemplazante?

36

Una posible interpretación sería que el Consejo Regional no puede designar a su reemplazante. El único supuesto en que podría hacerlo sería cuando se declara la vacancia simultánea del ejecutivo regional. Tal supuesto se justificaría, pues de lo contrario se generaría una situación de acefalía que sería inadmisibles. Se trata de una fórmula similar a la que se presenta cuando el Presidente y los dos Vicepresidentes dejan el cargo por alguna razón. En tal hipótesis, conforme a la Constitución, asume la Presidencia de la República el Presidente del Congreso (artículo 115°).

Una interpretación distinta sería considerar que el Consejo Regional sí puede designar a un Vicepresidente Regional entre sus consejeros. Ello partiría de asumir que dicho funcionario cuenta con algunas atribuciones que debe desarrollar y que no se agotan en solo reemplazar al Presidente cuando se encuentra ausente. En efecto, el artículo 23° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala:

El Vicepresidente Regional reemplaza al Presidente Regional en casos de licencia concedida por el Consejo Regional, que no puede superar los 45 días naturales al año, por ausencia o impedimento temporal, por suspen-

¿Puede un Presidente Regional ser Presidente del Consejo de Ministros?

sión o vacancia, con las prerrogativas y atribuciones propias del cargo. *Cumple funciones de coordinación y aquellas que expresamente le delegue el Presidente. Percibe la remuneración correspondiente a su cargo, sin derecho a dietas.*

Ello justificaría un tratamiento distinto que permita que el Consejo, a diferencia de lo que sucede con el ejecutivo nacional, sí pueda designar a un Vicepresidente Regional para que culmine el periodo de aquella autoridad electa que debido a una vacancia asumió la Presidencia Regional. Así parece haberlo entendido el Reglamento Interno del Consejo Regional de San Martín, aprobado a través de su Ordenanza Regional N° 025-2011/GRSM (artículo 12°, inciso s), al contemplar lo siguiente:

Artículo 12°.- *Las atribuciones del Consejo Regional de San Martín son las siguientes:*

[...]

s) *Elegir, entre sus miembros, al presidente y/o vicepresidente regional en caso de vacancia, licencia o suspensión de ambos o impedimento del vicepresidente.*

El citado Reglamento fue aprobado por una Ordenanza Regional, la que, de acuerdo con la Constitución, tiene rango de ley. Por ello, el Consejo Regional estaba habilitado para efectuar dicho nombramiento. Sin embargo, al final quien otorgará la credencial correspondiente será el JNE. De ahí la relevancia de conocer el criterio asumido por el máximo organismo electoral. La Resolución N° 025-2004-JNE, del 12 de febrero de 2004, esclarece esta situación legal:

Artículo primero.- En los casos de vacancia del Presidente del Consejo Regional, corresponderá al Vicepresidente Regional reemplazarlo en el cargo con las atribuciones, deberes y derechos del primero, conforme a ley.

Artículo segundo.- A efecto de completar el número legal de miembros del Consejo Regional y otorgar la respectiva credencial al accesitario, se observará el siguiente procedimiento:

1) *El cargo de Vicepresidente Regional será desempeñado por el Consejero elegido por el Consejo Regional entre sus miembros hábiles, en sesión extraordinaria.*

2) Designado el nuevo Vicepresidente, se comunicará de su resultado al Jurado Nacional de Elecciones, acompañando la copia certificada del acta de la sesión extraordinaria en la que conste la elección del Vicepresidente Regional.

3) El *Jurado Nacional de Elecciones expedirá al Vicepresidente elegido, la credencial que le corresponde por el nuevo cargo*; y, convocará al accesitario que reemplazará, en el cargo dejado por aquel y que represente a la misma provincia que deja vacante; a quien el Jurado Nacional de Elecciones igualmente le expedirá la respectiva credencial.

Artículo tercero.- *En caso de declararse la vacancia del cargo del Vicepresidente Regional, corresponderá al Consejo Regional designar a quien ejerza dicho cargo*, de acuerdo con el procedimiento antes indicado.

En consecuencia, el JNE ha reconocido la competencia del Consejo Regional para designar al Vicepresidente Regional. Incluso, en supuestos en los que no se trató de una vacancia¹⁵, reconoció la validez de la elección de un Vicepresidente entre sus consejeros. Así lo indicó la Resolución N° 0120-2011-JNE, del 10 de marzo de 2011:

38

2. [...] para el cumplimiento y ejercicio de las atribuciones de la Presidencia Regional previstas en el artículo 21° de la acotada ley, no solo es necesaria la activa participación del Vicepresidente Regional como el responsable de las coordinaciones del órgano ejecutivo, sino que la representación legal del gobierno regional que ejerce el Presidente Regional ante autoridades institucionales fuera de la jurisdicción y su participación en eventos de integración y coordinación macro regionales se verían seriamente afectadas, debido a que no podría asumirlas sin tener que ausentarse periódicamente; consecuentemente, *este Supremo Tribunal Electoral, en salvaguarda del principio de gobernabilidad, estima procedente la emisión de las credenciales que correspondan.*

Por ello, convocó al consejero Jhony Julián Miraval Venturo para que asuma las funciones de Vicepresidente Regional del Gobierno Regional de Huánuco, y a fin de completar el número legal de consejeros convocó a Celia Gutiérrez Franco, accesitaria no proclamada del Partido Democrático Somos Perú. Este criterio fue ratificado por el JNE cuando se declaró la vacancia del Presidente Regional de San Martín a través de la Resolución N° 0067-2014-JNE, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2014.

¹⁵ En el citado caso no se había proclamado al Vicepresidente Regional porque el candidato del Partido Democrático Somos Perú para dicho cargo fue excluido del proceso electoral.

7. Reflexiones finales

Al amparo del derecho de participación política una persona puede ser elegida Presidente Regional y permanecer en dicho cargo durante el tiempo previsto legalmente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos y, por tanto, pueden existir restricciones siempre que tengan cobertura legal y respeten el principio de proporcionalidad. Precisamente, en el caso de autoridades electas, como sucede con un Presidente Regional, una de estas restricciones es la vacancia en el cargo, que está expresamente prevista por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Además, existe el impedimento de renunciar, salvo puntuales excepciones.

La situación del Presidente Regional que asume el cargo de ministro de Estado o Presidente del Consejo de Ministros por designación del Presidente de la República, no se encuentra prevista en forma expresa por la legislación vigente como un supuesto de vacancia por incompatibilidad sobreviniente. La Ley Orgánica de Municipalidades, en cambio, sí prevé este supuesto cuando se trata de un alcalde que es designado en dicho cargo político.

39

En tanto no exista una ley que regule esta situación, el Presidente Regional puede encontrar en la licencia sin goce de haber una alternativa válida para ejercer el cargo de Presidente del Consejo de Ministros sin que quede vacante su cargo como representante regional. La licencia no puede ser indefinida, tiene un plazo de cuarenta y cinco días naturales. La autonomía regional no podría justificar su ampliación, pues dicha autonomía debe ejercerse de conformidad con la Constitución y las leyes.

Luego de vencido el plazo de cuarenta y cinco días de la licencia sin goce de haber, se produce el supuesto de vacancia en el cargo de Presidente Regional, el cual debe ser resuelto en primer lugar por el Consejo Regional y, en segunda y última instancia, por el Jurado Nacional de Elecciones. Ello en aplicación del inciso 4 del artículo 30° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En tal supuesto, asume el cargo el Vicepresidente Regional para culminar el periodo de la autoridad que asumió la Presidencia Regional.

El Consejo Regional en caso de vacancia del Presidente Regional, cargo que sería asumido por el Vicepresidente, puede designar un nuevo Vicepresidente entre sus consejeros. Así lo ha reconocido el Jurado Nacional de Elecciones.

Sería recomendable que la legislación unifique criterios en el caso que un alcalde o un presidente de región sea designado ministro de Estado. Una alternativa sería permitir que el cargo sea renunciable, lo cual implicaría una reforma constitucional. En tanto ello no suceda, lo más aconsejable sería regular –para el caso del Presidente Regional– la declaratoria de vacancia por la causal de incompatibilidad sobreviniente. La alternativa que existe y que se ha venido aplicando (licencia a cuyo vencimiento se declara la vacancia) no resulta la más convincente ni adecuada.

DESCENTRALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

CÉSAR LANDA ARROYO*

SUMARIO

1. Descentralización y democracia; 2. Descentralización y Constitución; 3. Análisis del caso Conga; 4. Perspectivas de la descentralización.

1. Descentralización y democracia

Desde el año 2000 los sucesivos gobiernos democráticos tienen una hipoteca política a resolver con la descentralización del país, en tanto constituye una de las reformas del Estado necesarias para fortalecer su democratización entrado el siglo XXI. Pero un proceso democrático que no respete los derechos de los pueblos del Perú profundo y desconozca la gobernabilidad democrática del país, está condenado al fracaso tarde o temprano.

41

Por eso, para lograr el bienestar general y la eficacia social del crecimiento económico en las regiones y municipalidades, se requiere desarrollar ordenada y progresivamente la descentralización territorial del poder político, económico y administrativo, en virtud del ejercicio responsable de la autonomía política, económica y administrativa, según disponen los artículos 191° y 192° de la Constitución.

Sin embargo, una década después de iniciada la transición, el gobierno central dispuso, para el año 2011, del 71 % del presupuesto nacional, dejando para los gobiernos regionales el 15 % y a las municipalidades el 14 %. Del presupuesto del gobierno central el 85 % es controlado por el Poder Ejecutivo.

* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Con esa tendencia política aún vigente nunca la descentralización podrá acompañar al milagro económico peruano, que el centralismo históricamente ha sido incapaz de lograr.

Por eso resulta preocupante que en la capital reine un pesimismo desalentador al compartir el proceso económico con los gobiernos regionales y municipales, pero no exento de razones fundadas debido al mal manejo de los fondos públicos, e incluso a los graves casos de corrupción de las máximas autoridades regionales y municipales¹, que han llevado incluso a algunas de ellas a ser procesadas penalmente con mandato de detención (como los presidentes de las regiones de Ancash, César Álvarez, y Cajamarca, Gregorio Santos), mientras que otras se hallan prófugas de la justicia (como el presidente de la región de Tumbes, Gerardo Viñas)².

Ello no ha sido óbice para que en el interior del país anide una hiperinflación de expectativas de demandas ciudadanas al gobierno nacional. Lo que sí se puede señalar es que con las demandas y protestas sociales, tanto de los pueblos indígenas como de las poblaciones campesinas, a raíz de las inversiones en recursos naturales (minería e hidrocarburos), resulta necesario rediseñar el sistema legal de la descentralización política y económica, realizando los ajustes necesarios con la finalidad de que las poblaciones del interior del país tengan mejores posibilidades de gozar directamente de los beneficios económicos y sociales en sus propios ámbitos territoriales.

42

Como la descentralización del gobierno es más eficiente a largo plazo que el centralismo, se requiere, además de normas coherentes, de la voluntad política del gobierno central de redistribuir su poder, y de la apuesta responsable y sostenible de la inversión privada nacional, no solo extranjera, en el Perú profundo. Ello será posible en tanto se conciba que la descentralización constituye la mejor garantía técnica y democrática del desarrollo humano; porque la persona humana es el fin último de la política y de la economía, y no un mero instrumento del mercado.

¹ «TC no lo excluyó por lavado de activos. Castañeda sí puede ser investigado por el caso Comunicore», en *La Ley*, Lima, 8 de septiembre de 2014, p. 1.

² «Los delitos y hechos que motivan la investigación fiscal. Tres presidentes regionales y un alcalde en apuros con la justicia», en *La Ley*, Lima, 18 de mayo de 2014, p. 1.

En ese sentido, para que los gobiernos regionales y locales puedan ejercer progresivamente sus competencias, el gobierno central debe implementar, a través de la ley, una fuerte política de moralización, transparencia, responsabilidad y no impunidad a la corrupción en la gestión y administración de los fondos públicos. Asimismo, debe desarrollar políticas para capacitar a los técnicos de dichos gobiernos descentralizados mediante la canalización de la cooperación técnica internacional, crear bancos de proyectos de inversión, sin perjuicio de asignar tributos mediante ley, transferir responsablemente fondos en la Ley de Presupuesto Nacional, y destinar los recursos del Fondo de Compensación Regional y del canon por la explotación de los recursos naturales a las regiones.

2. Descentralización y Constitución

Si durante la transición democrática la política y la economía han avanzado parcialmente en la realización del mandato constitucional de la descentralización, cabe preguntarse si el derecho ha cumplido su papel en la promoción de la descentralización. Al respecto, en una primera etapa, el Tribunal Constitucional (TC), a través de su jurisprudencia, contribuyó a delimitar el proceso de descentralización del Estado.

43

Así, en los casos Hoja de Coca I y II (Exps. N° 0020-2005-AI/TC y N° 0025-2005-AI/TC), así como en el caso de la Ropa Usada (Exp. N° 0004-2009-PI/TC), el Tribunal delimitó los pilares de la articulación del Estado unitario y descentralizado, a través de los principios de cooperación y lealtad regional, taxatividad y residualidad, control y tutela; asimismo, en caso de conflicto de competencias, estableció las reglas de solución como los principios de unidad, lista de materias, competencias exclusivas y excluyentes, atribuciones, además de los principios de progresividad, efecto útil y poderes implícitos, básicamente.

Sin embargo, en una segunda etapa, se produjo un punto de inflexión de la transición democrática y del rol del TC en el fortalecimiento del proceso de descentralización. Esto a partir de la llamada postura de «El perro del hortelano» que el ex presidente Alan García expuso en dos artículos periodísticos, difundidos por el diario *El Comercio*. Dicha postura consideraba que los pueblos indígenas del interior del país, como poblaciones atrasadas, debían ser integrados, bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del pro-

greso económico³. Esta concepción excluyente de toda inclusión étnica y social tuvo consecuencias indeseables, cuando en conflictos por el agua, como el de Bagua en el año 2009, la violencia dejó cruelmente como saldo 35 muertos entre policías y nativos.

En ese entendido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional inicia un proceso de *recentralización* de los asuntos de interés regional y local que buscaron proteger radicalmente las autoridades regionales y locales, mediante la declaración de intangibilidad ambiental y/o la declaración de zona no minera. Así el Tribunal Constitucional convalidó la centralización del manejo de los recursos hídricos, cuando declaró infundada la demanda contra la Ley N° 29338 («Ley de Recursos Hídricos»), como en el caso Conga (Exp. N° 0001-2012-PI/TC), en el que sentenció de inconstitucional la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabecezas de las cuencas hidrográficas articuladas del proyecto Conga.

En esta misma línea se encuentra el caso Fajardo (Exp. N° 0008-2010-PI/TC), donde el Tribunal Constitucional sentenció la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 004-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo (Ayacucho), que declaró como zona intangible de explotación minera toda la jurisdicción territorial de la provincia de Fajardo y, en consecuencia, prohibió las licencias para la exploración y explotación minera en la zona⁴. Asimismo, se encuentra el caso Cusco (Exp. N° 0009-2010-PI/TC), en el que el TC declaró inconstitucional la no admisión de denuncias mineras en toda la región de Cusco⁵.

Estas sentencias parecieran haber olvidado que las funciones de los procesos constitucionales son la valoración, pacificación y ordenación de nuestro

³ En dos artículos expone tal visión sobre los procesos de reestructuración económica, que de ser admitida el país, según su opinión, debería realizar para un supuesto desarrollo. Su visión de las comunidades indígenas en general se expresa en que «existen comunidades artificiales [...] de “mano muerta”, en la que sus habitantes viven en extrema pobreza y esperando que el Estado les lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras, alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ellos, sí serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador». A. GARCÍA, «El síndrome del Perro del Hortelano», en *El Comercio*, Lima, 28 de octubre de 2007.

⁴ Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani.

⁵ *Ibid.*

sistema jurídico, y que tienen por finalidad resolver las controversias y así apaciguar los conflictos sociales del interior del país; más aún en un proceso de descentralización con fuertes conflictos sociales.

3. Análisis del caso Conga

Como la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional para que sea legítima debe gozar de una argumentación y fundamentación suficiente, resulta necesario analizar reflexiva y críticamente la motivación que sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Conga (Exp. N° 0001-2012-PI/TC), en la cual declaró por unanimidad fundada la demanda de inconstitucionalidad que presentó el Ministerio Público contra la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabeceras de las cuencas hidrográficas, la inviabilidad del proyecto minero Conga, la investigación de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y la invalidez de las normas que se opongan a la mencionada Ordenanza Regional de Cajamarca⁶.

La demanda se planteó como un proceso de control de legalidad de la ordenanza regional, antes que como un proceso de control de constitucionalidad de una norma con rango de ley, toda vez que los argumentos del demandante (Ministerio Público) hicieron honor a su función de ser guardián de la legalidad. Por ello, la demanda tuvo un profundo yerro de origen al no formular una argumentación constitucional, sino sustentarse en el principio de legalidad, según lo reseñado en la sentencia; lo cual era inválido en un proceso de inconstitucionalidad de una norma legal. Dicha falencia puso en evidencia el desconocimiento de la naturaleza de una ordenanza regional, que en tanto norma con fuerza de ley, según el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución, no se rige por el principio de jerarquía en relación con una ley nacional, sino sobre la base de un principio de competencia, cuando hay un vacío o deficiencia de las normas del bloque de constitucionalidad.

Pero lo más grave fue que el propio Tribunal Constitucional redujera sus competencias establecidas en la Constitución y la ley para abordar el presente caso. Así, el TC señaló que el proceso de inconstitucionalidad es un proceso abstracto y no concreto en principio (fundamento 8); pese a lo previsto en su

⁶ Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz.

jurisprudencia y en el art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual «Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales», en virtud de los cuales el TC no solo declara si una norma es en abstracto inconstitucional, sino que prevé o dispone efectos concretos sobre los particulares, al punto que una sentencia de inconstitucionalidad puede acarrear la nulidad de actos jurídicos particulares. Por ejemplo, cuando el TC declaró inconstitucional la legislación penal antiterrorista, porque era contraria a la Constitución, se anularon los procesos penales contra los terroristas, pero sin que la nulidad suponga la libertad de los condenados o procesados (STC N° 0010-2002-AI/TC).

Asimismo, no obstante que se trataba de un proceso de inconstitucionalidad, la sentencia empezó motivando la demanda de inconstitucionalidad como si se tratara de un conflicto de competencias; más aún, equívocamente tituló varios rubros como: 3. Conflictos de competencia y anulación de actos administrativos; 4. Delimitación de ámbitos competenciales en conflicto; 5. Determinación de competencias: test de la competencia; etc. Sin embargo, al momento de realizar el breve análisis constitucional del caso no utilizó ni resolvió el conflicto sobre la base del test de la competencia, sino que subordinó la ordenanza a las leyes nacionales sin motivación ni argumentación constitucional alguna, lo cual también es impropio de un proceso de inconstitucionalidad de la ley.

46

Más aún, tampoco utilizó los principios de interpretación constitucional de las leyes (unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, etc.), ni las técnicas de la ponderación de una medida normativa restrictiva (con sus exámenes de adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad) para declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza regional; antes bien, el TC realizó un examen de legalidad subordinando la ordenanza a lo establecido en la Ley de Bases de la Regionalización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Recursos Hídricos, sin realizar un examen de constitucionalidad, al menos en la fórmula del bloque de constitucionalidad que dispone el artículo 79° del Código Procesal Constitucional⁷.

⁷ «Artículo 79°.- Principios de interpretación

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional conside-

Así, el TC no realizó una labor propia de su existencia, como es interpretar la Constitución, sino que aplicó las leyes nacionales; para lo cual primero instrumentalizó el argumento de la minería, asumiendo que el Poder Ejecutivo es el regulador exclusivo y excluyente de la gran minería y los gobiernos regionales de la pequeña minería y la minería artesanal. Pero la ordenanza regional no estaba orientada a regular la gran minería, sino a proteger los recursos hídricos de su jurisdicción; por ende, la cuestión jurídica era saber si los recursos hídricos constituyen una materia competencial exclusiva del gobierno nacional.

La respuesta es negativa, en la medida que la Constitución y las leyes de desarrollo reconocen a los gobiernos regionales competencias para regular actividades en materia de agricultura, minería, así como en la elaboración de los planes de gestión de los recursos hídricos. Esto ubica al uso y la explotación del agua como una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, pero no bajo un principio de jerarquía, sino de competencia.

Esto es así en la medida que la reforma democrática a la Constitución de 1993 restableció la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales, así como la elección de sus autoridades por el pueblo con facultades para emitir normas con rango y fuerza de ley, en el marco del bloque constitucional. Por eso este caso no era un asunto para ser resuelto a partir de la mera subsunción legal de la ordenanza regional en las leyes nacionales, sino para ser abordado constitucionalmente, de acuerdo con el test de la competencia que la propia sentencia señaló como necesaria al inicio, pero que no la desarrolló por razones que no explicita la sentencia.

Ahora bien, si los recursos hídricos —que son esenciales para la explotación minera grande, mediana o pequeña—, son una materia compartida entre diferentes niveles de gobierno, es razonable interpretar la Constitución en el sentido de que la regulación, protección y gestión de las cabeceras de cuenca no constituyen materia exclusiva del gobierno nacional y excluyente de los gobier-

rá, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.»

nos regionales. En consecuencia, si el manejo de los recursos hídricos es una materia compartida y si las cabeceras de cuenca constituyen una zona ambientalmente vulnerable, parece razonable interpretar que no es una competencia exclusiva del gobierno nacional declararlas o no como zonas intangibles, y que los gobiernos regionales deben participar en las decisiones sobre el manejo de los recursos hídricos de su jurisdicción.

Ello será así no solo cuando sean actividades de explotación minera pequeñas, sino también medianas, y más aún si son grandes proyectos mineros, porque se pone en mayor riesgo, si es que no en peligro, el abastecimiento del agua para las actividades locales (agrícolas y/o ganaderas). Sobre todo si el proceso de descentralización está vinculado al desarrollo del principio democrático de participación ciudadana, tanto para asuntos regionales como nacionales, según se desprende del capítulo XIV del título IV («De la descentralización») de la Constitución.

Teniendo en cuenta que los efectos potencialmente dañinos de las actividades económicas en las cabeceras de cuenca, repercutirán directamente en perjuicio de las localidades en donde la región tiene competencias y responsabilidades constitucionales, el examen de constitucionalidad de este asunto debió pasar por un test de ponderación, en el que se debió analizar:

48

Primero, si la medida restrictiva a la protección de las cabeceras de cuenca gozaba de un respaldo constitucional; o, dicho en otras palabras, si tal afectación era grave, intermedia o leve, en la medida que todo proyecto de inversión siempre genera un impacto o daño ambiental.

Segundo, si la medida de afectar cuatro lagunas para el desarrollo del proyecto de inversión era la medida menos gravosa. Sin embargo, al existir un peritaje internacional en ciernes lo prudente hubiera sido tomar en cuenta sus conclusiones, que sugerían que no se debía afectar dos lagunas, con lo cual la medida restrictiva hubiera pasado al siguiente paso.

Tercero, realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para pronunciarse sobre la relación de costo/beneficio de la medida restrictiva, en el entendido que su desproporción la hacía inconstitucional.

Asimismo, resolver este caso sin haber tomado en consideración la legislación internacional (Convenio OIT N° 169) y nacional (Ley N° 29785) sobre

las obligaciones del Estado respecto de los derechos de participación de los pueblos originarios e indígenas, no contribuyó a la vigencia de los derechos fundamentales. Ello es aún más evidente cuando las actividades de inversión del proyecto Conga se pretenden realizar en territorios de comunidades campesinas, las que de acuerdo con la normatividad tienen derechos exigibles para participar en la deliberación de las normas y decisiones administrativas que puedan afectar esencialmente sus formas de vida ancestral, por ejemplo en la agricultura y ganadería, como actividades de subsistencia económica y social.

Por lo contrario, la sentencia argumentó que, por los principios de taxatividad y subsidiariedad, le correspondía a la Autoridad Nacional del Agua –con la opinión del Ministerio del Ambiente– declarar una cabecera de cuenca como zona intangible. Si bien, por un lado, el principio de taxatividad forma parte del test de la competencia, no puede ir en contra de los principios constitucionales de la eficacia integradora y de la fuerza normativa de la Constitución, en virtud de los cuales una ley no puede vaciar de contenido el mandato constitucional de la descentralización y de la protección del medio ambiente, que le otorga competencia compartida a las regiones para el manejo de los recursos hídricos de su jurisdicción.

49

De otro lado, la sentencia hizo un uso errático del principio de subsidiariedad, en tanto asumió que por dicho principio las competencias nacionales prevalecían sobre las competencias regionales en cuanto al manejo de recursos hídricos. Al contrario, es por el principio de subsidiariedad en materia de descentralización, que el artículo 4°, inciso f, y el artículo 14°, numeral 2, literal a, de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, prevé que «El gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones».

De modo que, ante el vacío o deficiencia de la regulación nacional, por ejemplo en la protección de las cabeceras de cuenca, las autoridades más cercanas al conocimiento e interés sobre el asunto, debían gozar de un margen de competencia para regular, desarrollar o proteger el bien constitucional hídrico, que en este caso se encontraba en estado de abandono por parte del gobierno nacional. En virtud de ello, el gobierno regional habría actuado dentro de los principios generales del proceso de descentralización (permanente, dinámico,

irreversible, democrático, integral, subsidiario y gradual), de conformidad con los mandatos constitucionales y legales que han delimitado sus competencias y atribuciones.

Por eso la sentencia puede comprenderse, no desde el punto de vista de la argumentación constitucional ni legal, sino desde la concepción ideológica que le otorgó el TC al rol de la inversión privada y a la subordinación de los intereses de los pueblos originarios a ella. Ello porque en la sentencia se precisó, por ejemplo, que «no es posible enfatizar más la importancia del recurso hídrico [...]», pues «[...] no solo la contaminación resulta ser una amenaza del medio ambiente sino que ciertos fenómenos naturales, como el cambio climático, demandan acciones concretas del Estado y la sociedad, a fin de preservar y explotar de manera sostenible el agua» (fundamento 28).

Esto querría decir que como el calentamiento global y los deshielos que se vienen produciendo con el cambio climático afectan el derecho al agua de manera inevitable, la protección del derecho al agua de las cabeceras de cuenca no puede ser un argumento para restringir los proyectos de inversión que pudieran afectar dicha cabecera. Se trata de un argumento inconstitucional, por violar el contenido esencial del derecho al medio ambiente y atentar contra la protección de los valores y derechos constitucionales, dado que al parecer, a juicio desmoralizador del TC de ese entonces, la afectación del agua de las lagunas para implementar el proyecto Conga es inevitable, porque también ocurre lo mismo y de manera inmanejable a raíz del cambio climático.

50

Entonces, el TC aplicó una suerte de «doctrina del perro del hortelano», al declarar fundada la demanda en contra de la ordenanza del gobierno regional de Cajamarca, que declaró intangible las cabeceras de las cuencas de agua, cuando debió hacerlo la autoridad nacional (total o parcialmente) y de manera coordinada con el gobierno regional. Así, el TC consideró que el gobierno regional de Cajamarca violó la Constitución, cuando fue la Autoridad Nacional la que lo hizo, por la omisión de un acto debido de proteger los recursos hídricos de las cabeceras de cuenca.

Por lo contrario, la ordenanza del gobierno regional, ante la desprotección de un recurso natural como el agua, restableció la primacía de los valores y principios constitucionales. Con lo cual se podría afirmar que el TC no analizó el caso desde su posición de árbitro constitucional para las partes, sino desde la protección de los intereses gubernamentales y empresariales del proyecto Conga, representados a través del Ministerio Público.

La sentencia pareció olvidar que son funciones de los procesos constitucionales la valoración, pacificación y ordenación de nuestro sistema jurídico, con la finalidad de resolver las controversias y así apaciguar los conflictos sociales. Sin embargo, en esta sentencia el TC puso en evidencia, por un lado, una falta de argumentación constitucional y de aplicación de técnicas jurídicas; y, por otro lado, no procuró resolver el asunto pacificando el conflicto social de los comuneros cajamarquinos con la empresa Yanacocha y el Estado.

Más aún, el fallo convalidó la inicial falta de revisión y fiscalización estatal de los Estudios de Impacto Ambiental, tarea que había sido asumida por un equipo internacional de tres peritos, con el aval del gobierno, que realizó observaciones al Estudio de Impacto Ambiental de la empresa concesionaria, por deficiencias e inconsistencias técnicas respecto de la afectación de dos lagunas que forman parte de la cabecera de cuenca en la zona.

No obstante, este informe pericial en la práctica fue dejado de lado en la sentencia del TC; hubiera supuesto reconocer o confirmar la amenaza cierta y probable de daño ambiental, dado que si se utilizaban y vaciaban cuatro lagunas, según lo tenía previsto el proyecto Conga, se hubiera reducido la protección constitucional del medio ambiente y la explotación sustentable de nuestros recursos naturales, lo que no se hubiese subsanado con medidas de reparación patrimonial posteriores a la afectación del derecho al agua de la población, cuando antes se pudo prevenir el daño.

Por otro lado, se puede señalar que la sentencia desarrolló retóricamente fundamentos ambientalistas (fundamentos jurídicos del 45 al 60) sin ningún efecto útil para el caso; como en otros casos en los cuales los magistrados del TC que ya salieron fallaron en contra de los intereses de los pueblos amazónicos, y también en contra de los intereses de los pueblos andinos, demostrando en la práctica un prejuicio en contra de los valores étnicos, culturales y ambientales de las comunidades campesinas de Ayacucho (STC N° 0008-2011-AI/TC), de Cusco (STC N° 0009-2011-PI/TC) y de Cajamarca (STC N° 0001-2012-PI/TC).

Todo ello le otorgó a dicha sentencia precaria legitimidad, dado que su constitucionalidad era nula, convirtiendo el fallo no solo en ilegítimo, sino en ineficaz. Por eso a los jueces del Tribunal Constitucional, en tanto últimos garantes de los derechos fundamentales, les corresponde ejercer no solo el control de constitucionalidad en los procesos constitucionales, sino también el control

de convencionalidad, en función de los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección del derecho al agua y de los pueblos indígenas (caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 133).

Esto es así en la medida que la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han otorgado a los tratados de derechos humanos un rango constitucional y a las decisiones de la Corte IDH un carácter vinculante en el derecho interno; los cuales deben ser aplicados por los jueces nacionales de manera directa o mediante el control del convencionalidad declarando inaplicable las normas o sentencias contrarias tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos como a las sentencias de la Corte IDH, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

4. Perspectivas de la descentralización

La descentralización es un proceso técnico pero también político, por eso forma parte del fortalecimiento de la democracia constitucional, su ralentización también pone en evidencia las pesadas cargas que el actual modelo económico tiene con la descentralización del poder. Porque todavía existen fuertes resabios conservadores que cuestionan o ponen en duda otorgar más grados de autogobierno a los pueblos del interior del Perú profundo, dado que la élite política y económica gobernante siempre ha tenido en la centralización la mejor forma de ejercer y acrecentar sus privilegios e intereses.

52

Por eso, el panorama de la descentralización no puede ser visto de manera optimista, pero tampoco pesimista, porque al interior del Perú –sobre todo de los pueblos indígenas y originarios– existe la conciencia de que los recursos naturales renovables o no renovables (minerales, bosques, agua, petróleo, etc.) que yacen en sus regiones les pertenecen. De modo que son sus pobladores y autoridades locales los competentes para participar en la concesión y administración de estos recursos, con criterios de justicia redistributiva, de conformidad con los mandatos de origen internacional (Convenio OIT N° 169) y de la Ley N° 29785.

Si la descentralización ha sido una conquista de la democratización del Estado, entonces está en manos de los representantes del pueblo fortalecerla, a través de sus instituciones regionales y locales. No obstante, la descentraliza-

ción también es un proceso técnico que plantea una legítima pregunta: ¿y cuánta democratización soporta la gobernabilidad? Es decir, se plantea el desafío del desarrollo técnico de los gobiernos locales para poder gobernar y no solo administrar las competencias y recursos que pueda seguir transfiriendo el gobierno nacional.

Los problemas principales de la administración descentralizada según los propios testimonios de autoridades y especialistas en la materia, se pueden centrar en los siguientes temas y/o problemas jurídicos y administrativos:

- Transparencia y rendición de cuentas en la gestión de los fondos públicos. Lucha contra la corrupción y la impunidad en los delitos contra el patrimonio del Estado.
- Construcción de un sistema homogéneo de gestión descentralizada de las funciones transferidas del gobierno central.
- Avanzar en el saneamiento territorial de los ancestrales conflictos de límites, sobre todo entre los municipios provinciales.
- Promover la creación de las regiones, sobre la base de dos o más departamentos (regionalización), mediante el establecimiento de juntas de coordinación macrorregionales.
- Diseñar un sistema de recursos humanos y capacitar a la plantilla para gestionar y administrar las competencias y funciones a transferir.
- Acelerar la transferencia de competencias y recursos, en función de objetivos y metas cumplidas.
- Reformar el sistema tributario descentralizado con participación de los gobiernos locales, asegurando la distribución solidaria de los beneficios producidos por todos.
- Fortalecer la participación ciudadana en la elaboración de los planes y presupuestos respectivos, mediante la pre-publicación de estos y su debate en audiencias públicas.
- Concluir con la delimitación de las funciones de los ministerios y los gobiernos locales, articulando estos a las políticas y normatividad nacional, en función de las materias competenciales, exclusivas o compartidas.
- Fortalecer el sistema nacional de planeamiento estratégico.
- Avanzar en la configuración del ordenamiento territorial para la prestación de servicios y la promoción de inversiones más ordenadas, integradas, eficientes y equitativas.

Todo esto en buena parte dependerá, en un régimen político presidencialista como el peruano, del Presidente de la República de hoy y de mañana.

Sin embargo, esta tarea corresponde a los partidos políticos, alianzas y movimientos regionales y locales; y una vez electas las autoridades el 5 de octubre, deberán promover un pacto político y social multipartidario que asegure que el Congreso de la República respalde el fortalecimiento del proceso de descentralización, que es uno de los pilares de la democracia constitucional peruana.

Finalmente, sin perjuicio de ello, corresponde al Tribunal Constitucional, más aún renovado en su composición, cumplir el rol de guardián de toda la Constitución, no solo de la relativa a los derechos fundamentales, sino también de su parte orgánica, en la que el principio de división de poderes horizontales y verticales se acompaña con el de control y balance de poderes. De modo que, mediante la resolución de los procesos constitucionales, los nuevos magistrados constitucionales tienen el reto de contribuir a levantar esa hipoteca con la descentralización del país, que es una de las urgentes reformas del Estado para fortalecer la democracia constitucional, de camino al bicentenario de la República del Perú.

EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

La reforma constitucional incompleta: la reforma descentralista

ELENA C. ALVITES ALVITES*

SUMARIO

1. A manera de introducción: acercándonos al concepto de descentralización; 2. El contexto de la reforma descentralista del 2002: la transición democrática; 3. La jurisprudencia constitucional en materia de descentralización: los aportes y los retos, 3.1. Contenido de la fórmula política del Estado unitario y descentralizado, 3.2. Identificación de la autonomía regional y local garantizada en la Constitución, 3.3. Identificación del rango legal de las ordenanzas regionales y municipales en el ámbito de sus competencias y territorio, 3.4. Principio de competencia como criterio de articulación entre las fuentes de los diferentes subsistemas normativos del Estado unitario y descentralizado, 3.5. Adopción del *test de la competencia* para resolver conflictos entre niveles de gobierno; 4. Reflexiones finales.

55

1. A manera de introducción: acercándonos al concepto de descentralización

La descentralización puede ser vista desde muchas perspectivas, pero comúnmente se destacan dos de ellas; la primera, como forma de definir el gobierno del Estado y, de ese modo, distribuir el poder estatal, asignando funciones propias de gobierno a entidades o gobiernos descentralizados que forman parte del Estado, pero que se identifican porque ejercen sus funciones sobre una determinada porción del territorio.

Se trata, también, de una forma de organización de carácter democrático porque, generalmente, las autoridades que conducen los niveles de gobiernos descentralizados son elegidas democráticamente a través del voto popular.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante, profesora ordinaria asociada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogada por la misma universidad. Actualmente se desempeña como especialista en políticas públicas del Proyecto Pro Descentralización, financiado por la United States Agency for International Development (USAID).

Adicionalmente, esta forma de organización estatal da cuenta de un determinado modelo de Estado, dependiendo del menor o mayor grado de autonomía que se otorgue a las entidades territoriales. Así, si el nivel de autonomía de los gobiernos descentralizados es mayor respecto al gobierno central o nacional, nos encontramos frente a Estados federales, como el caso de Alemania o el de los Estados Unidos¹. En cambio, si el grado de autonomía de los gobiernos descentralizados es menor respecto del gobierno nacional, estamos ante modelos de Estados unitarios y descentralizados. Ejemplos de este modelo estatal son la República de Italia, el Reino de España y el adoptado por el Estado peruano a partir de la reforma constitucional del capítulo XIV del título IV de la Constitución de 1993²; así, en el caso peruano, el Estado es unitario y descentralizado porque su gobierno se ejerce en tres niveles; el nacional, el regional y el local o municipal; y tanto al nivel regional como al municipal se les atribuye autonomía para el ejercicio de las funciones y competencias que les asigna la Constitución y las leyes orgánicas correspondientes. Asimismo, las autoridades que conducen los gobiernos regionales y locales son elegidas a través de elecciones universales.

¹ Por ejemplo, en el caso de Alemania, los dieciséis *Länder* que conforman la República Federal de Alemania cumplen sus funciones sobre la base de leyes federales, por lo que tienen autonomía para establecer la organización de sus autoridades y los procedimientos administrativos, salvo que las leyes federales dispongan otra cosa (artículo 84° de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [LFRFA]). De igual modo, cuentan con una larga lista de materias en las que les compete legislar de manera concurrente con el Estado federal (artículo 74° LFRFA) y por ello están representados por el Consejo Federal (*Bundesrat*), que es la Cámara Alta del Parlamento Federal Alemán con menores funciones que la Dieta Federal (*Bundestag*), que es la Cámara Baja; pero con competencia para aprobar leyes federales que afectan las competencias exclusivas y concurrentes que la Constitución alemana atribuye a los *Länder* (estos pueden estar integrados por regiones administrativas, distritos y ciudades distritos). De esta forma, de acuerdo con las normas constitucionales, participan de la adopción de leyes federales y en esta materia cuentan con poder de veto sobre las decisiones de la Dieta Federal (artículos 77°, 78° y 79° LFRFA), a pesar de que esta representa al «pueblo en su conjunto» (artículo 38° LFRFA) y elige al Canciller General, que es la cabeza del gobierno federal (artículos 63° y ss. LFRFA).

² Ley N° 27680, Ley de Reforma Constitucional, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de marzo de 2002.

A partir de la primera aproximación al concepto de descentralización, como forma de distribuir u organizar el poder estatal, es posible afirmar que tiene como finalidad la racionalización u ordenación del poder político del Estado³, pero también profundizar los sistemas democráticos, en tanto las funciones de gobierno no recaen solo en el gobierno o ejecutivo nacional cuyas autoridades son elegidas, precisamente, por la ciudadanía que habita en los territorios que gestionan. La descentralización, en esa medida, se configura como un instrumento democratizador, por ser una técnica de organización que permite resolver de mejor forma los asuntos públicos⁴. De esa manera, se hace evidente la naturaleza política de la descentralización, toda vez que es una modificación de la forma de distribución del poder y no solo una forma de organización administrativa⁵.

La segunda aproximación al concepto de descentralización está vinculada a su condición de política de Estado; en efecto, es considerada una política permanente de los Estados que persigue unos fines específicos y que, generalmente, se implementa a través de un proceso de mediano y largo plazo. Esta segunda aproximación está sobre todo vinculada con el proceso o ruta que se sigue para que el gobierno central o nacional vaya transfiriendo responsabilidades y mayores niveles de autonomía a gobiernos descentralizados que gestionan una circunscripción territorial. De esa forma, el Estado progresivamente se va acercando a la población y esto debería permitirle percibir de manera inmediata sus necesidades y particularidades. Esta cercanía, además, situaría al Estado en una mejor posición para cumplir de forma eficaz los fines de todo Estado, como son: promover el desarrollo sostenible; garantizar el bienestar general; y, respetar y satisfacer los derechos de las personas. Así lo dispone el artículo 44° de nuestro texto constitucional.

³ J. GOMES CANOTILHO, *Teoría de la Constitución*, en «Cuadernos Bartolomé de las Casas», núm. 31, Madrid, Dykinson, 2003, p. 108.

⁴ P. de VEGA, «Poder constituyente y regionalismo», en G. TRUJILLO (editor), *Federalismo y regionalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1979, p. 354.

⁵ PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo humano. Perú 2006. Hacia una descentralización con ciudadanía*, Lima, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006, p. 42.

En esa línea, la descentralización como política de Estado ha sido valorada por diversas razones. Así, podemos mencionar, entre otras: por su aporte a la promoción del desarrollo económico, pues con la descentralización deja de ser tarea de un solo nivel de gobierno que no siempre tiene la capacidad de llegar a todo el territorio y su población; por su contribución a estrechar las brechas de acceso a servicios, ejercicio de derechos e igualdad entre las personas que habitan distintas circunscripciones territoriales; porque a la par de la elección de autoridades a nivel descentralizado y, en algunos casos, la participación de la ciudadanía en la gestión pública, se profundiza la democracia; y, porque como forma de organización estatal facilita el control del territorio⁶. En esa medida, se considera una política que contribuye al desarrollo humano y al acceso equitativo a servicios básicos para las personas que viven en un mismo Estado. De ahí que, para el caso peruano, a partir de los conceptos de desarrollo humano y densidad del Estado⁷, se considere que una «mayor y mejor descentralización hacia los gobiernos regionales y municipales, y complementaria desconcentración del propio gobierno nacional, podría mejorar la homogeneidad territorial de la densidad del Estado peruano»⁸. Es decir, reforzar la presencia del Estado en todo el territorio para atender a las distintas comunidades, prestar servicios y promover el desarrollo sostenible aprovechando las potencialidades de cada zona.

En ese contexto, el proceso de descentralización iniciado en el Perú en el año 2002, debe entenderse como el medio a través del que se va implementando la descentralización como política de Estado; es decir, se trata de un proceso político-técnico a través del cual se va configurando y plasmando la organización política del Estado unitario y descentralizado, con el objetivo de acercar el Estado a la población y alcanzar el desarrollo integral el país mejorando los ser-

⁶PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁷En relación con el concepto de densidad del Estado, menos difundido que el de desarrollo humano, es preciso mencionar que se refiere al «desempeño o funcionamiento del Estado en el momento de proveer servicios sociales básicos. La magnitud de la densidad del Estado en una determinada circunscripción dependerá del número de cobertura de servicios que el Estado ofrezca en ella [...] la densidad es atributo de un Estado para suministrar aquellos elementos, bienes y servicios útiles o funcionales para el desarrollo humano». PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo humano. Perú 2009. Por una densidad del Estado al servicio de la gente*, Lima, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010, p. 29.

⁸PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *op. cit.*, p. 61.

vicios que se brindan a la población. Este proceso, como se ha indicado, se caracteriza porque progresivamente se deben ir transfiriendo, desde el gobierno nacional a los gobiernos descentralizados, responsabilidades en la planificación, gestión, obtención y distribución de recursos. De ahí que el artículo 188° de la Constitución señale que se trata de una política permanente de carácter obligatorio que debe realizarse de manera progresiva y ordenada; y que la Ley de Bases de la Descentralización (LBD)⁹ haya establecido que esta se realice por etapas y fortaleciendo las capacidades de los gobiernos regionales y locales que fueran a recibir nuevas responsabilidades.

Han transcurrido doce años desde el inicio de esta nueva tentativa descentralizadora en el Perú¹⁰, pero todavía es un proceso que continúa en marcha; a pesar de que en los últimos meses ha recibido serias críticas vinculadas a su efectividad, dado que algunas autoridades regionales y locales han sido involucradas en presuntos hechos de corrupción¹¹. En ese escenario, es importante

⁹ Ley N° 27783, publicada el 20 de julio de 2002.

¹⁰ A lo largo de su historia republicana el Perú ha tenido varios intentos de organizar y gestionar el Estado de manera descentralizada y se han adoptado políticas tendientes a superar la visión departamental y construir regiones. Sin embargo, el antecedente inmediato del actual proceso fue el establecido sobre base de la Constitución Política de 1979, el Plan Nacional de Regionalización (Ley N° 23878, 1984) y la Ley de Bases de la Regionalización (Ley N° 24650, 1987). Estas últimas normas buscaron plasmar el mandato constitucional de regionalización que disponía la creación de regiones con autonomía económica y administrativa, pero en la práctica no garantizaron tales características a las doce regiones que se crearon. En efecto, no contaron con autonomía financiera y, por mandato expreso de la Constitución, solo contaron con competencias delegadas, siendo siempre dependientes del gobierno central; incluso el Poder Ejecutivo contaba con la facultad de vetar la legislación regional. Véase J. ZAS FRIZ, *La insistencia de la voluntad*, Lima, PRODES-Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 21-24. Asimismo, sobre el proceso de descentralización iniciado en 1989, véase CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Estudio del proceso de descentralización en el Perú*, Lima, GIZ-PNUD, 2014, pp. 27-32.

¹¹ Sobre las acusaciones e investigaciones en casos de corrupción en gobiernos regionales y locales, véase diversos informes periodísticos: «<http://www.larepublica.pe/28-05-2014/19-presidentes-de-gobiernos-regionales-deben-responder-por-158-casos-de-corrupcion>», consulta de fecha 23 de septiembre de 2014; «<http://elcomercio.pe/economia/peru/ha-sido-efectiva-descentralizacion-regiones-noticia-1722614>», consultado el 23 de septiembre de 2014. Asimismo, el informe contenido en «<http://>

dar cuenta sobre cómo se llegó al inicio del proceso de descentralización, hacer una breve revisión de cuánto se ha avanzado y, sobre todo, cuánto ha contribuido el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia. A partir de esta síntesis se realizará el ejercicio de identificar cuál ha sido el aporte del Tribunal Constitucional en este proceso y cuáles son los retos que tiene para contribuir a fortalecer el Estado unitario y descentralizado.

2. El contexto de la reforma descentralista del 2002: la transición democrática

Como se ha mencionado, la descentralización del poder y de la gestión estatal constituye una reforma del Estado orientada a alcanzar fines específicos ligados al desarrollo y el bienestar de las personas. En el caso del Perú, el proceso de descentralización emprendido en el año 2002, se inscribe en el contexto político de transición democrática que frente a la crisis institucional, se orientó a recuperar y fortalecer diversos elementos de institucionalidad democrática que fueron debilitados durante la década de los años noventa¹² por el gobierno autocrático de Alberto Fujimori. Para entonces, se había generado consenso respecto de que el debilitamiento de la democracia política se debió en parte a que el poder estatal se había concentrado, de forma excesiva, en el gobierno nacional, por lo que se requería reformar la estructura del Estado y adoptar políticas de descentralización del poder¹³.

Dicho consenso involucró devolver niveles de autonomía a las municipalidades que durante la última década se habían visto mermadas¹⁴, pero incluía también la creación y puesta en funcionamiento de un nivel intermedio de gobierno (los gobiernos regionales), que en el corto plazo suplieran el esquema de

www.otramirada.pe/content/elecciones-regionales-entre-radicalismo-y-esc%C3%A1ndalos-de-corrupci%C3%B3n, consulta de fecha 30 de septiembre de 2014.

¹² PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Informe sobre desarrollo humano, Perú 2006. Hacia una descentralización con ciudadanía*, op. cit., p. 39.

¹³ J. ARAGÓN y N. CHÁVEZ, *Diez años de descentralización en el Perú: ¿y usted qué opina de todo esto?*, en Serie «Cuadernos de Investigación IOP», núm. 1, Lima, Instituto de Opinión Pública-PUCP, 2013, pp. 4-5.

¹⁴ S. ABAD YUPANQUI, «Estudio introductorio», en *Constitución y procesos constitucionales*, 4° ed., Lima, Palestra, 2010, p. 66.

desconcentración del gobierno nacional que se plasmó en los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR), y que no siempre respondieron a las necesidades de la población, pues ejecutaban políticas y prestaban servicios diseñados en Lima. Asimismo, se apostó por remontar, a mediano plazo, la organización territorial basada en departamentos¹⁵. De igual modo, en la línea de profundizar el sistema democrático y reconstruir la gobernabilidad, se afirmaba la necesidad de involucrar a la ciudadanía en la gestión del Estado a través de los gobiernos descentralizados¹⁶; de ahí que la reforma constitucional también supuso la creación de nuevos espacios institucionales de participación (como por ejemplo, los Consejos de Coordinación Regional [CCR]) y que el artículo 199° de la Constitución disponga que los gobiernos regionales y locales deben formular sus presupuestos con la participación de la población, rindiendo cuentas anualmente.

Ciertamente la Constitución y, posteriormente, la LBD, adoptan una valoración positiva del concepto de descentralización, tanto como forma de organización del Estado cuanto como política permanente de este. De ahí que el artículo 188° de la Constitución define a la descentralización como una forma de organización democrática y una política permanente de Estado, cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país. En ese mismo sentido, el artículo 3° de la LBD dispone que la finalidad de la descentralización es el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el ejercicio equilibrado del poder por tres niveles de gobierno en beneficio de la población¹⁷.

En suma, la Constitución y la LBD establecen que el proceso de descentralización debe implementarse sobre la base de los siguientes ejes: i) elección popular de autoridades regionales e instalación de gobiernos regionales como punto de partida del proceso de regionalización; ii) transferencia progre-

¹⁵ Véanse los artículos 189° y 190° de la Constitución.

¹⁶ J. ZAS FRIZ BURGA, *La continuidad crítica. Balance del diseño normativo e institucional del actual proceso peruano de descentralización (2002-2008)*, Lima, Palestra, 2008, p. 399.

¹⁷ Asimismo, en la línea de lo dispuesto por la Constitución y por la LBD, es preciso mencionar también la Política Octava del Acuerdo Nacional, cuyo objetivo es eliminar el centralismo y construir un sistema de autonomías políticas, económicas y adminis-

siva de responsabilidades del gobierno nacional a los gobiernos descentralizados, con base en las competencias y funciones previstas en la Constitución, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades; y, iii) participación ciudadana en la gestión pública descentralizada.

Habiendo transcurrido casi doce años desde que se adoptó la reforma constitucional y se puso en marcha el proceso de descentralización, es posible afirmar que la evolución de cada uno de los ejes señalados no ha sido uniforme¹⁸; asimismo, desde la gestión que vienen realizando los gobiernos descentralizados, la forma en la que se ha venido desarrollando la articulación entre los tres niveles de gobierno y los casos que ha resuelto el Tribunal Constitucional, se evidencian problemas jurídicos constitucionales que requieren ser atendidos; en particular, la falta de claridad en el alcance de las competencias, sobre todo en el caso de las competencias compartidas por los tres niveles de gobierno. Es decir, la posibilidad de precisar qué le corresponde realizar a cada nivel de gobierno en materias salud, educación, ambiente, promoción del desarrollo económico, promoción de la igualdad de oportunidades, etc.

62

3. La jurisprudencia constitucional en materia de descentralización: los aportes y los retos

De acuerdo con el artículo 43° de la Constitución, el gobierno del Estado peruano es unitario y descentralizado, y se organiza conforme al principio de separación de poderes. En esa línea, la Ley N° 27680, al reformar el capítulo

trativas, con base en los principios de subsidiariedad y complementariedad entre los niveles de gobierno nacional, regional y local. Así, a la luz de dicho objetivo, se establece el compromiso de desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa del Estado, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales.

¹⁸Al respecto véanse: PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, *Informe anual 2012 y balance del proceso de descentralización 2002-2012*, Lima, 2013, pp. 235-242; COMISIÓN DE DESCENTRALIZACIÓN, REGIONALIZACIÓN, GOBIERNOS LOCALES Y MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN DEL ESTADO, *Evaluación del proceso de descentralización. A 10 años de su inicio. Informe anual del periodo legislativo 2012-2013*, Lima, 2013, pp. 71-76; ASAMBLEA NACIONAL DE GOBIERNOS REGIONALES, «A propósito del Plan Nacional de Descentralización 2013-2016: elementos para la agenda descentralista», en *Boletín*

XIV de la Constitución de 1993¹⁹, plasmó las bases de la distribución territorial del poder del Estado peruano, estableciendo tres niveles de gobierno para el Estado peruano; el gobierno nacional, a través del Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y los gobiernos locales o municipalidades, tanto provinciales como distritales. Asimismo, la Constitución, la LBD, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR)²⁰, la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)²¹ y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE)²² desarrollan las competencias que les corresponde a cada uno de estos tres niveles de gobierno. Además, de acuerdo con el artículo 13° de la LBD, estas competencias pueden ser de tres tipos: i) competencias exclusivas, cuyo ejercicio corresponde de manera excluyente a un nivel de gobierno; ii) competencias compartidas, que supone que los niveles de gobierno compartan responsabilidades específicas, identificadas por sus correspondientes leyes orgánicas, para la prestación de un servicio o bien a la ciudadanía, o el cumplimiento de ciertas funciones; y, iii) competencias delegadas, que son aquellas que, correspondiendo a un nivel de gobierno, este delega en otro de distinto nivel a través de un convenio, y en cuya virtud el delegante queda obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada pero mantiene la titularidad de la competencia, aunque la competencia la ejerce el nivel de gobierno que recibe la delegación.

En esa línea, y con la finalidad de que los niveles de gobierno ejerzan de manera armónica sus competencias desarrolladas en la Constitución y en sus respectivas leyes orgánicas, los artículos 14° y 15° de la LBD establecen criterios para la distribución y transferencia de competencias entre los tres niveles de gobierno²³. En esa línea, el artículo 15° establece que el tipo de competencia de

Informativo, núm. 4, Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, mayo 2013, pp. 8-10; RED DE MUNICIPALIDADES URBANAS Y RURALES DEL PERÚ, *Descentralizar para incluir. Propuesta*, Lima, 2013, en «<http://www.remurpe.org.pe/categoria-noticias/936-descentralizar-para-incluir-propuestas>»; y, PROGRAMA PRO DESCENTRALIZACIÓN DE USAID, *Informe anual del proceso de descentralización 2012*, Lima, 2013, pp. 95-106.

¹⁹ Ley de Reforma Constitucional, publicada el 6 de marzo de 2002.

²⁰ Ley N° 27867, publicada el 18 de noviembre de 2002.

²¹ Ley N° 27972, publicada el 27 de mayo de 2003.

²² Ley N° 29158, publicada el 20 de diciembre de 2007.

²³ El artículo 14° específicamente establece que las competencias de los tres niveles de gobierno se rigen por la Constitución y la propia LBD, mientras que la asignación y

cada nivel de gobierno (exclusivas y compartidas) se encuentra establecido en la Constitución, la propia LBD y las correspondientes leyes orgánicas. Sin embargo, previendo que, como sucede en todo Estado unitario y descentralizado²⁴, se puedan suscitar conflictos en el ejercicio de las competencias atribuidas normativamente a cada nivel de gobierno, el artículo 16º de la LBD también dispone que en los casos de conflictos de competencia que se generen entre los niveles de gobierno, estos debe resolverlos el Tribunal Constitucional. De esta forma, como corresponde a los contenidos constitucionales, la distribución de competencias entre niveles de gobierno se encuentra garantizada de forma reforzada.

La posibilidad de que surjan conflictos en la interpretación de las normas legales y constitucionales que regulan las competencias y funciones de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local), y por ende conflictos entre estos niveles de gobierno, es parte de la normalidad del discurrir de la vida institucional de un Estado unitario y descentralizado, dado el carácter no solo administrativo sino político de la descentralización. Sin embargo, la posibilidad de conflictos entre niveles de gobierno en la interpretación del alcance de sus competencias también se puede explicar a partir de la indeterminación de los enunciados normativos (los dispositivos normativos), cuyo sentido puede ser aprehendido a través de diversos métodos de interpretación jurídica; así «en la mayor parte de los casos un enunciado normativo expresa significados diversos según sea examinado por uno u otro método interpretativo (por ejemplo, el argumento *a contrario* o el argumento analógico)»²⁵. Asimismo, en la medida que los enunciados jurídicos están compuestos por el lenguaje, se contagian de su vaguedad o textura abierta, que es una característica propia y objetiva del len-

transferencia de competencias a los gobiernos regionales y locales se debía regir por los criterios de: subsidiariedad; selectividad y proporcionalidad; provisión y concurrencia. De igual modo, en el caso de las competencias compartidas, dispone que cada nivel de gobierno actúe de forma oportuna y eficiente, cumpliendo a cabalidad las acciones que le corresponden y respetando el campo de atribuciones de los otros niveles de gobierno.

²⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución y las autonomías territoriales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, pp. 25-28.

²⁵ R. GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 33.

guaje²⁶; por ello, no es difícil que se susciten interpretaciones disímiles frente a los enunciados normativos de la LBD, la LOGR y la LOM. Sobre todo porque el contexto en el que se aprobaron estas normas fue especialmente complejo en términos políticos.

En efecto, la LBD y las mencionadas leyes orgánicas fueron aprobadas de forma rápida y sin mucho espacio para la discusión técnica sobre el diseño, articulación y alcances de las competencias que tendría cada nivel de gobierno²⁷. La premura en la emisión de las normas obedeció al anuncio presidencial, en julio de 2001, de iniciar el proceso de descentralización y a la convocatoria a elecciones para la instalación de los primeros gobiernos regionales en enero de 2003, así como a la efervescencia y presión políticas que existieron en torno a dar inicio al proceso²⁸. En ese contexto, para poder arribar a consensos políticos rápidos en torno a las distintas disposiciones sobre las competencias y funciones de los gobiernos regionales y locales²⁹, las normas fueron redactadas de forma abierta y en algunos casos de manera indeterminada, posibilitando los conflictos de competencias y la posibilidad de varios sentidos interpretativos.

En ese escenario se destaca la labor que, desde el inicio del proceso de descentralización, ha cumplido el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia; vale decir, cuando le ha correspondido establecer parámetros y criterios adicionales para la interpretación que regulen las competencias y funciones de los tres niveles de gobierno, y en particular cuando esos criterios han sido útiles para resolver casos donde el conflicto político propio del proceso de descentralización se traslada al ámbito político. En esa línea, en los siguientes párrafos enunciamos los aportes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la marcha del proceso de descentralización.

²⁶ *Ibid.*, p. 34.

²⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *op.cit.*, pp. 40-47.

²⁸ «Mensaje presidencial de Alejandro Toledo Manrique al Congreso de la República», Lima, 28 de julio de 2001, p. 9, consultado el 15 de septiembre de 2014, en «<http://www.congreso.gob.pe/museo/mensajes/Mensaje-2001-2.asp>».

²⁹ M. TANAKA, *La dinámica de los actores regionales y el proceso de descentralización: ¿el despertar del letargo?*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2002, pp. 24-28, consultado el 15 de septiembre de 2014, en «<http://archivo.iep.pe/textos/DDT/ddt125.pdf>».

3.1. Contenido de la fórmula política del Estado unitario y descentralizado

Un primer aporte importante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al proceso de descentralización ha sido darle un contenido al mandato constitucional consagrado en el artículo 43° de la Constitución, que le confiere al Estado peruano una organización –y ciertamente funcionamiento– de Estado unitario y descentralizado. Así, en comparación con otros tipos de fórmulas de distribución del poder estatal territorialmente, ha señalado que «Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es “unitario descentralizado”, sino “unitario y descentralizado” [...] profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta [...] “unitario descentralizado” es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, mas no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía [...] nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192°.6 y 200°.4 de la Constitución)»³⁰. De esa forma ha resaltado que estamos frente a un solo Estado que ha optado por la descentralización en términos políticos y de poder, por lo que se reconoce autonomía política tanto a las municipalidades como a los gobiernos regionales.

66

Esa dimensión política de la descentralización peruana se evidencia no solo en la elección democrática de las autoridades locales y regionales, sino también en la posibilidad de dictar normas que, como veremos, tienen rango de ley. De ahí que la descentralización nos sitúa frente a un sistema jurídico complejo, porque « acepta la convivencia de subsistemas normativos [dado que] la creación de gobiernos regionales y locales, cada uno con competencias normativas propias, comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como go-

³⁰ Véase, entre otras, la STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 38.

biernos regionales y locales puedan existir. Este derecho regional y local, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada instancia de gobierno (regional o local) y, además, se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente a la LBD y a la LOGR»³¹.

A pesar de los límites a la facultad normativa de los gobiernos regionales y locales que el Tribunal Constitucional señala, la complejidad que adopta el sistema jurídico peruano y la indeterminación en la que se encuentran formuladas algunas disposiciones sobre sus competencias no evita la posibilidad de conflictos constitucionales. De ahí que sea importante también que el Tribunal Constitucional haya delimitado el alcance de la autonomía reconocida a los gobiernos regionales y locales.

3.2. Identificación del alcance de la autonomía regional y local garantizada en la Constitución

Otro aporte importante de las sentencias del Tribunal Constitucional que se ha dado desde el inicio del proceso de descentralización ha sido delimitar cuál es el alcance y los límites de la autonomía reconocida en la Constitución a los gobiernos regionales y locales. Así, por ejemplo, en el caso de las municipalidades, ha precisado que la autonomía «supone capacidad de autodesenvolvimiento en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales [pero] no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial [la autonomía municipal], quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables [...] Y es que la capacidad de autogobierno, esto es, el desenvolvimiento con libertad y discrecionalidad, no significa dejar de pertenecer a una estructura general de la cual se forma parte en todo momento, que está representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige. Por su propia naturaleza, la autonomía hace referencia a un poder limitado, en el que se ejercita un conjunto de atribucio-

³¹ Véase, entre otras, la STC N° 047-2004-AI/TC, fundamentos 117-118.

nes, pero respetando el principio de unidad del Estado, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 43° de la Constitución»³².

A través de esa sentencia temprana, el Tribunal Constitucional vincula el concepto de autonomía con la pertenencia de los gobiernos locales a una organización política y jurídica mayor, como es el Estado peruano y el ordenamiento constitucional; así como con la fórmula política descrita en el artículo 43° de la Constitución³³. De ahí que en adelante seguirá refiriéndose a la autonomía municipal y regional como la garantía que «les permite desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos), pero que no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias, pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal [...] no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel»³⁴.

68

En efecto, la autonomía regional y local, como garantía institucional se consolida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la capacidad de autogobierno y discrecionalidad, pero también se afirman sus límites, puesto que los gobiernos regionales y locales deben ejercerla considerando que pertenecen a «una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este [...] tanto el Gobierno Nacional como el Regional y el Local po-

³² Véase la STC N° 0010-2001-AI/TC, fundamento 4.

³³ En efecto, «El artículo 191° de la Constitución garantiza el instituto constitucional de la autonomía municipal, en sus ámbitos político, económico y administrativo, en los asuntos de su competencia [...] se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno. Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico». STC N° 0007-2002-AI/TC, fundamento 9. Véase también la STC N° 0053-2004-PI/TC, fundamento 3.

³⁴ STC N° 0007-2001-AI/TC, fundamento 6.

seen autonomía a nivel del Derecho Público Interno, pero solo el Gobierno Nacional detenta la soberanía a nivel del Derecho Público Internacional»³⁵.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la autonomía regional y local es una garantía para que los gobiernos descentralizados puedan cumplir cabalmente con sus competencias constitucionales, pero también ha indicado que el alcance de la autonomía en cada una de ellas no tiene la misma intensidad. En esa línea, ha sostenido que «Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue [...] autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales [o regionales]. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad [...] los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional, más aún si se tiene en cuenta que esta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia»³⁶.

Sin embargo, esta delimitación que establece el Tribunal Constitucional no resulta tan clara en el caso de las competencias compartidas, en donde la LOM o la LOGR no han establecido de forma clara hasta dónde se extienden las funciones de cada nivel de gobierno. Por ejemplo, el artículo 51º, inciso e, de la LOGR dispone que corresponde a los gobiernos regionales desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción; mientras que el artículo 53º, inciso a, establece que los gobiernos regionales deben formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar planes y políticas en materia ambiental y de ordenamiento territorial. Estas dos funciones atribuidas a los gobiernos regionales están directamente vinculadas con la gestión del territorio y los intereses de los departamentos.

El ordenamiento territorial permite conocer, por ejemplo, qué zonas del territorio pueden ser destinadas o no a una determinada actividad económica; en esa medida, tendría que alinearse con la función de garantizar el uso

³⁵ STCNº 0002-2005-PI/TC, fundamento 32.

³⁶ *Ibid.*, fundamento 37.

sostenible de recursos de un departamento. Asimismo, estas acciones podrían ser una manifestación de las competencias exclusivas de los gobiernos regionales conforme al artículo 35° de la LBD, dado que este artículo señala que es competencia exclusiva del gobierno regional planificar el desarrollo integral de su región, así como formular y aprobar un plan de desarrollo regional concertado. En esa medida, en este ejemplo, ¿cuál sería la intensidad de la autonomía de un gobierno regional respecto a estas funciones que forman parte de competencias que comparte con el gobierno nacional (competencias agraria y ambiental), pero que también están relacionadas con dos de sus competencias exclusivas? Es preciso plantearse esta pregunta porque el artículo 66° de la Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de toda la nación. ¿Cuál sería la interpretación que debe darse a las funciones y competencias del gobierno regional?, ¿deberá ser el legislador el que module la intensidad de la autonomía en estas materias?, y ¿si el criterio de razonabilidad basta para identificar los límites del legislador en esta materia? Estas son, precisamente, algunas preguntas que, de presentarse el caso, el Tribunal Constitucional tendría que abordar para seguir contribuyendo con el proceso de descentralización.

3.3. Identificación del rango legal de las ordenanzas regionales y municipales en el ámbito de sus competencias y territorio

Un aspecto de la autonomía política regional y municipal es la definición, por parte del Tribunal Constitucional, de la posición que ocupan las normas que expiden los gobiernos regionales y locales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano. El Estado unitario y descentralizado se caracteriza por tener más de una fuente normativa y, por ende, tener un ordenamiento jurídico complejo; por lo que es importante que el Tribunal Constitucional haya sostenido que «sobre la base de su autonomía política, los gobiernos regionales se constituyen en los órganos productores de normas regionales de carácter general con rango de ley, las cuales en nuestro sistema de fuentes se denominan ordenanzas regionales, conforme al artículo 37° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Regiones [...] Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia»³⁷.

³⁷ STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 28; STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 68.

En similar sentido se ha pronunciado respecto a las ordenanzas municipales, al indicar que «las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal [...] La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga—artículo 200°, inciso 4, de la Constitución—. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía»³⁸. De esta forma, no solo se afirma que es la Constitución la que establece el rango de las ordenanzas, sino que también el Tribunal Constitucional, como ha sucedido en otros Estados unitarios y descentralizados, complementa el principio de jerarquía normativa con el principio de competencia, que es de especial importancia por la distribución territorial de competencias y la facultad legislativa³⁹.

3.4. Principio de competencia como criterio de articulación entre las fuentes de los diferentes subsistemas normativos del Estado unitario y descentralizado

Como se ha adelantado, el principio de jerarquía normativa, como principio de ordenación de las distintas fuentes normativas del sistema jurídico peruano⁴⁰, no es el único que corresponde ser aplicado en el caso de ordenamientos jurídicos complejos en el que concurren más de un órgano con facultades normativas para emitir normas con rango legal, como sucede con las municipalidades y los gobiernos regionales. En tales casos, «si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con estas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia», tal como se desprende de los artículos 189° y

³⁸ STC N° 0003-2004-AI/TC, fundamento 6.

³⁹ I. de OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 7° reimpresión, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 92-93.

⁴⁰ Este principio se encuentra reconocido en el artículo 51° de la Constitución, que no solo garantiza el principio de supremacía constitucional.

192° de la Constitución, que delimitan la actuación regional al ámbito competencial constitucionalmente y legalmente garantizado (lista de materias), pero también a que su ejercicio se realice en armonía con las políticas públicas y planes regionales, y sin interferir en el ejercicio de las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191° de la Constitución)⁴¹.

En esos casos, el principio de competencia resulta de especial relevancia no solo para articular las distintas normas con rango legal, sino también para resolver potenciales conflictos normativos que se susciten entre las normas que aprueba un gobierno regional o local en relación con el gobierno nacional. Ello, debido a que «conforme al principio de competencia [...] en el ámbito competencial de las regiones [la lista de materias], la norma regional excluye a la norma del gobierno central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (*v. g.* del gobierno local). A su vez, en el ámbito de competencia del gobierno nacional, quedan excluidas las normas regionales y locales, y así sucesivamente»⁴².

El principio de competencia, entendido como la relación de materias y tipo de competencias que constitucional y legalmente se han reservado a cada uno de los niveles de gobierno, forma parte de la metodología a la que recurre el Tribunal Constitucional para dar solución a casos en los que se suscitan interpretaciones enfrentadas sobre el alcance de las competencias y funciones que le corresponde a cada nivel de gobierno. Estas interpretaciones generalmente están plasmadas en ordenanzas regionales y municipales cuya constitucionalidad ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional. De ese modo, el principio de competencia se inserta en el denominado test de la competencia⁴³ y ha sido

⁴¹ STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamentos 59-60.

⁴² El principio de competencia, como criterio de articulación del sistema de fuentes, tiene como base la existencia de una pluralidad de autoridades facultadas para expedir normas que formalmente tienen el mismo rango, aunque, algunas veces, no tengan el mismo ámbito de vigencia y aplicabilidad territorial, como sucede en el caso del Perú como Estado unitario y descentralizado. Véase la STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamentos 121-123.

⁴³ S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las comunidades autónomas*, t. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 72 y ss.

empleado en diversos casos por el Tribunal Constitucional que, en el desarrollo del proceso de descentralización, debe cumplir funciones de ordenación, pacificación e integración del Estado unitario y descentralizado⁴⁴.

3.5. Adopción del *test de la competencia* para resolver conflictos entre niveles de gobierno

A partir de la sentencia en la que se cuestionó la constitucionalidad de las ordenanzas regionales de Cusco y Huánuco⁴⁵, el Tribunal Constitucional declaró que «De conformidad con dicho test, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada prevista en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. También cabe recurrir a las cláusulas generales, es decir, a las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales»⁴⁶. En ese marco, y con la finalidad de brindar a los tres niveles de gobierno criterios que los orienten en el ejercicio de

⁴⁴ C. LANDA ARROYO, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra, 2011, p. 74.

⁴⁵ La Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, expedida por el presidente del Gobierno Regional de Cusco, declaró la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1°). Asimismo, reconoció como zonas de producción tradicional de carácter legal de la planta de la hoja de coca a los valles de La Convención y Yanatile, de la provincia de Calca, y Qosñipata, de la provincia de Paucartambo, del departamento de Cusco (artículo 2°), y declaró a la planta de la hoja de coca como un bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas (artículo 3°). Por su parte, la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH, promulgada por la presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, declaró a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la región de Huánuco; mientras que la Ordenanza Regional N° 027-2005-E-CR-GRH, promulgada por la misma presidenta, declaró la legalidad del cultivo de la hoja de coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita. Véanse la STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados) y la STC N° 0006-2008-PI/TC.

⁴⁶ STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 33.

sus funciones, el Tribunal Constitucional desarrolló cada uno de los principios que componen el mencionado test, en particular: i) el principio de unidad estatal; ii) el principio de cooperación y lealtad regional⁴⁷; iii) el principio de taxatividad y cláusula residual⁴⁸; y, iv) el principio de competencia⁴⁹. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha previsto criterios complementarios o derivados de los principios enumerados.

⁴⁷ Este principio está referido a que el ejercicio de las competencias por parte de los gobiernos regionales «deberá realizarse en los términos que establece la Constitución y las leyes orgánicas, “preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación” (artículo 189° de la Constitución), coordinando “con las municipalidades sin interferir en sus funciones y atribuciones” (artículo 191° de la Constitución). En suma, en “armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo” (artículo 192° de la Constitución) [...] un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales. Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales». Para el Tribunal Constitucional, este principio «se deriva implícitamente de los artículos 189°, 191° y 192° de la Constitución. Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenera en uno de desintegración, en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191°) con los de autarquía o soberanía interna». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamentos 41-43.

⁴⁸ De acuerdo con este principio, en el Estado unitario y descentralizado «la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado, y consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional [...] Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad)». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamentos 48-49.

⁴⁹ En relación con el principio de competencia, es necesario mencionar que para la identificación del ámbito de competencias de los gobiernos regionales y locales, además de la Constitución, deberá tenerse en cuenta el denominado bloque de constitu-

En esa línea, se encuentra el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, que en estricto está vinculado a la forma en la que el gobierno nacional va transfiriendo nuevas responsabilidades de los gobiernos regionales y locales⁵⁰. De igual modo, el Tribunal Constitucional ha identificado el principio del efecto útil y poderes implícitos, que supone que cada vez que la Constitución o una norma con rango de ley ha atribuido una competencia a los gobiernos descentralizados, «esta contiene normas implícitas de subcompetencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad [...] así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución, no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188° de la Constitución)»⁵¹.

La claridad con la que se han enunciado (y en algunos casos aplicado), los principios que forman parte del test de la competencia, no ha evitado que

dad, *prima facie* integrado por la LOM, la LOGR y la LBD, pero que puede ser complementado con normas legales de carácter sectorial. Así, «existe un parámetro, por así decirlo, “natural” del control de constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la LBD y la LOGR. Pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede encontrarse conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que bien podría denominarse parámetro “eventual” de constitucionalidad». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 71.

⁵⁰ De acuerdo con este principio, sobre «el legislador nacional pesa un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, conforme enuncia el artículo 188° de la Constitución; en la medida, claro está, que exista disponibilidad presupuestal y de gasto público para tales efectos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución)». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 78.

⁵¹ STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamentos 75-76.

surjan casos posteriores en los que los gobiernos regionales y locales, sobre la base de competencias y funciones enunciadas en su correspondiente ley orgánica, hayan adoptado normas que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Así, a manera de ejemplo, basta recordar el caso de la ordenanza regional que declaró inviable el proyecto minero Conga⁵², el caso de la ordenanza municipal de Fajardo que prohibió la concesión de licencias de explotación minera en la provincia⁵³ y el caso de la ordenanza regional de Cusco que declaró como área de no admisión de denuncios mineros toda la región de Cusco⁵⁴.

Paradójicamente, en dos de los casos mencionados, el sustento de las ordenanzas regionales y municipales estuvo vinculado a materias como el ordenamiento territorial que permite conocer el uso sostenible de recursos del departamento. Asimismo, podrían haberse sustentado en el cumplimiento de las competencias exclusivas de planificar el desarrollo integral de su región, y formular y aprobar los planes de desarrollo regionales concertados. Todas ellas, como antes hemos revisado, se basan en artículos e incisos específicos de la LOGR, los mismos que no recibieron de parte del Tribunal Constitucional especial atención y, por ende, una interpretación específica que permita su aplicación armónica con normas legales de carácter sectorial que también eran aplicables a los casos (en particular, cabe mencionar: la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821; el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-92-EM; la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Ley N° 27446 modificada por el Decreto Legislativo N° 1078; y, la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338). Adicionalmente, el Tribunal Constitucional también examinó las ordenanzas regionales sobre la base de normas de carácter reglamentario y, de esa manera, las incluyó en el bloque de constitucionalidad.

76

Asimismo, en los casos citados se evidencian las tensiones medioambientales que actualmente forman parte de la dinámica de Lima, como centro

⁵²STC N° 0001-2012-PI/TC.

⁵³STC N° 0008-2010-PI/TC.

⁵⁴STC N° 0009-2010-PI/TC.

de las decisiones más importantes del poder político, y los departamentos; llegándose, en algunos casos, al nivel de conflictividad social⁵⁵. En ese escenario y en casos similares, el Tribunal Constitucional tendrá el reto, por ejemplo, de afinar su análisis respecto a qué tipo de normas pueden incorporarse al bloque de constitucionalidad; sobre todo evaluar el caso de los decretos supremos y si es posible una lectura armónica de las leyes sectoriales y los dispositivos de la LOM y la LOGR que regulan las competencias y funciones de los gobiernos descentralizados, considerando que la aplicación de la normativa sectorial no tendría que acabar desplazando al bloque de constitucionalidad que normalmente es conformado por las leyes orgánicas; y si el principio de efecto útil y poderes implícitos realmente está siendo aplicado en casos como los mencionados.

4. Reflexiones finales

El cabal funcionamiento del Estado unitario y descentralizado, así como la continuidad del proceso de descentralización, qué duda cabe, obedecen a mandatos constitucionales. Sin embargo, puede decirse que no son un fin en sí mismos, sino que son los medios constitucionales para alcanzar la meta de que nuestro país sea desarrollado y ofrezca más e iguales oportunidades a toda su ciudadanía; así como también los medios para cumplir los fines primordiales del Estado, como son alcanzar el bienestar general y la realización de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución, relativo a los fines primordiales del Estado). En esa línea, en cumplimiento de su papel ordenador y pacificador, el Tribunal Constitucional debe seguir aportando en la interpretación y aplicación de las competencias de los tres niveles de gobierno.

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido los principales postulados teóricos respecto a cómo debe organizarse y funcionar un Estado unitario y descentralizado; pero todavía la aplicación de dichos

⁵⁵ Al mes de agosto, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, en el país existen 205 conflictos sociales, de los cuales 162 están activos (79 %) y 43 en estado de latencia (21 %); asimismo, del total de los conflictos, 132 corresponden a conflictos de carácter medioambiental. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Reporte de conflictos sociales*, núm. 126, agosto de 2014, pp. 5-8.

criterios y postulados demanda una lectura más fina del ordenamiento jurídico. No basta con la sola aplicación de normas legales de carácter sectorial para resolver los casos, pues, en la práctica, se corre el riesgo de diluir el reparto de competencias y funciones entre niveles de gobierno que el texto constitucional ha establecido.

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*

DANTE PAIVA GOYBURU**

SUMARIO

1. Introducción; 2. La representación política en el Estado social y democrático de derecho. Concepto; 3. Derecho a la participación en la vida política; 4. El derecho fundamental a ser elegido representante y los parámetros fijados; 5. ¿Qué dice el Tribunal Constitucional?; 6. Balance general.

1. Introducción

Vistas en conjunto, la carencia de diálogo y canales de participación con los grupos desfavorecidos de la sociedad peruana explica, por ejemplo, los acontecimientos del 5 de junio de 2009, en la ciudad de Bagua, departamento de Amazonas. Por ello sostenemos que las políticas estatales están permitiendo que convivamos de espaldas a dichos grupos, los cuales reclaman, con sobrada razón, espacios de participación. Entre ellos podemos encontrar a las mujeres, los pueblos indígenas, las minorías sexuales y otros grupos que se consideran, por su particular condición, en desventaja, indefensión o peligro. No obstante, de una manera general, debe asumirse que dentro de los presupuestos fundacionales de la democracia y el Estado de derecho se encuentra la racionalidad de las personas de poder suscribir acuerdos a partir del diálogo y la posibilidad de que las medidas y las acciones políticas que se adopten repercutan en un beneficio tangible para las mayorías y el país en general.

79

* Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

** Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en cuya casa de estudios es docente universitario.

Es por ello que los temas sobre participación y representación (o representatividad) política involucran una preocupación de mayor compromiso, esto es, una polémica permanente hacia la mejora de los mecanismos de corte democrático que permitan conocer el sentido de la voluntad general, pero que dicha voluntad adopte sus decisiones con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. Antes de abordar un estudio de este género, es necesario plantear algunas inquietudes. En ese orden de ideas, el fenómeno de la participación política y el gobierno representativo son temas de suma actualidad, sobre todo en el contexto de la integración que asumen diversas naciones en Europa y América, y que enfrentan bajo los logros de su civilización a las tendencias ideológicas totalitarias y fundamentalistas –verdaderas debilidades políticas– que amparan sistemas avasallantes y detractores de la democracia igualitaria, trastocando de esa forma la vida de los ciudadanos¹.

2. La representación política en el Estado social y democrático de derecho. Concepto

80 Sin lugar a dudas, el campo de actuación de la representación (del latín *representare*=hacer presente, representar) política –el hilo conductor y de conexión– es el Estado social y democrático de derecho. Y, en clave histórica, el influjo de Johannes Althusius (1557-1638) fue decisivo². En efecto, la mutación que se presenta en línea ascendente de la democracia ateniense a la república romana, y luego de la representación medieval a la representación moderna,

¹ Vid. G. LE BRAZIDEC, «Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos», en H. A. CONCHA CANTÚ (coordinador), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 347-381. También resulta de sumo provecho el libro de A. GARRORENA MORALES, *Representación política y Constitución democrática. Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación*, Madrid, Civitas, 1991. «Epílogo» de Manuel Aragón Reyes.

² Para mayor detalle, *vid.* H. HOFMANN, «La representación en la teoría del Estado premoderna. Sobre el principio de representación en la “política” de Johannes Althusius», en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, núm. 3, 2004, pp. 37-40. Número monográfico dedicado a la representación política.

nos demuestra cómo, andando el tiempo, se ha ido consolidando la representación política hasta alcanzar un grado de complejidad que se manifiesta hoy en día en el Estado social y democrático de derecho³.

Por tanto, siendo la democracia un concepto multívoco, la [teoría de la] representación política también tiene un alcance amplio, por lo que resulta complicado intentar una definición, máxime si nos encontramos todavía en el umbral del siglo XXI, en donde la democracia gobernante y la democracia gobernada en las sociedades civiles homogéneas siempre tienden a oscilaciones y a cambios permanentes, pese a que lo que se pretende es la estabilidad política. Vistas así las cosas, el concepto de *representación* se aplica en muchas acepciones distintas. En la acepción general (y en la filosófica) contiene el acto de que algo que no está presente se hace presente. En el sentido político del derecho estatal, la representación no solamente es un acto simbólico, sino un principio o una técnica de basar el ejercicio del poder político en la aprobación de los gobernados. En principio, asigna al pueblo como decisión inmediata solamente la elección entre personas que no tienen ningún cargo representativo⁴.

Así planteada la cuestión y sin descuidar los aspectos metodológicos, podemos sostener que la representación política es el resultado del proceso mediante el cual una comunidad ha seleccionado y ha elegido a alguno o algunos de sus miembros para que se hagan cargo, defiendan y argumenten, los temas y los intereses que son comunes. Así, la comunidad lo hace su representante y lo coloca en un órgano de discusión y decisión del gobierno⁵.

3. Derecho a la participación en la vida política

Con el siglo XX y la adopción de la filosofía que alumbró la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se extendió de manera universal

³ Por todos, *vid.* F. RODRÍGUEZ ADRADOS, *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, 2º ed., Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997.

⁴ *Vid.* voz «Representación», a cargo de Ulrich von Alemann y Dieter Nohlen, en D. NOHLEN, *Diccionario de ciencia política*, t. II (J-Z), México D. F., Porrúa-Colegio de Veracruz, 2006, pp. 1216-1219.

⁵ *Vid.* voz «Representación política», a cargo de José Woldenberg y Ricardo Becerra, en *Diccionario electoral*, 2º ed., t. II, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de

la imperiosa necesidad de fomentar la participación de las personas en los Estados occidentales; de esta manera, en el artículo 21° de la referida Declaración, se reconoce que «Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos».

Pero se impone todavía una observación. En el plano de la vida cotidiana, diariamente se interactúa con diversas organizaciones, en las que participan varias personas, cada una de las cuales asume intereses y argumentos propios que pueden tener correlación o no con las posturas de sus pares. En el trabajo, la escuela, la misma familia y otro tipo de instituciones representativas se hace necesario arribar a consensos para que puedan concretarse metas en común para fines provechosos.

De esta forma, continuamente estamos enfrentando un desafío: adoptar una decisión, pero esperando que los motivos y el resultado de esta sean capaces de asimilarse a las decisiones de otras personas y, en caso de no alcanzar un consenso mayoritario, se procure ceder o negociar para conseguir el acuerdo. Para ello es menester articular la democracia representativa sobre la base de la representación y de las representatividades sin trastocar el molde esquemático que ofrecen las organizaciones políticas.

Por lo demás, la tarea es particularmente complicada cuando no se pueden conocer a cabalidad las intenciones de todos los participantes en la toma de decisiones. Si bien como seres humanos tenemos a la lógica y a la razón para regir nuestro comportamiento, estas no siempre se toman en cuenta, sobre todo desde el momento en que hay de por medio intereses muy personales sobre un hecho que supone la intervención de la mayoría.

En un nivel más grande, sostener acuerdos con millones de individuos en torno a las acciones que se disponen para temas que involucran su destino es una tarea compleja, pero superable. De esta forma, sostenemos que la viabilidad de la democracia en el sistema político vigente se garantiza cuando la liber-

Derechos Humanos, 2000, p. 1099. Desde una perspectiva politológica, *vid.* F. BEALEY, *Diccionario de Ciencia Política*, Madrid, Ediciones Istmo, 2003, pp. 381-382. Traducción del inglés de Raquel Vázquez Ramil.

tad e igualdad de la nación para que pueda intervenir en los asuntos públicos, teniendo como respaldo la legitimidad del voto popular en su designación como funcionario de elección popular, son respetadas plenamente⁶.

Hemos de recordar, sin embargo, que la cuestión resulta de suma actualidad en estos tiempos, al presentarse ciertas controversias respecto de la pertinencia de emplear los sustentos de la democracia para determinadas iniciativas, pues tal como se ha señalado «[...] la democracia sería el fundamento de la limitación del poder de la mayoría y, así, el Estado constitucional vendría a constituir la juridificación de la democracia. Sin embargo, quien esgrime el ideal democrático con el objetivo de formular algún tipo de objeción al constitucionalismo se estaría equivocando»⁷.

En este sentido, para el caso peruano, el derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución de 1993, de acuerdo con el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, contenido en la sentencia recaída en el Exp. N° 5741-2006-AA, «constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que este derecho no se proyecte de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extienda hasta la participación de la persona en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Ese es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un *proceso de elección* por un colectivo de personas».

⁶ Sobre el tema, *vid.* las reflexiones de G. SARTORI, *Teoría de la democracia*, 2 tomos, Madrid, Alianza Editorial, 1988. Traducción del inglés de Santiago Sánchez González.

⁷ *Vid.* M. I. GARRIDO GÓMEZ, «Los operadores jurídicos y la democracia», en M. I. GARRIDO GÓMEZ, y R. RUIZ RUIZ (editores), *Democracia, gobernanza y participación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 146.

Para nosotros es evidente la trascendencia y el interés capital de la representación política que surge a raíz de la participación, la cual constituye un principio y un valor inherente a la noción y esencia misma de la democracia. Sin embargo, en contextos como el del Perú, donde el ejercicio del sufragio no está exento de polémicas y discusiones, corresponde promover un mayor énfasis en la cultura cívica que permita instruir a los ciudadanos, a nivel de la formación elemental, sobre la importancia que reviste una adecuada elección de sus representantes mediante el sufragio. Para el desarrollo de la democracia en Occidente, un papel elemental lo cumple la labor que desempeñan los partidos políticos, los cuales deben constituir la referencia organizacional sustancial para la difusión y mejora de la democracia en cada nación.

En el Perú, respecto de los partidos políticos, se han presentado avances; así, tenemos la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, norma en donde se les reconoce como «asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado [...]», señalándose además que los mismos expresan el pluralismo democrático⁸.

84

Merece la pena mencionar, asimismo, que el estudio de los partidos políticos es una tarea inagotable y permanente, por el bien mismo de la democracia. Estos no están exentos de problemas o vicios, pues se ha señalado que «Como organizaciones cuyo fin es alcanzar el poder político, y que además aglutinan un número elevado de militantes o simpatizantes, requieren de una fuerte estructura organizativa, en muchos casos especializada, y ello conduce, nos han explicado numerosos politólogos, a la mencionada oligarquización»⁹.

Se admite hoy día que en el seno de la teoría de la democracia, un aspecto resaltante y vital para el sostenimiento del modelo se encuentra en la confianza que inspiran quienes detentan las funciones públicas hacia los goberna-

⁸ Un análisis político y jurídico, centrado en la historia y en los elementos de la realidad, se puede consultar en la obra de M. RUBIO CORREA, *Ley de partidos políticos. Las reglas que nadie quiso aprobar*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. Antecede «Prólogo» de Enrique Bernal Ballesteros.

⁹ Vid. J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *Estado de partidos: participación y representación*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 61-62.

dos. A partir del esquema de Rousseau, se aprecia en cada individuo un valioso integrante de la comunidad que constituye el fin último de la sociedad, por lo que el trabajo organizado que se realice en esta debe asegurar las mejores condiciones para la supervivencia de la comunidad.

Sin embargo, es cierto que la confianza también puede ser menoscabada, y dentro de los diversos factores que repercuten negativamente en las expectativas de la comunidad se encuentra la corrupción, fenómeno de negatividad impactante porque al generarse por el indebido aprovechamiento de las funciones y medios gubernamentales para fines egoístas, se distorsiona la visión que debe tener todo aquel que aspira a un cargo o función pública.

En ese orden de consideraciones, pueden advertirse dos aspectos elementales dentro del derecho a la participación en la vida política: i) el nivel educativo de la comunidad, lo que involucra, principalmente, que se tenga conciencia de la importancia e impacto de las decisiones en el sufragio sobre el destino de todos los miembros; y, ii) la formación de vocaciones, porque debe inculcarse en todo momento que la participación política, siendo un derecho fundamental, no puede condicionarse; no obstante sí implica responsabilidad y para ello, quienes participan como electores o elegidos, deben comprometer sus pretensiones al servicio del bienestar general.

Una particular paradoja para el Perú (en realidad, verdadero laboratorio político) está constituida por los conflictos que surgen por la informalidad económica y social, así como por las limitaciones del Estado para poder atender las necesidades elementales de los compatriotas en todos los rincones del país. Se reconoce el derecho a participar políticamente, pero en algunos casos no se fomenta la conciencia ciudadana que permita que los electores se expresen a plenitud sobre sus expectativas en el sufragio.

Esta situación se puede comprobar con el clientelismo y el populismo –tan característico en América Latina– en el que incurrían muchos candidatos, a propósito de la elección de autoridades regionales y locales para el año 2014, quienes realizan ofrecimientos diversos con pocas expectativas para concretarlos¹⁰. Las iniciativas formuladas por los organismos constitucionales autóno-

¹⁰ Un panorama completo se puede ver en D. NOHLEN, «Sistemas electorales y representación política en América Latina», en AA.VV., *Sistemas electorales y representa-*

mos, tales como el Jurado Nacional de Elecciones y su programa INFOGOB, son pertinentes y de necesaria difusión para que las personas cuenten con mejores herramientas para decidir de la mejor forma, asegurando que el voto emitido sea con el conocimiento de las consecuencias de la elección clara y transparente. Pero así como se reflexiona respecto de la informalidad y las limitaciones gubernamentales para llegar a cada rincón dentro de nuestras fronteras, también debe tenerse presente el multiculturalismo propio del Perú, rico en contenido histórico.

A propósito, incidimos con particular énfasis en las consideraciones del multiculturalismo debido a que, a partir del proceso de regionalización iniciado en el año 2002 en el Perú, se establecieron gobiernos regionales con competencias y facultades paralelas a las que había centralizado el gobierno nacional; pero se advierte que fueron implementadas sin la debida evaluación de la preparación de la población de las regiones para asumir responsablemente la elección de sus autoridades.

Igualmente, en ejercicio del derecho de participación política, muchas personas postularon y finalmente fueron elegidas habiendo terminado involucrados extensamente en redes de corrupción, resultando que al mes de septiembre de 2014 el Poder Judicial esté procesando a ocho autoridades regionales por cargos de comisión de presuntos actos irregulares y de corrupción durante su gestión pública.

86

Al ser la descentralización un proceso irreversible, no es viable suspender la organización que se ha adoptado sobre las autoridades regionales y locales. Sin embargo, el derecho a la participación política requiere de políticas complementarias urgentes para que se orienten y ejerzan en beneficio de la comunidad. Así, se ha referido que «centralización y descentralización, lejos de ser ideas antagónicas, no se excluyen la una a la otra, sino que más bien se complementan. La descentralización resulta de un principio de justicia. Consiste en tratar cada uno lo suyo, sea el individuo, el grupo familiar, el grupo profesional, el municipio o la provincia»¹¹.

ción política en Latinoamérica, vol. I, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, 1986, pp. 15-38. Antecede «Presentación» de Salvador Bermúdez de Castro y «Nota» del editor Dieter Koniecki.

¹¹ Vid. J. P. GALVÃO DE SOUSA, *La representación política*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 82. Antecede «Presentación» de Miguel Ayuso.

Es natural cierto temor o recelo hacia las políticas dirigidas a los temas electorales, porque podría entenderse que existe una intención de direccionar los votos por parte del gobierno de turno. A pesar de ello, reformas de esta naturaleza pueden emprenderse con ayuda de la comunidad internacional, como por ejemplo la Organización de los Estados Americanos (OEA). Corolario de todo lo anterior es que, entre las aspiraciones de la OEA, se encuentra el fomento, difusión y protección de la democracia como sistema en América, por lo que dentro de su marco de funcionamiento se han establecido organismos con tareas específicas en materia de sufragio y representatividad política; entre ellos se encuentra el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos, el cual promueve acciones y programas sustentables hacia los países que requieran de asistencia en los temas de sufragio.

De esta forma, es un hecho cierto que el derecho a la participación política, como derecho consagrado en la emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, representa una condición esencial para la viabilidad de la democracia y el respeto de gobernantes y gobernados, con atención a todas las opiniones, pero donde primen los acuerdos que se alcancen. Y en el caso de países como el Perú, deben tenerse en cuenta sus propias particularidades, como su población multicultural, la informalidad y las limitaciones del gobierno para difundir su trabajo y hacer prevalecer los derechos, para asumirse programas y acciones efectivas que renueven la confianza y la fe en las instituciones, actuándose de esta forma cívicamente cuando se emita el sufragio.

4. El derecho fundamental a ser elegido representante y los parámetros fijados

A propósito de los comentarios esbozados sobre ciertas cuestiones que se presentan con algunas autoridades regionales y locales en el Perú, debe hacerse un especial análisis sobre el derecho a ser elegido representante y las observaciones que se puedan formular al respecto, teniendo como norte la dogmática de los derechos fundamentales¹².

¹²Vid. M. A. PRESNO LINERA, «La representación política como derecho fundamental», en *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, núm. 3, 2004, pp. 379-430.

Para eso resulta necesario, siguiendo lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0030-2005-PI, asumir que el derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal, cuyo sustento se encuentra en el artículo 31° de la Constitución Política de 1993, que establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, «de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica», sobre el que se ha aplicado el principio de representación proporcional –entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños– recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado «conforme al sistema que establece la ley», según señala este mismo artículo.

En el ejemplo que hemos referido, por voluntad del propio constituyente peruano, la ley aplicable, en nuestro caso la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, no solo puede sino que debe culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo, específicamente, el de congresista. Al respecto, consideramos indispensable que mediante las leyes de la materia se puedan establecer los criterios específicos aplicables a la elección de representantes, sin que ello vulnere o repercuta negativamente en el ámbito de universalidad que les asiste a los derechos fundamentales. Pero guardando las proporciones, es pertinente traer a colación la constitución histórica, esto es, la que fue consagrada desde los inicios de la República por los próceres y tribunos que asumieron las directrices del establecimiento del Perú como país independiente, y que se ha ido repitiendo en las posteriores normas fundamentales.

En realidad, se pueden considerar, en relación con los cargos de representación política, cuestiones como la no reelección inmediata del presidente de la República, la formación del Congreso elegido por representantes provenientes de las mismas provincias, la posición de los ministros, entre otras cuestiones muy ilustrativas respecto al quehacer político de las autoridades elegidas por la nación. No obstante, debe advertirse que las condiciones del sufragio y el ejercicio de la ciudadanía en el siglo XIX, y aun en buena parte del siglo XX, resultaban censitarias y por ende deslegitimaban a los representantes elegidos bajo las reglas adecuadas en ese entonces. Se puede considerar que este tipo de barreras legales se establecieron para preservar los intereses de un grupo muy reducido, acostumbrado a beneficiarse plenamente del poder político y económico.

Pero con el crecimiento del país y la inclusión, los diversos sectores que integran la nación, configurados a partir de rasgos generales (género, condición económica, nivel de formación, actividad laboral, entre otros), que afinan sus intereses sobre sus aspiraciones, la representación política se convierte en un asunto de vigoroso tratamiento y debate, porque de por medio se tiene la necesidad de establecer una cantidad de representantes, lo cual para efectos de su determinación puede presentar más de una complicación. En tal sentido, se ha establecido la representación proporcional, que consiste en un sistema donde existe correspondencia entre la cantidad de representantes con el total de votos que se han obtenido en los sufragios, bajo una circunscripción determinada sobre la cantidad de habitantes.

La experiencia europea sobre la aplicación del principio de proporcionalidad es ilustrativa. Así, se ha afirmado que «[...] el éxito pleno del escrutinio proporcional es posterior a la Segunda Guerra Mundial, y se afianza con la tercera ola de democratización europea. En menos de un siglo la elección pasa del sufragio restringido (el último en desaparecer: la exclusión de los analfabetos en Portugal en 1974) y el escrutinio mayoritario a la combinación entre sufragio universal y la elección de toda o una parte de la representación parlamentaria mediante escrutinio proporcional. Y ello hasta el punto en que en la fecha ningún país de la Unión Europea elige su representación en el Parlamento Europeo mediante escrutinio mayoritario»¹³.

Para el caso peruano, el sistema de representación proporcional es conveniente, pues conforme se ha señalado, «un sistema de representación proporcional con diversos matices puede reflejar las fuerzas sociales de una sociedad altamente diversificada y, por lo tanto, necesitada de pluralismo político»¹⁴. De esta forma, se garantizan oportunidades para que los diversos sectores que conforman nuestra multicultural sociedad cuenten con un escaño y, por ende, con

¹³ Vid. M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Sobre la proporcionalidad. Contra el tópico: son igualmente democráticos un sistema electoral mayoritario y uno proporcional», en M. MENÉNDEZ ALZAMORA (editor), *Participación y representación política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 165.

¹⁴ Vid. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La representatividad de los sistemas electorales*, Cuadernos de CAPEL, núm. 37, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1994, p. 58.

voz y voto en la discusión de cuestiones públicas¹⁵. Es evidente que concertar con opiniones tan disímiles puede resultar una tarea complicada, que de abordarse con procedimientos populistas pueden generar la inviabilidad de las expectativas asumidas por los gobernados y hasta el funcionamiento mismo de la democracia. Es por ello que se tiene implementada dentro del sistema electoral peruano la barrera electoral.

Este mecanismo, que rige para las elecciones de congresistas, impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. En otros términos, si bien en el ejercicio de los derechos políticos que asisten a los ciudadanos, se encuentra el de elegir y ser elegidos, al tratarse de un derecho de configuración legal se tienen previstas reglas que aseguren que la representatividad de los elegidos sea coherente con los factores indicados para asumirse como ganadores de un proceso electoral.

En resumen, la barrera electoral conllevó reclamos y demandas por parte de las organizaciones locales, toda vez que la barrera establecida operaba a partir de la participación de partidos políticos en los sufragios. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0030-2005-PI/TC, sustentó que el derecho de elección de los ciudadanos no se afecta con la barrera, toda vez que «[...] dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar».

90

5. ¿Qué dice el Tribunal Constitucional?

Aparte de lo ya referido en los puntos anteriores del presente estudio, consideramos oportuno invocar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre lo que ha afrontado en el siglo XXI; esto es, una serie de

¹⁵Para el caso peruano resulta útil la lectura de D. GARCÍA BELAUNDE, «Sistema electoral y representación política en el Perú actual», en AA. VV., *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, vol. I, pp. 43-74.

demandas relativas a la participación política, sobre todo provenientes del ámbito de las poblaciones nativas y autóctonas, y cómo les asiste el derecho de ser consultadas por temas de decisión.

Sobre el particular, se tiene la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 5427-2009-PC/TC, en la cual se ha referido que entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) regula por separado este último derecho en sus artículos 6°, inciso b, y 7°, respectivamente.

Además de lo expresado en la sentencia recaída en el Exp. N° 0022-2009-AI/TC, el alto tribunal consideró que en el caso peruano no ha estado exento de debate, es decir, que de la lectura de los artículos 6° y 15° del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podrían afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo, advirtiéndose que en el último párrafo del artículo 6° del Convenio se expresa que la consulta debe ser realizada «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas»; ello no representa taxativamente una condición que de no concretizarse involucre la improcedencia de la medida. Es por eso que se llega a la conclusión de que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del Convenio N° 169 que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural, asegurando de esta forma el respeto de los derechos de las minorías, pero que sus intereses se encaucen hacia los objetivos nacionales. En fin, en la sentencia glosada en el párrafo anterior, se han enumerado los elementos y características del derecho de consulta, los cuales son referenciales para cualquier proceso en donde se pretenda obtener una cercanía con las opiniones de la gente, debiendo tenerse en cuenta lo siguiente:

a) *Buena fe.* El principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. Este debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte, o promover la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.

b) *Flexibilidad.* Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes, la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es muy importante que en el proceso de consulta sea tomada en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen distintos alcances, siendo por tanto pertinente ajustar cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por eso que en el artículo 6° del Convenio N° 169 se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una «manera apropiada a las circunstancias». De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretenda la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración.

c) *Objetivo de alcanzar un acuerdo.* Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto, con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial garantizar el concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

d) *Transparencia.* El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de este cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben

ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean positivas o negativas. Es igualmente importante que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia implica que la documentación relevante tenga que ser traducida a fin de que la comprensión de esta pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso específico.

e) Implementación previa del proceso de consulta. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que sean tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad, debido a la sospecha que tales situaciones generan.

6. Balance general

1. Uno de los rasgos característicos de la *representación política*, en los Estados democráticos contemporáneos, es que las decisiones políticas que se ejercitan mediante el sufragio –universal– tanto activo como pasivo expresen su voluntad en los gobernantes que son elegidos mediante la voluntad popular, con lo cual las decisiones políticas provenientes de un procedimiento electoral transparente se ejercitan con el propósito de fortalecer la democracia constitucional. Para ello se evidencia el tránsito que existe –fijada en el contexto histórico– de la *democracia participativa*, que tiene su campo de acción en el mundo greco-romano, hacia la *democracia representativa*, cuya expresión máxima se sitúa en el siglo XVIII con el nacimiento del Estado liberal o burgués, en pleno hervor del fenómeno y método legítimo denominado *constitucionalismo*.

2. En ese orden de ideas, la participación activa –verdadera voluntad popular– de los agentes sociales o destinatarios del poder, son referentes sobremanera decisivos en la toma de decisiones por parte de los representantes elegidos democráticamente; es decir, estamos frente a una suerte de representación delegada. Y es ahí donde los *sistemas de partidos* desarrollan una actividad polivalente en la vida pública para materializar los acuerdos democráticos que giran en función de los acuerdos que adopten las mayorías con las minorías, buscando siempre el consenso político y respetando, a la vez, la soberanía popular y nacional. Así se percibe en la realidad constitucional y política de los Estados contemporáneos, al margen de las críticas y oposiciones, en donde las transformaciones van a ritmo acelerado, como consecuencia, a fin de cuentas, del fenómeno de la *constitucionalización*. Por ejemplo, la capa legitimadora morfológica del referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, entre otras formas de democracia semidirecta, dotadas de autonomía, que cultivan las clases dirigentes, con sus consecuentes limitaciones, así lo reafirman. Y América Latina, teniendo al frente los productos de la globalización, con sus luces y sombras, en no pequeña medida, es un interesante laboratorio político para explorar e investigar tales cometidos, en especial para solucionar conflictos interinstitucionales, teniendo como referente una verdadera y sólida cultura política democrática.

CONTROL EXTERNO DEL GASTO PÚBLICO Y DESCENTRALIZACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO*

SUMARIO

1. Irregularidades en el uso de recursos públicos y corrupción como amenaza al proceso de descentralización en el Perú y a una administración pública al servicio de la ciudadanía; 2. Control externo del gasto público y Contraloría General de la República en el Estado constitucional; 3. La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano; 4. Control externo del gasto público en el marco del proceso de descentralización: necesidad de un sistema de control descentralizado y permanente; 5. Reflexiones finales.

1. Irregularidades en el uso de recursos públicos y corrupción como amenaza al proceso de descentralización en el Perú y a una administración pública al servicio de la ciudadanía

95

En el curso del año 2014 se han develado casos graves de corrupción en un conjunto de gobiernos regionales y locales, alcanzando en determinadas situaciones, vinculación con redes de corrupción y criminalidad organizada. Hasta julio de 2014 había cinco presidentes regionales involucrados en procesos penales en los que se habían dictado sendos mandatos de detención. Así, tenemos los casos del Presidente Regional de Ancash, Presidente Regional de Tumbes, Presidente Regional de Pasco, Presidente Regional de Cajamarca y Presidente Regional de Loreto. Por otra parte, diecinueve presidentes regionales se encontraban involucrados en investigaciones fiscales y proce-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca. Actualmente es asesora senior de la Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ en el Programa de Gobernabilidad e Inclusión, y dicta el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sos judiciales relacionados con 158 casos o denuncias de corrupción¹. Estos incidentes han dado lugar a cuestionamientos al proceso de descentralización y una reflexión sobre su conveniencia con miras al proceso de desarrollo del país y de la consolidación de una administración pública al servicio de la ciudadanía.

Desde la perspectiva del Estado constitucional, la administración pública es instrumental al servicio de los intereses de los ciudadanos y «*promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos sean reales y efectivos. Un cometido promocional derivado de la conformación del Estado social. Más allá de la prestación de servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en sentido amplio, se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales*»².

En tal sentido, el mal funcionamiento de la administración estatal, el desconocimiento de deberes funcionales, y el manejo irregular de los recursos públicos, entre otros, constituirían supuestos de afectación a bienes jurídicos constitucionales, la legalidad de la ejecución del presupuesto público y la cautela de los recursos públicos, la proscripción de la corrupción, la satisfacción de necesidades básicas de la población y los derechos fundamentales.

96

La orientación del presente artículo se propone, desde una reflexión constitucional, explicitar el papel de la Contraloría General de la República y del control externo del gasto público en favor de una adecuada gestión de recursos públicos, así como para introducir correcciones y mejoras en nuestro proceso de descentralización. Con ello se busca contribuir al desarrollo de una alternativa en el camino de la distribución territorial del poder, frente a las propuestas de *recentralizar* las competencias y funciones de ámbito regional, en favor del ejecutivo nacional.

¹ «Diecinueve presidentes de gobiernos regionales deben responder por 158 casos de corrupción», portal web del diario *La República*, del 28 de mayo de 2014, consultada el 25 de septiembre de 2014: «<http://www.larepublica.pe/28-05-2014/19-presidentes-de-gobiernos-regionales-deben-responder-por-158-casos-de-corrupcion>».

² A. ASÚA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria», en *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 18-19.

2. Control externo del gasto público y Contraloría General de la República en el Estado constitucional

Principio de control en el Estado constitucional

El Estado constitucional es un modelo de Estado sujeto al derecho, pero al derecho de la Constitución, es decir, un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria para todos los poderes públicos (incluso para el legislador) y concedido para garantizar mejor la dignidad de las personas frente al ejercicio del poder³. Este modelo se sustenta en los principios de supremacía de la Constitución, principio de legalidad constitucional, principio de división de poderes (entendido como el control y colaboración entre poderes), la administración pública sometida a la Constitución y a la ley, y controlada jurisdiccionalmente, y, finalmente, el reconocimiento de los derechos fundamentales⁴.

El Estado constitucional reinterpreta sus principios en función de los nuevos retos que las sociedades y el ordenamiento jurídico presentan, lo que a su vez exige una permanente y renovada reflexión constitucional para analizar la legitimidad y justicia de las decisiones que los organismos y agencias estatales deben adoptar en el escenario público. Así, el principio de división o separación de poderes ha adquirido, en relación con su concepción original, un redimensionamiento de su contenido, orientado esencialmente al control del ejercicio del poder. Por tal razón se ha considerado que, más allá de una concepción rígida de división del poder, sobre la base de tres organismos fundamentales (legislativo, ejecutivo y judicial), la fidelidad al principio se expresa en la presencia de pesos y contrapesos en el Estado, compatible con la existencia de una multiplicidad de instituciones que asumen funciones especializadas en una relación de control y colaboración entre ellas.

García Pelayo afirma que, en la actualidad, el principio de división de poderes es mucho más complejo que el que formuló originalmente Montesquieu. Sin embargo, el propósito de impedir la concentración del poder como

³ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2008, p. 39.

⁴ E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 4ª ed., Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1972, pp. 31-32.

idea básica de este, mantiene actualmente su vigencia y resulta coherente con la presencia de los organismos constitucionales autónomos en el escenario público. Para dicho autor estos organismos se caracterizan por ser constitutivos o esenciales en la estructura del Estado. Reciben competencias y funciones especializadas, directamente de la Constitución, para cumplir determinadas finalidades fundamentales y garantizar el buen funcionamiento del modelo de Estado. Asimismo, tienen paridad de rango y relaciones de coordinación con los demás poderes y organismos constitucionales, lo que implica que tengan autonomía y superioridad en el ámbito de sus competencias⁵.

Así, la presencia de estos organismos, si bien puede haber complejizado la concepción del principio de división de poderes, a su vez, ha fortalecido la eficacia del control del ejercicio del poder. En tal sentido, se ha afirmado que estos organismos «*surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles del poder, evolucionando así la teoría tradicional de división de poderes, dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, deben considerarse como distribución de funciones o competencias haciendo más eficaz el desarrollo de funciones encomendadas al Estado*»⁶.

98

El principio de división de poderes se encuentra expresamente contemplado en el artículo 43° de la Constitución peruana, que establece: «[...]Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes». Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido en reiterada jurisprudencia la referida reinterpretación del principio de separación de poderes, afirmando que el fundamento de la división de funciones en el Estado constitucional es el control del ejercicio del poder, pero con necesidad de relaciones de colaboración e intervenciones mutuas y recíprocas. Complementa la idea reconociendo que resulta constitucionalmente legítimo que existan com-

⁵ M. GARCÍA-PELAYO, «El “status” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. I, núm. I, Madrid, 1981, pp. 11-34.

⁶ Pronunciamiento del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Citado por J. ACKERMAN, *Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado el 15 de diciembre de 2012, en «<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/5.pdf>».

petencias asignadas a cada poder o institución del Estado cuya naturaleza se asemeja a las que típicamente se realizan por los otros poderes. Sin embargo, ellas tienen una expresión limitada, relativa y restringida⁷. En esta misma orientación ha expresado lo siguiente:

Conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que: «La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura (Exp. N° 0023-2003/AI, fundamento 5).

Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104° de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 12° de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto».⁸

Sobre el particular Landa sostiene que, si bien la división del poder es constitutiva del Estado democrático moderno, como una garantía de libertad,

⁷ Entre otras, STC N° 0004-2004-CC/TC, fundamentos 23 y 24.

⁸ *Ibid.*

no puede soslayarse que, actualmente, el poder no puede ser racionalizado solo a través de tres funciones: la ejecutiva, legislativa y judicial, como originalmente se concibió por razones históricas y políticas concretas, sino que ha evolucionado hacia un esquema más complejo que trata de responder a nuevos desafíos y alternativas, entre las que se encuentra la creación de nuevos organismos constitucionales, entre ellos los tribunales constitucionales⁹ o las contralorías generales, también conocidas como entidades de fiscalización superior, en su denominación estándar.

Para dimensionar adecuadamente la relevancia de los organismos constitucionales autónomos, es importante tener en cuenta que estos realizan, directamente, principios esenciales del Estado. El Tribunal Constitucional peruano ha asociado a los organismos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución con un conjunto de principios y funciones estatales esenciales en el orden constitucional nacional.

Así por ejemplo, en el caso del Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de la Magistratura y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, se ha determinado que sus funciones son vitales para el adecuado funcionamiento del modelo democrático representativo y de las instituciones de democracia directa reconocidas en el artículo 31° de la Constitución. Al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo los asocia al principio de soberanía jurídica de la Constitución (artículo 51° de la Constitución) y al deber estatal de garantizar la vigencia de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución). El Ministerio Público, el Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentran vinculados a la impartición de justicia y representación de la sociedad en los procesos judiciales, defensa de la legalidad y los intereses públicos. Por su parte, los gobiernos locales y regionales se vinculan a los principios de unidad y descentralización del Estado peruano, considerando que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio (artículo 188° de la Constitución). Finalmente, la Superintendencia de Banca y Seguros, la

⁹ C. LANDA ARROYO, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra, 2011, pp. 63-64.

Contraloría General de la República y el Banco Central de Reserva, se fundamentan en el control económico y financiero público y privado (artículos 82°, 84° y 87° de la Constitución)¹⁰.

Control externo del gasto público en el Estado constitucional

En el marco del principio de control, propio del Estado constitucional, tiene lugar el control externo del gasto público o control gubernamental de la gestión económica y financiera del Estado. Dicha manifestación del control es una de las más antiguas modalidades de limitación del poder del gobernante. La necesidad de ejercer el control externo sobre la función presupuestaria de la autoridad política se remonta al periodo de tránsito del Estado medieval al Estado moderno, cuando el Parlamento británico en formación del siglo XIII, fue asumiendo como propia, la facultad para consentir el presupuesto y aprobar los tributos¹¹. Incluso, las potestades legislativas del Parlamento se fueron disputando y arrancando del ámbito de poder del rey, usando el arma financiera y la compulsión frente a las solicitudes del monarca para conseguir fondos extraordinarios¹².

101

Actualmente pervive una estrecha relación entre el poder político y la gestión financiera del Estado, vinculándosele con su impacto sobre los derechos fundamentales. El presupuesto estatal es una herramienta de relevancia constitucional que sirve al cumplimiento de los objetivos estatales y de la política económica, vinculada a la distribución y asignación de recursos y la estabilización fiscal¹³.

La Constitución peruana contempla una dimensión social del presupuesto, señalando en su artículo 77° que «*El presupuesto asigna equitativamente*

¹⁰ STC N° 0022-2004-AI/TC, fundamentos 24-28.

¹¹ Cfr. P. PLANAS, *Derecho parlamentario*, Lima, Ediciones Forenses, 1997, p. 16.

¹² Cfr. P. PLANAS, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1997, p. 65.

¹³ H. PRETEI, *Presupuesto y control. Pautas de reforma para América Latina*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 17. Citado por B. KRESALJA y C. OCHOA, *Derecho constitucional económico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 682.

los recursos públicos, su programación y ejecución responden a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización [...]». En tal sentido, el control sobre la gestión presupuestal procurará que el ejercicio económico y financiero de la administración pública se lleve a cabo respetando la voluntad del Parlamento, y en cumplimiento de las condiciones formales y jurídicas necesarias para alcanzar los objetivos previstos en la formulación del presupuesto público aprobado¹⁴, así como la satisfacción de las necesidades sociales básicas de la población y, en definitiva, el respeto de sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, los alcances de la función de control sobre la actividad presupuestaria tienen relación directa con la efectividad de los derechos fundamentales. Torres Boursault afirma que no puede hablarse de democracia sin que la administración de los medios limitados y escasos de los que dispone el Estado para desarrollar su acción, esté sujeta a mecanismos efectivos de control. El control financiero da respuesta a las exigencias de transparencia en la utilización de los recursos públicos y garantiza el cumplimiento de los derechos de la ciudadanía¹⁵. En tal sentido, el control de la gestión y ejecución presupuestal del Estado lleva aparejada la idea de que los recursos públicos deben cumplir con la finalidad de sostener servicios públicos eficientes y eficaces en la satisfacción de necesidades de las personas con impacto directo sobre su calidad de vida y la vigencia de derechos fundamentales.

102

La alta complejidad y especialización que adquirieron las funciones del control del ejercicio presupuestario dieron lugar a la consolidación de entida-

¹⁴ Cfr. F. VALLÈS VIVES, *El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp. 29-30. Cfr. C. PALAO TABOADA, «El control de la actividad financiera en un Estado democrático», en AA.VV., *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro internacional 1984*, Madrid, Tribunal de Cuentas, 1985, consultado el 09 de septiembre de 2012, en «http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_07_Palao_Control_idc13525.pdf».

¹⁵ Cfr. L. TORRES BOURSULT, «Democracia y control financiero», en AA.VV., *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática. Encuentro Internacional 1984*, Madrid, Tribunal de Cuentas, 1985, consultado el 09 de septiembre de 2012, en «http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/11-08_84_10079_02_Torres_Democracia_idc8700.pdf».

des técnicas, encargadas de auxiliar al Poder Legislativo en el ejercicio de su competencia de control de la gestión económico-financiera de la administración, proporcionando información técnica y procesada sobre la ejecución presupuestaria. Estas entidades son las denominadas «órganos de control externo», «entidades de fiscalización superior», «tribunales de cuentas»¹⁶ o «contralorías generales».

En este orden de consideraciones, las entidades de fiscalización superior, adoptan la forma de organismos constitucionales autónomos a las que las Constituciones encargan la función de la más alta auditoría pública en el Estado. Se les encomienda la «*verificación, censura de cuentas, revisión, fiscalización, control o inspección*»¹⁷ del uso y gestión de los recursos públicos en el Estado, como una manifestación del necesario control del gasto público de la administración en un Estado constitucional para la vigencia de los derechos fundamentales.

3. La Contraloría General de la República en el ordenamiento constitucional peruano

103

En el ordenamiento constitucional peruano, la Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo y órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado de la supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (artículo 82° de la Constitución Política del Perú). La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, completa el bloque de constitucionalidad, especificando que tiene la rectoría sobre el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental.

¹⁶ Cfr. F. VALLÈS VIVES, *op. cit.*, p. 37-38.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES, *Glosario en línea de terminología de fiscalización de la INTOSAI*, que se consultó el 19 de marzo de 2012, en «<http://www.intosaiglossary.org/Main.aspx>».

El control gubernamental se define en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, como aquella supervisión, preventiva o correctiva, que se realiza sobre los actos y resultados de la gestión pública, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, en atención a criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, legalidad y fidelidad a los lineamientos de política y planes de acción, en forma descentralizada. El control gubernamental puede manifestarse como control de legalidad, de gestión financiera, de evaluación del control interno u otros que sean útiles en función de la entidad y de la materia de control. Asimismo, debe «orienta[r] su accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos» (art. 16° de la Ley N° 27785), lo que se encuentra en directa relación con la obligación de contribuir y promover la transparencia, la ética pública y la lucha contra la corrupción en el Estado, sus dependencias y funcionarios.

Supervisión de la legalidad de la ejecución del gasto público

104

La protección de la legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de recursos públicos (es decir, la supervisión realizada en función de la ordenación cuantitativa, material y temporal de recursos contemplada en la ley de presupuesto y las normas sobre utilización de recursos públicos) se encuentran directamente vinculadas a la posibilidad de dar cumplimiento de finalidades estatales fundamentales y de la política económica. Dichas finalidades se concretan en la defensa de la soberanía nacional, la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos, la protección de la población frente a las amenazas contra su seguridad y la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución).

Proscripción de la corrupción

Por otra parte, la intervención de la Contraloría General de la República también aporta directamente a la proscripción de la corrupción, bien que goza de protección constitucional en el ordenamiento jurídico peruano. El ordenamiento constitucional exige combatir toda forma de corrupción a través de diversos preceptos, tales como aquellos que reconocen los mecanismos de control político y parlamentario (artículos 97° y 99°); el control judicial ordinario (artículo 139°); el control jurídico-constitucional (artículo 200°); el control administrativo, ejercido por la Contraloría General de la República, como órga-

no rector del sistema de control (artículo 82°); y, la prohibición del enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos, imponiendo para tal supuesto, la duplicación del plazo de prescripción en casos de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (artículo 41°)¹⁸.

El Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia que la Carta Fundamental reconoce el combate a la corrupción como un bien constitucional, a partir de la cláusula del orden democrático, contenida en el artículo 43° de la Constitución, así como en los artículos 39° y 41°, que señalan que «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación» y que, en dicha medida, se encuentran al servicio del interés general y sujetos a responsabilidad por su actuación. Tal normativa otorga relevancia constitucional a un conjunto de instrumentos jurídicos orientados a prevenir y sancionar la corrupción, tales como las declaraciones juradas de quienes administran o manejan fondos del Estado, así como la inhabilitación y la duplicidad del plazo de prescripción en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado¹⁹.

El Tribunal Constitucional explicita un principio constitucional de «proscripción de la corrupción» señalando: «El constituyente ha advertido una dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud del daño que provocan al cuadro material de valores reconocidos por la Constitución»²⁰. Se constituye de este modo en un parámetro objetivo de validez respecto del cual se debe estructurar la actividad pública o privada. A ello debe conectarse la idea de que si la corrupción es la desviación de los fines que legitiman a la administración o que alteran los procedimientos que garantizan el acceso a los bienes sociales en condiciones de igualdad, como salud, seguridad, educación, trabajo, entre otros, tal corrupción merece ser considerada un «atentado a los derechos humanos»²¹.

¹⁸ C. LANDA ARROYO, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, pp. 365 y ss.

¹⁹ Resolución de aclaración recaída en el Exp. N° 0006-2006-CC; STC N° 0009-2007-AI/TC / N° 0010-2007-AI/TC (acumulados), fundamento 58; STC N° 0017-2011-PI/TC, fundamento 16.

²⁰ STC N° 0019-2005-AI/TC, fundamento 59.

²¹ A. ASÚA BATARRITA, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

En este orden de consideraciones, se puede concluir que la prevención y lucha contra la corrupción alegados como fines estatales que la Ley N° 29622 pretende garantizar, son un bien jurídico de relevancia constitucional y reconocido como tal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la Ley N° 29622 cumpliría con la condición de legitimidad constitucional dada por su fundamento en la protección de un valor, finalidad o bien constitucional.

El correcto funcionamiento de la administración pública

La legalidad de la ejecución del presupuesto público, la adecuada utilización de los recursos públicos y la proscripción de la corrupción, se conectan, directamente, con otro bien jurídico constitucional, *el correcto funcionamiento de la administración pública*, al que también contribuye la actuación de la Contraloría General de la República y el control externo del gasto público. La legalidad de la ejecución del presupuesto público y la adecuada utilización de los recursos públicos resultan ser dimensiones del correcto funcionamiento de la administración pública, y condiciones para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, la entrega de bienes y servicios públicos a la población, así como la satisfacción de necesidades sociales y del interés general.

106

En el marco del Estado constitucional, el correcto funcionamiento de la administración pública resulta un bien instrumental a la satisfacción de las legítimas expectativas de los ciudadanos de acceder a los bienes y servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, legalidad²². En tal sentido, la protección y control de la correcta administración pública supone, en buena cuenta, la garantía de un servicio en beneficio de los ciudadanos para la vigencia de sus derechos fundamentales²³.

Los cometidos constitucionales de legalidad de la ejecución del presupuesto público, la proscripción de la corrupción y el correcto funcionamiento

²² *Ibid.*, pp. 22 y 23.

²³ E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», en *La Ley*, núm. 5, Madrid, 1996, p. 3. Citado por S. HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 54.

de la administración estatal, resultan especialmente significativos en el proceso de descentralización, considerando que este proceso tiene como objetivo principal el desarrollo integral del país, y que los gobiernos regionales y locales son las autoridades más cercanas a la población en el ámbito territorial donde ejercen sus competencias. Dicha cercanía intensificará los efectos positivos de los aciertos de la gestión pública y financiera de los gobiernos subnacionales, así como los efectos lesivos de los desaciertos e irregularidades cometidos por la administración pública regional y local, vinculados a la utilización de recursos públicos. En tal sentido, la Contraloría General de la República debe fortalecer su enfoque subnacional y procurar responder con idoneidad y eficacia a la tarea que la Constitución le encomienda sobre el particular: el diseño e implementación de un «*sistema de control descentralizado y permanente*» (artículo 199° de la Constitución).

4. Control externo del gasto público en el marco del proceso de descentralización: necesidad de un sistema de control descentralizado y permanente

La Constitución peruana adopta un modelo de Estado unitario y descentralizado, según se contempla en los artículos 43°, 188° y siguientes de la Carta del 93. Así, por el principio de unidad se define que el Estado es uno e indivisible, y por el principio de subsidiariedad, se reconocen importantes cuotas de autonomía política, económica y administrativa –en los asuntos de su competencia– a gobiernos regionales y locales, a fin de distribuir y democratizar el poder en favor de las autoridades más próximas a la población. En este sentido, la distribución de competencias estatales debe considerar que las autoridades más próximas a los ciudadanos se encuentran, en principio, en mejor posición para ejercerlas, articulándose con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente regional y local deben ser expresados por quienes tienen legitimación para ello²⁴.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 8° de la Ley de Bases de la Descentralización ha definido la autonomía de gobierno como:

²⁴ STC N° 0002-2005-PI/TC, fundamento 51, citando a J. A. de OLIVEIRA BARAHO, *Princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*, Río de Janeiro, Forense, 1997, p. 31.

[...] el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas.

Por otro lado, como parte del modelo de descentralización adoptado por nuestra Constitución, esta prevé en su artículo 199° que los gobiernos regionales y locales se encuentran sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que debe organizar para tal efecto, un sistema de control descentralizado y permanente.

Si bien los gobiernos descentralizados, en su condición de organismos constitucionales, se encuentran sujetos al juego de controles mutuos y recíprocos entre poderes y organismos constitucionales, propio del Estado constitucional, la referencia explícita al control de los gobiernos regionales y locales por parte de la Contraloría General, a través de un sistema descentralizado y permanente, expresa la relevancia particular de dicha competencia y responsabilidad constitucional asignada a esta entidad de fiscalización superior en el Perú. El control gubernamental o control del gasto público (a cargo de la Contraloría General de la República) sobre los gobiernos regionales y locales no enerva la autonomía de la que se encuentran dotados en relación con los asuntos de su competencia en el respectivo ámbito territorial, sino que resulta una manifestación del principio de control en el Estado constitucional.

108

En los sistemas comparados encontramos también que el control sobre la ejecución del presupuesto se extiende sobre los niveles subnacionales de gobierno, con modalidades que varían según cada país. Así, en países que tienen una forma de Estado federal, como Estados Unidos o Argentina, cada nivel de gobierno tiene sus propios mecanismos de control. A pesar de no corresponder a un esquema federal, Colombia adopta un modelo similar. Chile, México y Brasil, asignan funciones extendidas a su entidad de fiscalización superior, sobre los niveles de gobierno subnacional²⁵. En sistemas compuestos como el es-

²⁵ H. PETREI, G. RATNER y R. PETREI, *Presupuesto y control. Las mejores prácticas para América Latina*, Buenos Aires, Osmar D. Buyatti, 2005, p. 373.

pañol, estructurado territorialmente en base a comunidades autónomas con amplios márgenes de autonomía, la competencia de su entidad de fiscalización superior (el Tribunal de Cuentas) permite la existencia de órganos de control externo de cada comunidad autónoma, que colaboran y auxilian al Tribunal de Cuentas, en la función de fiscalizarlas²⁶.

Queda claro que la Constitución vigente, fiel al modelo de Estado constitucional, consagra simultáneamente los principios de autonomía de los organismos constitucionales para el cumplimiento de la misión encomendada, así como de control entre poderes y organismos para evitar la arbitrariedad en el uso del poder público. Esta relación dialéctica entre ambos principios también tiene lugar en el marco de la relación entre gobiernos subnacionales y los organismos de control y fiscalización, como la Contraloría General de la República, respecto a la ejecución del presupuesto público y la utilización de los recursos públicos. En una república unitaria y descentralizada como el Perú, las regiones y municipios requieren de autonomía para proveer servicios públicos que satisfagan las demandas de los ciudadanos. Por otro lado, el Estado nacional, las entidades rectoras y los organismos de control del gasto público, deben ejercer medidas de rectoría y fiscalización para mantener la unidad de la República²⁷ y el adecuado uso de los recursos públicos.

Sobre los gobiernos regionales, el Tribunal Constitucional se ha detenido en precisar que la «autonomía no puede ser confundida con autarquía, por más que puedan desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos», y ha señalado expresamente que la autonomía regional no puede realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad. Refiere que dicha autonomía deberá graduar su intensidad, dependiendo de su afectación a intereses supralocales o regionales, y de la confluencia con competencias en las que coparticipan otros órganos estatales²⁸. Específicamen-

²⁶ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 209.

²⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Estudio de descentralización en el Perú*, Lima, Contraloría General de la República-Cooperación Alemana implementada por GIZ, 2014, pp. 374-376.

²⁸ STC N° 0007-2002-AI/TC, fundamento 9; STC N° 0002-2005-PI/TC, fundamentos 36 y 37.

te, respecto de la autonomía económica de los gobiernos regionales se ha expresado en los siguientes términos:

En lo que respecta a la autonomía económica de la que gozan las regiones y los otros dos niveles de gobierno (nacional y local), la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) señala que esta debe ejercerse «conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto» (artículo 9°, numeral 3).

16. Como puede apreciarse, la autonomía de la que gozan los gobiernos regionales es capacidad de autogobierno, pero sin dejar de pertenecer a la estructura general de la que forman parte, representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige, en el que se cuentan las leyes anuales de presupuesto.²⁹

No obstante, tal como ha sido señalado por la Contraloría General, la tensión intrínseca a la relación entre autonomía y control que existe en todo proceso de descentralización política, administrativa y económica no se ha expresado en la práctica peruana de manera equilibrada³⁰. Así, son diversos los casos en los que los gobiernos regionales, por ejemplo, han interpretado su autonomía de forma desarreglada al principio de unidad del Estado y a las competencias del gobierno nacional.

110

Tales han sido los casos, por ejemplo, de las ordenanzas regionales que declaraban a la coca como patrimonio cultural de la nación y legalizaban zonas de cultivo de esta planta, desconociendo la competencia del gobierno nacional para regular el carácter legal o ilegal de los cultivos de coca, definida por las disposiciones vigentes de la Ley para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Ley N° 22095) por la vinculación de la materia con la política antidrogas³¹.

²⁹ STC N° 0005-2011-PI/TC, fundamentos 15 y 16.

³⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *op. cit.*, pp. 374-376.

³¹ STC N° 0006-2008-PI/TC, fundamento 35; STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), punto 3 del fallo.

Asimismo, en otro caso, vinculado a la aplicación del inconstitucional Decreto Supremo N° 004-2008-ED, sobre «Políticas sectoriales para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico-Productiva»³², por lo menos diecisiete gobiernos regionales habían anunciado la expedición de ordenanzas regionales dirigidas a dejar sin efecto este decreto en sus respectivos ámbitos territoriales, bajo la afirmación de su inconstitucionalidad y autoproclamándose, equivocadamente, competentes para regular dicha materia. Estas declaraciones desconocían que de acuerdo con la Ley Orgánica del Ministerio de Educación (artículo 4°), la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (artículo 45°) y la Ley General de Educación (artículo 80°), las políticas nacionales de educación, básicamente en la contratación y nombramiento de personal, debían ser establecidas por el gobierno nacional³³.

Otros han sido los casos de ordenanzas regionales que han declarado áreas intangibles o prohibidas para actividades mineras, sin fundamentar sus motivos en criterios de delimitación de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos descentralizados. Así, se expidió la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, que declaró la intangibilidad de las cabeceras de las cuencas hidrográficas, la inviabilidad del proyecto minero Conga, la investigación de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y la invalidez de las normas que se opongan a la mencionada Ordenanza Regional de Cajamarca. En el mismo sentido, se expidió la Ordenanza Regional N° 065-2009-CR/GRC CUSCO, que declaró como área de no admisión de denuncios mineros toda la región de Cusco³⁴.

³² El Decreto Supremo N° 004-2008-ED fue declarado inconstitucional e ilegal por la Sentencia de Acción Popular N° 2558-2009-Lima, por vulnerar la Constitución respecto del derecho a la igualdad (art. 2°, inciso 2), derecho al trabajo (art. 22°) e igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral (art. 26°, inciso 1).

³³ Informe de Adjuntía N° 0001-2008-DP/ACC, *Análisis del Decreto Supremo N° 004-2008-ED*, que aprueba las «Políticas sectoriales para la contratación de personal docente en las instituciones educativas públicas de Educación Básica y Educación Técnico-Productiva», febrero de 2008.

³⁴ El Tribunal Constitucional resolvió la inconstitucionalidad de dichas ordenanzas, sin embargo, sus sentencias no estuvieron dotadas de una fundamentación constitucional basada en principios y técnicas de interpretación constitucional ni en base al test de

Bajo el presupuesto de que la autonomía y el control forman parte de una relación consustancial al Estado constitucional, que tiene cobertura en nuestro ordenamiento jurídico, resulta legítimo constitucionalmente el establecimiento de un sistema de control descentralizado y permanente bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, en el marco del Estado unitario y descentralizado, que contribuya a la legalidad de la ejecución del presupuesto, la cautela de los recursos públicos, la proscripción de la corrupción, la satisfacción de las necesidades sociales básicas de la población y, finalmente, la realización de sus derechos fundamentales.

Algunos elementos que pueden contribuir a desarrollar y profundizar este sistema de control descentralizado y permanente bajo la rectoría de la Contraloría General de la República son los siguientes:

Mecanismos de prevención de la corrupción

Profundización de la institucionalidad del sistema de control descentralizado, a través del fortalecimiento de las Oficinas Regionales de Control y de los Organismos de Control Institucional (OCI). Al respecto, conviene destacar que se viene realizando una transferencia administrativa progresiva de los jefes de OCI hacia el ámbito de la Contraloría General de la República. De este modo, los jefes de OCI gozarían de mayor grado de independencia respecto del presidente regional o del alcalde, al depender su remuneración de la Contraloría General de la República. Actualmente, los jefes de los Organismos de Control Institucional reciben su remuneración con cargo al presupuesto de la entidad bajo control.

112

la competencia, sino que subordinaron las ordenanzas a las leyes nacionales realizando un examen de estricta legalidad cuyo parámetro fueron la Ley de Bases de la Regionalización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, entre otras. C. LANDA ARROYO, «Conga y el perro del hortelano», en *Ius 360°. Ius et Veritas*, que se consultó el 25 de septiembre de 2014, en «<http://www.ius360.com/publico/constitucional/conga-y-el-perro-del-hortelano/>».

La intervención del Tribunal en estos casos no ha contribuido a pacificar los conflictos de competencias entre los distintos niveles de gobierno, ni a aportar criterios constitucionales para la formación del test de competencias en materia de protección del ambiente y actividades económicas vinculadas al aprovechamiento los recursos naturales.

Por otra parte, resulta necesario fortalecer capacidades del personal del Organismo de Control Institucional, a fin de que su actuación pueda contribuir a detectar irregularidades sustantivas en la gestión de los recursos públicos de los gobiernos regionales y locales, y puedan adoptar medidas eficaces de prevención y lucha contra la corrupción, sin constituirse en factores de inhibición u obstaculización de la gestión descentralizada.

Mecanismos directos de intervención frente a supuestos actos de corrupción

Consolidar la función de señalamiento de responsabilidades y determinación de la responsabilidad administrativa funcional en el marco del ejercicio de control sobre la actuación de los gobiernos regionales y locales. Entre las atribuciones contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se encuentra la de sancionar a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones contra la Administración Pública y en las que se derive responsabilidad administrativa funcional. Esta última atribución se incorporó a través de la Ley N° 29622, que modificó la Ley N° 27785, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ampliando la potestad sancionadora de este organismo en materia de responsabilidad administrativa funcional. La previsión de facultades sancionadoras en poder de las entidades de fiscalización superior, ya sea por actos que obstaculizan la función fiscalizadora de dichas entidades o por el incumplimiento o trasgresión de normas jurídicas que regulan la función pública por parte de los sujetos bajo control, concretan la necesidad de contribuir a la efectividad del control externo del gasto público y la probidad administrativa en el manejo de los recursos públicos. No obstante, esta función debe realizarse respetando el derecho al debido proceso, el principio *ne bis in idem*, así como el principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Desde la incorporación de estas facultades (en el año 2010, pero efectivas a partir del año 2011), entre las que corresponden a la Contraloría se han sancionado administrativamente a 107 funcionarios con inhabilitación o suspensión temporal (por faltas graves o muy graves en el ejercicio de sus funciones), y 798 se encuentran con procedimientos administrativos en curso³⁵.

³⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, «Contraloría tomará el control de oficinas encargadas de fiscalización en regiones, municipios y fuerzas del orden», Nota de

Intensificar las relaciones de coordinación y colaboración mutuas con el Ministerio Público y el Poder Judicial. Esto a fin de fortalecer la efectividad de las acciones de control y de señalamiento de responsabilidades penales y civiles en la cadena de valor anticorrupción, que puedan contribuir a la obtención de sentencias penales y reparaciones civiles en supuestos de delitos contra la administración pública vinculados a la corrupción y detectados en el ámbito de la gestión de gobiernos regionales y locales.

Medidas de intervención urgente: suspensión de cuentas de gobiernos regionales y locales. A raíz de las graves denuncias de corrupción en gobiernos regionales y locales (en algunos casos, incluso, conectados con supuestos de criminalidad organizada), la Contraloría General de la República solicitó la suspensión de las cuentas bancarias en aquellas entidades donde existieron indicios de irregularidades graves en el manejo de los recursos públicos. Así, se aplicó la medida a los gobiernos regionales de Ancash, Tumbes y Pasco, así como a los gobiernos locales de San Román, San Marcos, Chavín de Huántar y Vilcabamba³⁶. Esta medida se basa en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, cuyo artículo 53° establece que «*La Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) procede a la suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de aquellas unidades ejecutoras o dependencias equivalentes en las entidades en donde surjan situaciones de conocimiento público que pongan en riesgo el adecuado uso de los fondos públicos asignados, a sola solicitud de los siguientes organismos: Contraloría General de la República, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o Ministerio del Interior*». Si bien se trata de una medida amparada en una previsión legal y, en el caso de la referencia a la Contraloría General, solicitada por un organismo constitucional autónomo respecto del Poder Ejecutivo, con competencias especializadas en la materia, no ocurre lo mismo con la intervención a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o del Ministerio del Interior. Sobre el particular consideramos que debería adecuarse las características de esta medida a las más

prensa N° 42-2014-CG/COM, que se consultó el 18 de septiembre de 2014, en «http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/00d6277e-182a-43c8-b146-15cfe2f91ff5/NP_042_2014_.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00d6277e-182a-43c8-b146-15cfe2f91ff5».

³⁶ *Ibid.*

rigurosas exigencias constitucionales, para preservar la autonomía económica de los gobiernos regionales y, a su vez, garantizar el presupuesto estatal y la adecuada utilización de los recursos públicos.

Mecanismos de fortalecimiento del control social

Contribuir a poner en valor el mecanismo de rendición de cuentas en relación con la competencia asignada a la Contraloría General en los espacios regionales y locales. La rendición de cuentas se encuentra contemplada como un instrumento del derecho de participación ciudadana en el artículo 31° de la Constitución. Adicionalmente, la CGR tiene entre sus atribuciones establecer los procedimientos para que los titulares de las entidades «rindan cuenta» oportuna al órgano rector por los fondos o bienes a su cargo (Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, artículo 22°, literal u). La Contraloría General recibe la información de las entidades pero no la aprovecha ni le agrega valor.

En estricto, se trata de dos instrumentos distintos, pero que podrían conectarse para mejorar las posibilidades de la ciudadanía de realizar vigilancia sobre sus autoridades, así como de las entidades de supervisión de control y supervisión de efectivizar sus funciones, especialmente en el ámbito de la actuación de los gobiernos regionales y locales. Sobre el particular resulta sumamente valiosa la participación de la ciudadanía que se encuentra más próxima y en relación directa con las autoridades regionales y locales y que conoce mejor su actuación.

5. Reflexiones finales

Los procesos de democratización y lucha contra la corrupción se han visto promovidos en diversas ocasiones a propósito de situaciones de grave afectación a bienes considerados valiosos socialmente, que al ser develadas han conmocionado a la opinión pública y a la sociedad. Estas situaciones de impacto permiten gatillar procesos de refundación o arreglos institucionales para revertir los efectos lesivos de prácticas corruptas o delictivas contrarias al desarrollo y bienestar de los pueblos.

En tal sentido, el develamiento de los actos de grave corrupción en el ámbito de la gestión regional y local de recursos públicos, puede contribuir a promover una acción colectiva e institucional en favor de una administración

pública al servicio de la ciudadanía, la protección de los recursos públicos, la promoción de la ética pública y la proscripción de la corrupción.

En dicho escenario encontramos que la Contraloría General de la República, en su calidad de organismo constitucional autónomo a cargo de la supervisión de la legalidad de la ejecución del presupuesto público, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, puede fortalecer su aporte en el proceso de democratización y control del ejercicio del poder, en el perfeccionamiento de la descentralización, así como en la lucha contra la corrupción. Para ello debe dar contenido y eficacia al encargo que le asigna la Constitución de organizar un sistema de control descentralizado y permanente. Una ventaja de oportunidad que le asiste, al respecto, es la institucionalidad desconcentrada y descentralizada con la que cuenta, a través de la actuación de las Oficinas Regionales de Control y de los Organismos de Control Institucional en los gobiernos regionales y en determinados gobiernos locales. Asimismo, ha desarrollado mecanismos de intervención del ámbito regional y local que perfeccionados sumarían sustancialmente a dicha tarea.

116

No obstante, la concreción de su intervención debe considerar no solo las finalidades constitucionales a las que pretende contribuir, sino los bienes que puede afectar a través de esta, tales como la autonomía de los gobiernos regionales y locales sujetos a su control, y el modelo de Estado unitario y descentralizado. En tal sentido, se debe tener en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad de su actuación y de la utilización de los mecanismos planteados, especialmente de aquellos que tienen naturaleza sancionadora.

Finalmente, debe destacarse la especial relevancia que adquiere el Tribunal Constitucional en este cometido, cuya jurisprudencia, en el marco de procesos competenciales o procesos de inconstitucionalidad (respecto de leyes que afecten las competencias y atribuciones de poderes del Estado, organismos constitucionales, gobiernos regionales o locales), va a dotar de criterios orientadores a la Contraloría General de la República, para que el control externo del gasto público optimice los resultados favorables al proceso de descentralización en favor de la ciudadanía y de acuerdo con los cánones del Estado constitucional.

ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA UN NUEVO ENFOQUE SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN PERUANA

ÁNGEL DELGADO SILVA*

SUMARIO

1. Presentación; 2. El punto de partida: construcción conceptual de una nueva mirada sobre la descentralización realmente existente, 2.1. La reforma constitucional y el vigente marco normativo de la descentralización política, 2.2. La descentralización como reforma democrática, 2.3. El desarrollo económico y social como promesa de la descentralización estatal; 3. Conclusiones.

1. Presentación

El presente trabajo es parte de una investigación mayor en curso, acerca del proceso descentralista que se viene ejecutando desde el año 2002. En aquella oportunidad el Perú, que había recuperado la democracia tras un magno esfuerzo político y social, optó por retomar el camino de la descentralización política cancelado por el autoritarismo de la década del 90 del pasado siglo. Pero a diferencia de la experiencia anterior, que se desplegó pausadamente durante casi diez años, el retorno fue vertiginoso porque se hizo en un lapso extremadamente breve.

Fue una frenética carrera contra el tiempo, pues debía elegirse autoridades regionales para el mes de noviembre del año 2002, conjuntamente con los comicios municipales de entonces. Así, en escasos meses, desde el segundo semestre del 2001, debió montarse un novedoso marco normativo que incluía, además de una nueva *Ley de Elecciones Regionales*, la reforma total del capítulo XIV de la Constitución (sobre la descentralización), una flamante *Ley de Bases*

117

* Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios.

de la *Descentralización* y, por cierto, la correspondiente *Ley Orgánica de Gobiernos Regionales*, que recreaba a estos desactivados organismos luego del golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

La celeridad por volver a la descentralización perdida ha pagado un alto precio, a la postre. Los redivivos gobiernos regionales se asentaron en los espacios departamentales existentes. Y no en regiones, pues se desechó la demarcación territorial realizada en los años 80. La idea predominante fue postergar la formación de regiones, entendidas como unidades geoeconómicas donde convergían afinidades históricas, geográficas, productivas, comerciales y culturales. Pero el mecanismo diseñado para la conformación de regiones fracasó estrepitosamente y el tema, aunque fundamental, ha quedado textualmente en el aire. En consecuencia, ha sucedido algo inédito que ha convertido a la descentralización peruana en una experiencia única y excepcional, pues se lleva a cabo sin la respectiva regionalización; es decir, sin la configuración de territorios *ad hoc*, tendentes a la homogeneidad en sus rasgos constitutivos y capaces de sostener económicamente a las instancias de gobierno regional.

118

Como si esto no fuera suficiente, a la mitad del proceso descentralista y, luego del fracaso del referéndum del 30 de octubre de 2005, el gobierno del presidente García decide acelerar las transferencias de funciones y competencias a los gobiernos regionales y concluir a fines de 2007. En simultáneo, entendiendo quizá que ya no habrían regiones de verdad ni nada que transferir, disuelve al órgano encargado de la conducción del proceso descentralista, absorbiéndolo en la Presidencia del Consejo de Ministros.

Al rumbo errático original se ha sumado un inmenso vacío institucional, que se traduce en un evidente desgobierno de la descentralización. Cada vez más las cosas quedan libradas a su suerte y el proceso ya asoma peligrosamente a una suerte de fragmentación desordenada del poder estatal. En estas condiciones no es posible exigirle a la descentralización realmente existente frutos que redunden directamente en beneficio a la población. No es seguro que los servicios públicos transferidos hayan mejorado en calidad, cobertura y costos. Tampoco los inveterados desequilibrios regionales, tan acusados en nuestro devenir histórico, parecen ir menguándose luego de la aplicación desigual de los recursos provenientes del canon minero, petrolero, hídrico, etc. Finalmente, la nueva unidad nacional fundamentada en la pluralidad territorial sigue siendo una aspiración.

Modificar este curso equívoco y decepcionante implica atreverse a mirar nuestra descentralización –que ya supera la década– desde nuevas atalayas. Hay que remontar aquella percepción que se circunscribe a los gobiernos territoriales y que solo se vincula con el gobierno nacional para exigirle más transferencia y recursos. Esta mirada unilateral, que pudo tener algún sentido en los inicios del proceso, se mantiene impertérrita hasta nuestros días. De esta manera se genera una distorsión importante, pues reduce la reforma descentralista al mero instante de constitución de los gobiernos regionales y municipales y, por cierto, a la subsiguiente preocupación por fortalecerlos dotándoles de mayores competencias y financiamiento. A pesar de lo dicho, no dudamos que se trata de una cuestión legítima.

El problema radica en que esta óptica no percibe la entidad del gobierno nacional, que está asentado sobre una diversidad territorial dotada ahora de poderes autonómicos y cuya función consiste justamente en otorgarle un sentido y coherencia. De esta manera, el momento de síntesis para recuperar una unidad superior, rechazando los verticalismos de otrora y enriquecida por los particularismos territoriales, resulta absolutamente preterida. Obviamente así no será factible recrear el Estado-nación, unitario claro que sí, pero sustancialmente descentralizado también.

Queremos contribuir a las reflexiones acerca el devenir descentralista en el Perú, apostando por una nueva mirada sobre la propia descentralización. Es menester estudiarla desde una perspectiva integral que valore el significado del centro político y no se circunscriba a los gobiernos autonómicos, por más importante que estos sean. Hay que reivindicar el rol del gobierno nacional en el proceso descentralista, así parezca ininteligible, paradójico o contradictorio para ciertas voces que reclaman una descentralización sin centro, cayendo por lo mismo en la unilateralidad analítica del fenómeno.

Se trata de recuperar una visión de la totalidad estatal y entender a cabalidad que nuestro Estado se descentralizó por la existencia de una voluntad constituyente de la nación, plasmada en la Carta Política de 1979. En consecuencia, si la descentralización peruana fue alumbrada en dichas circunstancias resulta lógico y deseable la necesidad de reconducir los poderes autonómicos distribuidos en nuestro territorio, hacia una nueva, superior y más compleja unidad política. Lo contrario llevaría, en última instancia, a negar la misma idea de Estado, en tanto cuerpo político de una comunidad determinada.

Ofrecemos por ahora el primer capítulo de esta investigación, que versa sobre aquellos elementos que consideramos imprescindibles para interrogar a nuestra descentralización realmente existente. Es necesario volver a ellos. Solo así podremos cotejar los postulados e intenciones normativas propias del discurso, con sus concretos resultados prácticos.

2. El punto de partida: construcción conceptual para una nueva mirada sobre la descentralización realmente existente

Hace diez años el país tomó la decisión de retomar el proceso de descentralización estatal, interrumpido por el golpe de Estado en abril de 1992. Poniendo en evidencia que solo la democracia es el régimen que permite, pero sobre todo, estimula el descentralismo político, el flamante gobierno surgido por la caída del autoritarismo, se abocó de inmediato a ello.

Pero la decisión oficial no fue exactamente una vuelta al proceso que se había gestado en los años 80 del pasado siglo. Tampoco fue la continuación de los gobiernos regionales puestos en marcha durante los primeros años de la siguiente década y que tuvieron vigencia plena aunque breve, justamente, hasta la ruptura fujimorista en abril de 1992. Hubo, por lo tanto, necesidad de inventar a la carrera un novísimo marco constitucional y legislativo, para dar cumplimiento a la promesa del presidente Toledo de hacer coincidir las elecciones regionales con las municipales.

120

Entonces fue menester que, desde la primera legislatura de 2002, el aún bisoño Congreso de la República en esta fase de temprana redemocratización, modificara la Constitución vigente. Se cambió íntegramente el capítulo relativo a la *descentralización* y se aprobó posteriormente la *Ley de Elecciones Regionales*, la *Ley de Bases de la Descentralización*, la *Ley Orgánica de Gobiernos Regionales*, entre otras. Sin este plexo normativo no hubiera sido posible la realización de las elecciones para autoridades regionales aquel domingo 17 de noviembre de 2002, conjuntamente con las municipales.

Tremenda celeridad —que contrastó con los casi diez años que duró la formulación del cuadro normativo de la regionalización anterior, en los 80— se ha convertido en una de las explicaciones del porqué las limitaciones, yerros y vacíos del vigente proceso descentralista. Estamos casi ante un axioma y por ello ningún analista omite considerar a esta premura como un factor de gravitación hondamente negativa.

El presente trabajo deja constancia de esta realidad pero no realizará indagaciones en ese sentido, porque escapa a su objeto prístino. Sin embargo hará alusión a estas cada vez que sea necesario, en la medida que arrojen luces acerca de los resultados que se vienen produciendo durante estos años de descentralización en curso.

2.1. La reforma constitucional y el vigente marco normativo de la descentralización política

Empecemos por definir aquellas referencias útiles para verificar el grado y forma de cumplimiento de los fines que persigue la descentralización política. Podríamos encontrarlos en los escritos de doctrina, en las teorías sobre la reforma del Estado y la descentralización, pletóricos en enunciados que proyectan imaginarios trascendentes y decisivos. Sin embargo, preferimos buscarlos en los textos de la legislación nacional, porque al lado de su notable concisión, que condensa toda la retórica existente, aúna la eficacia de su fuerza normativa.

Para tal efecto, nos basaremos en tres bloques de normas jurídicas: i) el capítulo XIV del título IV de la Constitución Política, modificado por la Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 27680; ii) la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783; y, iii) la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867. En ellas encontraremos los principios rectores, los objetivos y fines que orientan y condicionan el proceso de descentralización peruano realmente existente. De su lectura vamos a extraer y ordenar el conjunto de referencias válidas, que nos permitan el cotejo imprescindible con la ejecución de las políticas descentralistas concretas. Esta comparación, que ha sido soslayada por la generalidad de los estudios, nos abrirá el camino hacia un panorama distinto, inédito y sorprendente, al que no se ha tenido acceso todavía. Ello debido, justamente, a la predominancia de ese tipo de evaluaciones que optan por privilegiar el unilateral fortalecimiento de los gobiernos territoriales, al tiempo que obnubilan aquella visión de conjunto, verdaderamente imprescindible. Tales aproximaciones no permiten miradas desde el centro político del sistema estatal, las cuales son capaces de inaugurar perspectivas inéditas para valorar la descentralización política.

La Constitución será el punto de partida y más específicamente la Ley N° 27680, Ley de Reforma Constitucional, del 6 de marzo de 2002, mediante la cual se modificó íntegramente el capítulo sobre la descentralización de la

Carta Fundamental. Estos cambios devinieron en la condición *sine qua non* para que el recién instalado gobierno de Alejandro Toledo, pudiera cumplir su promesa electoral de retomar la agenda de descentralización del país, tras diez años de asfixiante parálisis. De ahí el rol fundacional, paradigmático y de referente que adquieren estas normas para el desenvolvimiento del proceso, así como su cabal inteligibilidad. Iniciamos la travesía con el artículo 188° de la Constitución reformada. En sus primeras líneas se indica:

La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

En este párrafo se depositan las normas rectoras, los fundamentos axiológicos y cognoscitivos, así como la voluntad política de largo plazo que definen la descentralización estatal. Ahí encontramos sus rasgos básicos, como son la permanencia y la obligatoriedad, y su norte esencial: «el desarrollo integral el país». Sin duda, estamos ante verdaderos presupuestos conceptuales, semánticos y valorativos, con la potencia suficiente para iluminar el derrotero de la descentralización y, especialmente, sus vicisitudes. Son muy útiles como herramientas hermenéuticas en la medida que son capaces de desentrañar aspectos ignotos, cualquier duda o interrogante, que la complejidad del proceso demanda.

122

De todos los aspectos mencionados, «el desarrollo integral del país» en tanto norte de los esfuerzos descentralizadores, nos será de sumo provecho para construir ese marco de referencias que exige el mejor análisis, si queremos ir más allá de las apariencias que dominan y deforman el paisaje descentralista. Hacia él vamos a destinar toda nuestra atención, interés y estudio. Confiamos que, luego de la depuración conceptual del caso, se constituya en la brújula para ubicar y ordenar aquellos indicadores con los cuales cotejar la ejecución de la descentralización realmente existente y sus resultados concretos.

2.2. La descentralización como reforma democrática

Esto no quiere decir que devaluemos o peor aún, desconozcamos, otros aspectos del concepto de descentralización que ha plasmado el Código Político del Perú. Para nada. Tenemos conciencia absoluta sobre el contenido esencialmente democrático del proceso descentralista. Sin duda, se trata de una reforma democrática de primer orden y trascendencia. Ni más ni menos que «una

forma organización democrática» del Estado, como sentencia con lucidez y perspicacia la primera frase del artículo 188° de la Constitución vigente.

El hecho que la cuestión democrática se ubique en el umbral de la definición constitucional de la descentralización, denota la importancia primordial que este componente tiene en la idea y práctica descentralista. Sin duda es su marca de identidad, su aspecto principal, su naturaleza intrínseca. En ese sentido se descentraliza para innovar las relaciones de poder al interior de un Estado en particular, mediante una novedosa redistribución de este. Se propende hacia una centralidad estatal que ya no concentre el poder político, como sucedió durante el nacimiento del Estado moderno a fines del siglo XV (el Estado renacentista) y como persistió en el momento de su madurez en esa criatura llamada Estado-nación, producto de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. La descentralización estatal es un proceso político-técnico que recusa tal trayectoria y aspira a construir un Estado donde el poder está compartido con sus territorios y periferias, aspirando a un renovado equilibrio que resulte más equitativo.

Por esta ruta el descentralismo peruano ha producido sus frutos más benéficos y promisorios. Hoy, casi dos lustros después, viejas instituciones como los municipios –redivivos desde los 80 del siglo pasado– e inéditas entidades como los gobiernos regionales, han roto el modelo de Estado unitario centralizado que adoptó la República en sus albores. Con todas las limitaciones del caso y, más aún, asumiendo el cúmulo de quejas que provienen tanto de voces del regionalismo insatisfecho, como de intelectuales y técnicos críticos, no se puede reducir, menos negar, la importancia de que la forma de Estado en el Perú –adoptado en los tiempos de la Independencia– ha cambiado radicalmente. Es ya descentralizada y no simplemente unitaria, como fue otrora.

Y esta afirmación no tiene solo connotación jurídica (artículos 79° y 43° de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente). Es un hecho que los gobiernos territoriales, regionales y locales, gravitan decisivamente en la marcha de sus correspondientes jurisdicciones. Son poderes objetivos, reales, ciertos, premunidos de autonomía (artículos 191° y 194° de la Constitución), con presupuestos propios para ejecutar obras y prestar servicios públicos, dotados de fuerza normativa (ordenanzas con rango de ley) y competencia administrativa plena (potestad reglamentaria, actos administrativos, poder sancionador y ejecución de sus propias resoluciones). Recordemos que al término del gobier-

no de García Pérez (julio de 2011) se habían transferido casi el 100% de las funciones, competencias y potestades, que la Ley de Bases de la Descentralización había programado con el objeto de dar cumplimiento a dicho objetivo.

Esto significa que el poder político, antes concentrado, se ha expandido por todo el territorio nacional y que hoy día el manejo de la cosa pública no sigue las pautas de otrora. El poder público en el Perú de la segunda década del siglo XXI, es un poder compartido con múltiples entidades dotadas de autonomía. Y en dicho escenario el ejercicio del poder implica transparencia, consultas mutuas, así como una inexorable negociación entre ellas en el marco que establece la Constitución. Las políticas públicas ya no son mandatos unilaterales, impregnados de verticalidad, sino resultados transaccionales. En una palabra, estamos ante un nuevo poder, un poder descentralizado.

Pero no solo ello. El efecto democratizador de la descentralización política se ha traducido en una vigorosa ampliación de la clase política. Además de los contingentes de cuadros que asumen los nuevos cargos en regiones y municipios, existen múltiples indicadores de la sorprendente vitalidad que la vida política adquiere en el interior. Las provincias ya no son los espacios pasivos, manejados a su antojo por los señores que vivían en Lima. Por lo contrario son lugares que se han dotado de personalidad política, en la medida que descubren y afianzan sus intereses, luchando por ellos en diferentes planos. Hogaño la vida política provinciana tiene acicates inéditos que la dinamizan, como nunca antes había sucedido. Expresiones de ello son la proliferación de partidos regionales y, lo más notable, que desde hace años los partidos nacionales no ganan las elecciones en las regiones, salvo una que otra excepción¹.

124

Nada de lo señalado niega todo lo que falta ni contradice las investigaciones que revelan los problemas, los cuellos de botella y demás. Simplemente, para efectos del presente informe, podemos sostener sin vacilación, que estos años de descentralismo han tenido sus mejores logros en el horizonte de la profundización y extensión de la democracia. Por lo dicho líneas arriba, la descentralización estatal, con sus nuevas instituciones autónomas, con el reparto del poder en la periferia y con el acceso de facciones provincianas a la clase política nacional, ha dado un impulso extraordinario a la democratización del Perú.

¹ JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, *Elecciones regionales y municipales 2010*, Lima, Dirección de Registro, Estadística y Desarrollo Tecnológico, 2011.

2.3. El desarrollo económico y social como promesa de la descentralización política

Pero la democracia no agota el acervo descentralista. Tampoco sus potencialidades. La promesa de la descentralización, alimentada por los discursos de unos y las ilusiones de otros, trasciende el marco político-institucional. Y esto es independiente de que en la realidad el descentralismo sea una profunda reforma en la organización del Estado, antes que cualquier cosa. Tanto es así que el último componente de la definición constitucional de la descentralización, concretamente el relativo a su destino final, se frasee así: «que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país» (artículo 188° de la Constitución).

Este precepto nos traslada de la política a la economía. De la reforma estatal a las preocupaciones por el patrón de acumulación y su impacto sobre el territorio y la población. Se habla, entonces, de descentralización económica para contrastarla con la otra, más bien política. No sabemos si esta expresión es válida teóricamente o si es resultado del traslado de categorías políticas al campo económico. Solo en esta última hipótesis, será factible aludir a un *poder económico* como concepto hegemónico en el mundo de las relaciones materiales de producción, comercio y finanzas. La existencia de dicho poder será susceptible de manifestaciones centralizadas o descentralizadas, según el caso. La misma lógica que la política, pues se trata del itinerario del poder, en última instancia.

125

Esta aproximación conceptual a campos diferentes no resulta ajena a las visiones de intervención del Estado en la vida económica de los países. Si bien es verdad que en la esfera social todas las actividades se vinculan e interrelacionan, también es cierta la presencia de ideologías que estatalizan lo económico y hacen depender el crecimiento y bienestar de las regulaciones públicas. Con esta convicción, la reforma estatal descentralista deviene en la premisa del desarrollo económico y social. No indagaremos más en esta dirección, que escapa a los objetivos de este trabajo, pero sí debemos anotar, simplemente, que la amplísima mayoría de entusiastas cultores de la descentralización, abrevaron en su tiempo de visiones político-ideológicas que sobre valoraban el papel del Estado en la economía. Para muchos de ellos, el mercado era tan solo una falacia encubridora de relaciones de dominación.

Tal historia quizá, explique ese sesgo voluntarista atribuido a una reforma fundamental sin asomo de dubitaciones, «política permanente de Estado,

de carácter obligatorio», a la luz del art. 188° de la Constitución; pero que en ningún caso puede ofrecerse como la panacea a todo los males públicos y endémicos del Perú, como últimamente podemos leer en el último trabajo de Raúl Lizárraga Bobbio, *Descentralización y regionalización en el Perú. Hacia una nueva economía y un nuevo Estado*. Título en sí indicativo de lo que manifestamos².

Con las atingencias y reservas señaladas, las cuales deberían precavernos de excesos y utopías, vamos a elucidar la promesa descentralista desentrañando sus potencialidades, no solo políticas, sino económicas. Después de todo, esta alta meta la colocan destacados especialistas y reconocidas agencias internacionales, organismos no gubernamentales y centros académicos públicos y privados. Frente a ellos no pretendemos intentar rebajar las expectativas que despierta dicho ideal descentralizador. Por otra lado, no podemos dejar de observar el imperativo de la Carta Fundamental que declama que la descentralización «tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país» (art. 188°).

Frente a estas exigencias políticas, morales, académicas y jurídicas debemos pues abocarnos a desentrañar el contenido económico desarrollista de la promesa descentralista. Que quede claro que no estamos haciendo otra cosa que dar cumplimiento al último párrafo del inc. b del art. 4° de la *Ley de Bases de la Descentralización* que «Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación».

126

Empecemos justamente por el objetivo de «desarrollo integral del país», examinando su significado concreto y determinando los alcances que tiene. Luego cotejaremos nuestras conclusiones con la marcha real de la descentralización, para comprobar si en efecto camina hacia «el desarrollo integral del país» o no. En primer lugar, el objetivo constitucional de la descentralización es materia de desarrollo por el art. 3° de la Ley de Bases, que lleva como epígrafe «Finalidad». Dice la norma que «La descentralización tiene como finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población».

²R. LIZÁRRAGA BOBBIO, *Descentralización y regionalización en el Perú. Hacia una nueva economía y un nuevo Estado*, Lima, Fondo Editorial del Colegio de Economistas de Lima, 2010.

Lo nuevo de la norma de desarrollo constitucional no radica solamente en el intercambio de «objetivo fundamental» por «finalidad». Ni en la adición de los epítetos «armónico» y «sostenible» a la categoría «desarrollo integral». Sin duda, tales cambios tienen sus razones porque coadyuvan a enfatizar y precisar el mandato de la Constitución. Y son muy importantes. Lo relevante de la Ley de Bases de la Descentralización es el ligamen que establece entre el objetivo o finalidad desarrollista y el proceso descentralista, entendido como: a) «la separación de competencias y funciones» del viejo Estado unitario; y, b) «el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno» del futuro Estado descentralizado. De esta forma, el artículo que comentamos da un paso más, paso decisivo, para entroncar la reforma política institucional descentralista con los objetivos del desarrollo económico y social del país. En concreto, se le pide a la descentralización estatal resultados en la esfera económica productiva, que tiendan al desarrollo del país.

Además, con el objeto de que dicha demanda no se extravíe y quede atrapada en el abstracto tinglado de las estructuras y sus diacronías subterráneas, la última parte de la norma de desarrollo constitucional espeta que la descentralización debe ejecutarse «en beneficio de la población». Con lo cual la valla de esperanza se eleva más aún, porque toda la compleja dinámica de redistribución de competencias y funciones, puesta en marcha, así como la sofisticada arquitectura estatal de tres niveles de gobierno en «equilibrado ejercicio del poder» (art. 3° de la LBD), debe juzgarse por resultados benéficos para los pueblos del Perú en concreto. Es decir, si este propósito elemental no se verificara, la descentralización en sí sería una reforma endeble y controvertida.

Queremos simplemente que se tome conciencia de los criterios de validez de estos mandamientos constitucionales y la relación que guardan con la descentralización realmente existente. Por otro lado, ya es tiempo de afrontar este reto con valentía. Ya no cabe eludir esta comparación con elucubraciones y balances, que ponen el énfasis en aspectos muy distintos a los priorizados por la Constitución y sus leyes de desarrollo. Se requiere miradas distintas sobre la descentralización en curso, con el objeto de tener nuevas y mejores luces sobre el proceso.

Nos toca a continuación escudriñar los contenidos específicos de la vocación desarrollista inserta en la promesa descentralista. Para tal efecto, nos remitimos nuevamente al Código Político, a su art. 192°, el cual versa sobre los

finés de los gobiernos regionales. Dice el mencionado texto que «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo».

Como se puede observar la concreción del «desarrollo integral del país» (art. 188°) que fija el mandato constitucional para la descentralización, consiste en la obligación de cada gobierno, en su respectiva región, de promover «el desarrollo y la economía regional». Obviamente existe aquí un supuesto implícito que a la luz del análisis se torna insoslayable. La suma de los desarrollos regionales sería finalmente «el desarrollo integral del país». En verdad esta conclusión podría ser imputada de simplista y casi la totalidad de los especialistas terminarían negando su valor científico. Nosotros no tendríamos inconveniente de sumarnos a este rechazo, pero creemos honesto explicitar la cuestión para evaluar sus posibilidades.

Quizá, ensayando un porqué a este postulado constitucional localizamos la idea, comúnmente compartida, que los desequilibrios regionales tienen un peso determinante en el subdesarrollo nacional. En consecuencia, el impulso de los desarrollos regionales en simultáneo, no solo elimina una de las causas del atraso, sino que inexorablemente terminan convergiendo hacia el desarrollo nacional del conjunto territorial. Pero dejemos ahí estas apreciaciones.

128

Volviendo al art. 192° constitucional, «el desarrollo y la economía regional» significa que el correspondiente gobierno debe fomentar en su circunscripción «las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad». El objeto del presente informe nos conducirá a verificar cómo la descentralización ha fomentado, a través de los 25 gobiernos regionales vigentes, dichas acciones. Es decir, si las regiones han desplegado políticas de promoción de inversiones que puedan ser eficaces en su implantación y resultados; y cómo estos diez años de descentralización, se han traducido en un nuevo perfil de inversión pública y privada predominantemente regional.

Sobre los servicios públicos ahora descentralizados habrá que comprobar que su calidad, cobertura y costos son más competitivos y ventajosos, que cuando su prestación dependía de las instancias del gobierno nacional. Y así examinar el resto de las actividades transferidas a los gobiernos regionales, en el curso de estos años descentralizadores.

Para terminar, el dispositivo comentado exige que esta actuación del gobierno regional se ubique dentro de los parámetros establecidos por las políticas y planes de desarrollo nacionales. Igualmente, el fomento regional de inversiones, actividades y servicios públicos, no podrá avasallar el planeamiento de las municipalidades.

En la Ley de Bases de la Descentralización, en el art. 6°, relativo a los objetivos, existen cinco de ellos de nivel económico:

- a) Desarrollo económico, autosostenido y de la competitividad de las diferentes regiones y localidades del país, en base a su vocación y especialización productiva.
- b) Cobertura y abastecimiento de servicios sociales básicos en todo el territorio nacional.
- c) Disposición de la infraestructura económica y social necesaria para promover la inversión en las diferentes circunscripciones del país.
- d) Redistribución equitativa de los recursos del Estado.
- e) Potenciación del financiamiento regional y local.

129

En el mismo artículo de la Ley de Bases se plasman cuatro objetivos de naturaleza social:

- a) Educación y capacitación orientadas a forjar un capital humano, la competitividad nacional e internacional.
- b) Participación ciudadana en todas sus formas de organización y control social.
- c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación.
- d) Promover el desarrollo humano y la mejora progresiva y sostenida de las condiciones de vida de la población para la superación de la pobreza.

Existen otros objetivos de carácter administrativo y medioambiental que preferimos no insertar directamente, para no hacer más intrincada la relación de referentes útiles para medir la eficiencia del proceso descentralista vigente. La última estación de esta travesía por los predios de la normativa descentralista es la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867. En ella ubicamos dos artículos relevantes para nuestro trabajo.

El primero, el art. 4° que alude a la «Finalidad» con los siguientes términos:

Los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.

La concordancia con el art. 192° de la Constitución es evidente. Estamos ante una norma de desarrollo que amplía, precisa y despliega el artículo constitucional echando luces sobre el cómo se fomentará el desarrollo regional, ahora «integral sostenible». La combinación de las medidas económicas –promoción de la inversión y del empleo– con el reconocimiento de derechos y la igualdad de oportunidades, resulta fascinante y sugerente.

El segundo artículo es sumamente interesante. Su epígrafe «Desarrollo regional» denota un texto normativo que pormenoriza los elementos que comprende este tipo de desarrollo y su funcionamiento. Se inscribe en la perspectiva de desarrollar la norma constitucional. Veamos:

130

El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo económico, social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado hacia el ejercicio pleno de los derechos de hombres y mujeres e igualdad de oportunidades.

El exceso de retórica y lo tedioso de la redacción puede quizá no gustar pero confirman el carácter reiterativo de la norma, en su vocación de abundar en explicaciones y detalles. La descentralización siendo en esencia un proceso político e institucional no descarta, sin embargo, imbricaciones de naturaleza económica y productiva. A partir de esta constatación resulta inevitable interpelar a la organización descentralizada del Estado por objetivos en el campo del desarrollo económico y social del país. Pese a que hoy se discute la injerencia de las políticas públicas en el despliegue de las relaciones productivas y comerciales, el terreno descentralista es pródigo en expectativas sobre cuestiones relativas al crecimiento económico y al bienestar material de la población.

Esta ideología desarrollista y correctora de los desequilibrios sociales que porta la descentralización política, puede llevar a sospechas acerca de la eficacia de estos fines no institucionales y pensar que no pasa de una ilusión, como algunos escépticos sostienen. Puede ser, ¿qué duda cabe! Pero lo cierto es que estamos ante una fuente de exigencias insistentes y múltiples para que la distribución del poder en el territorio rinda frutos extrapolíticos. A partir de esta verificación será factible enjuiciar la descentralización existente contrastando los propósitos y fines que nuestra doctrina y legislación proclaman con los resultados que arroja la realidad.

3. Conclusiones

Primero.- Transcurridos más de diez años que el proceso descentralista fuera relanzado urge llevar a cabo una evaluación que tenga por delante los grandes objetivos de una reforma de gran calado, como es la descentralización política. Nos referimos a una mejor prestación de los servicios públicos ya transferidos a las regiones, tanto en calidad, cobertura y precio, una década después. También cabe preguntarse sobre los avances en cerrar las grandes brechas entre las diferentes circunscripciones territoriales del país, cuando mecanismos como la distribución del canon, por ejemplo, ha acentuado el patrón de desigualdad existente. Finalmente, debemos examinar si la descentralización del país vigente está coadyuvando a la anhelada integración nacional o por el contrario –como manifiestan los críticos– erige trabas para la ejecución de políticas nacionales y, en consecuencia, reproduce la dispersión consuetudinaria del Estado peruano.

131

Segundo.- Una evaluación de esta naturaleza y alcance requiere *prima facie* la reelaboración de una panoplia de conceptos sobre la descentralización y la cuestión estatal, capaces de auxiliarnos en la determinación de una nueva mirada sobre esta importantísima reforma política e institucional.

Tercero.- En lo inmediato esta tesis implica migrar de un enfoque que privilegia los gobiernos descentralizados, con énfasis en su fortalecimiento tanto en recursos financieros como en la amplitud de su régimen competencial. Sin duda esta observación resulta fundamental pero tiene como déficit la omisión del rol del gobierno nacional en el mismo proceso descentralista. Y este fallo no es casual en muchos casos, sino que responde a cierta visión que estima que descentralizar es solamente debilitar al centralismo estatal, en la medida que

se fortalece los organismos periféricos. Este paradigma que ha hegemonizado la reflexión sobre el tema debe ser escrutado y puesto a prueba, porque, a nuestro juicio, he ahí una de las causas de miradas unilaterales de una transformación compleja como es la descentralización.

Cuarto.- Por nuestra parte creemos que no es correcto preterir la cuestión del gobierno nacional en el proceso descentralista, no solo porque la descentralización nace de un acto político central, de una voluntad constituyente de la nación peruana, que se despoja de antiguas potestades y redistribuye a continuación el poder político originalmente concentrado. Más que eso. No hay descentralización auténtica sin la existencia de un fuerte centro político gubernamental que defina el nuevo sentido general de la marcha del país, luego que poderes, recursos y competencias han sido asignados a instancias territoriales dotadas también de poder político de carácter autónomico. Descentralizar al margen o, peor, en contra de un gobierno de la nación es una nefasta ilusión, un gravísimo error, porque en vez de una distribución del poder político racional y proporcionada, en una palabra moderna, implica retrasar el reloj de la historia hasta los tiempos medievales y la época del feudalismo arcaico y opresor.

132

Quinto.- Mirar la descentralización integralmente, como una gran reforma del Estado importa recuperar una óptica totalizadora, que no extravíe la imprescindible visión de conjunto para soltar la cuerda a la unilateralidad y andar por las rutas equivocadas. Afirmamos que únicamente premunidos con una concepción general de estas características, podremos evaluar con justicia y serenidad, sin miradas parceladas ni apasionamientos románticos, los resultados de la descentralización en marcha transcurridos más de diez años. Será menester poner por delante el interés de la población porque es ella y no las construcciones teóricas y sus divagaciones, la que debe sentirse satisfecha con el curso del proceso, en primer lugar. De esta forma una reforma básicamente política, jurídica e institucional podrá rendir cuentas—ya no por estas articulaciones políticas— sino por su impacto económico y el beneficio para las regiones más atrasadas del Perú. Así, la descentralización estatal adquiere una dimensión productiva y redistributiva múltiple, enriqueciendo en forma notable su perspectiva futura.

Lima, 19 de septiembre del 2014

DESCENTRALIZACIÓN, CONFLICTOS TERRITORIALES Y PROCESO COMPETENCIAL

BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES*

SUMARIO

1. Introducción; 2. El proceso competencial en materia territorial. Naturaleza. Fines. Presupuestos procesales; 3. La competencia constitucional (político-administrativa) para «establecer» la demarcación territorial local y regional. Análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; 4. La competencia constitucional (jurisdiccional) para «resolver» problemas de demarcación territorial local y regional. El territorio: delimitador de competencias. Análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; 5. Conclusiones.

Los conflictos entre órganos constitucionales tienen muchas vías políticas para resolverse y más aún para evitarse. Pero es consecuente con la concepción de la Constitución como derecho y con el carácter del Tribunal Constitucional como su supremo intérprete, que, en última instancia, la contienda pueda dirimirse por la vía jurisdiccional. Con esa previsión ni se judicializa la política ni se politiza el derecho, necesariamente. Solo se es coherente con la idea de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento.

Manuel Aragón Reyes

133

1. Introducción

Como bien sabemos, el Estado peruano viene haciendo denodados esfuerzos en implementar una real y verdadera política gubernamental de descentralización, transfiriendo a dicho efecto el conglomerado de sus funciones políticas, económicas y sociales a los gobiernos locales y regionales, con la finalidad de que los ciudadanos accedan de manera directa a las

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Piura (campus de Lima). Abogado por la misma casa de estudios. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

prestaciones estatales (seguridad, educación, salud, transporte, etc.), cuyo otorgamiento viene ordenado por la cláusula del Estado social de derecho. Esta tarea descentralizadora del Estado no ha sido fácil, por lo contrario, ha venido encontrando paulatinamente una serie de obstáculos relacionados, desde sus inicios, entre otros, con el celo político del gobierno central al momento de transferir sus funciones y con el desinterés político mostrado por los gobiernos locales y regionales para recepcionar y ejercer las funciones transferidas.

Paralelamente a dichos obstáculos *exógenos* (relacionados con la mentalidad y la idiosincrasia de los políticos gobernantes), existen otros que llamaremos obstáculos *endógenos* (relacionados con el proceso mismo de transferencia de funciones) que restan eficacia a la política descentralizadora del Estado. Uno de dichos obstáculos es el creciente descubrimiento de *zonas limítrofes de imprecisión territorial* existentes en los ámbitos geográficos de los gobiernos locales y regionales, obstáculo que da origen a los conflictos territoriales locales y regionales en el Perú.

134

Ello, evidentemente, constituye un obstáculo gravitante para la consolidación del proceso de descentralización, toda vez que genera desconcierto e incertidumbre en los gobernantes locales y regionales al momento de ejercer sus funciones y competencias transferidas, por no saber con exactitud hasta qué zona territorial ejerce jurisdicción su gobierno, generándose a consecuencia de esto una insatisfacción en el ciudadano, quien también se siente desconcertado por no saber a qué gobierno local o regional acudir para solicitar sus prestaciones de salud, seguridad, educación, transporte, etc. Esta situación se agudiza cuando el ciudadano asentado en la zona de imprecisión territorial es *desatendido* por dos o más gobiernos locales y regionales, alegando estos que no asumen jurisdicción en dicha zona; y en otras circunstancias es *acosado* al ejercer jurisdicción conjunta dos o más gobiernos locales y regionales en dicha zona territorial, generándole así doble gravamen en sus derechos e intereses. Esta situación se vuelve aún más crítica para el ciudadano si el problema de imprecisión territorial perdura en el tiempo, pues no sabrá con certeza a qué gobierno acudir para solicitar sus prestaciones sociales, generándose un agravio a sus derechos fundamentales como persona.

Es importante alertar que en la actualidad, en el Perú, existe un sinnúmero de situaciones que involucran conflictos territoriales que menoscaban los derechos de los ciudadanos, y originan la ineludible necesidad de que sean

prontamente resueltos por las autoridades gubernamentales. Según el Instituto Peruano de Administración Municipal (IPAM), los conflictos territoriales de Lurín-Pachacámac, San Martín de Porres-Independencia y San Isidro-Magdalena son los más complejos en Lima. Otros casos son los conflictos de límites Callao-Lima Metropolitana, Chorrillos-Surco, Chorrillos-Barranco, Chorrillos-Villa El Salvador, San Juan de Miraflores-Chorrillos, Ancón-Puente Piedra y Magdalena-San Miguel. También figuran los casos de Magdalena-Pueblo Libre, Punta Hermosa-Punta Negra, San Bartolo-Santa María del Mar, Pucusaña-Santa María del Mar, Surquillo-San Borja, Surco-Barranco y Ate-Surco¹. En el interior del país existen problemas territoriales en Ayacucho². Asimismo, existe conflicto territorial entre Puno y Moquegua³.

Estos conflictos territoriales, a su vez, tienen causas diversas. Una de ellas es, precisamente, *la inexistencia de leyes de creación* de los gobiernos locales y regionales y, como consecuencia de ello, la inexistencia de límites, linderos y coordenadas que definan el ámbito geográfico de cada uno de ellos. Otra causa proviene de la *antojadiza interpretación que realizan algunos gobiernos locales sobre sus leyes de creación y sobre sus límites, linderos y coordenadas* a través de la cual consideran dentro de su ámbito geográfico, territorios donde se encuentran asentadas propiedades comerciales e industriales que por ley pertenecerían a otros gobiernos locales, todo ello con el fin de incrementar su recaudación por concepto de tributación municipal. Otra proviene del *particular interés de agrupaciones de vecinos* de un distrito que pretenden pertenecer a otro distrito colindante, por ser de estrato social superior, con el fin de ver incrementado el valor patrimonial de sus viviendas. Otra causa de los conflictos es el *tráfico de terrenos* que realizan inescrupulosas personas, quienes, para la regularización de estos, acuden al gobierno local que se condice con sus intereses, pero que precisamente no ejercen jurisdicción sobre dichos terrenos.

¹ «El conflicto limítrofe San Isidro-Magdalena es uno de cuarenta que hay en Lima», en «www.elcomercio.com.pe», visita de fecha 10 de julio de 2010. Véase también «San Isidro y Magdalena se enfrentan por límites», en «www.peru21.com.pe», visita de fecha 10 de julio de 2010.

² «Ayacucho con problemas de demarcación territorial», en «www.larepublica.com.pe», visita de fecha 10 de diciembre de 2010.

³ «Tolapalca quiere anexarse a Moquegua», en «www.correo.com.pe», visita de fecha 5 de enero de 2011.

Esta problemática descrita que, a la larga, tiene incidencia negativa en el disfrute de los derechos e intereses de las personas, origina pues la necesidad de evaluar, estudiar y proponer mecanismos jurídicos rápidos, sencillos y efectivos con el fin de que se precisen los ámbitos geográficos de cada gobierno local y regional y/o se resuelvan de una manera definitiva los problemas de demarcación territorial. A estos efectos se dirige el presente estudio. Por ello, se dará cuenta de los mecanismos jurídicos existentes dirigidos a solucionar la «problemática de los conflictos territoriales locales y regionales»; y se evaluará además cuál de estos mecanismos resulta ser el más eficaz de cara a una solución pronta del problema y a una protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. El proceso competencial en materia territorial. Naturaleza. Fines. Presupuestos procesales

El artículo 202° de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Tribunal Constitucional «conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley». Si bien es cierto que la Constitución no reconoce a los conflictos de competencia como una garantía constitucional, es la ley (el Código Procesal Constitucional) la que le otorga rango de proceso constitucional y le asigna la especial misión de *garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales* (artículos I y II). El artículo 109° del Código Procesal Constitucional establece que «el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las *competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales*, y que opongán: 1) al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o, 3) a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a estos entre sí».

A nivel doctrinario se ha señalado que existe diferencias entre *conflicto de competencias* que hace referencia a conflictos territoriales y *conflicto de atribuciones* que hace alusión a conflictos interorgánicos⁴; se ha señalado también

⁴ A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 265.

que a través de la resolución de los distintos conflictos constitucionales de competencias y atribuciones se garantiza la vigencia efectiva del principio de separación de poderes⁵.

Si bien los conflictos entre órganos constitucionales y los conflictos territoriales son procesos distintos, tienen un tratamiento legal común, pues ambos conflictos pretenden ser garantía de la división de poderes (horizontal en un caso, vertical en otro) y se refieren, en definitiva, a las normas constitucionales de competencia. Difieren en cuanto a los sujetos (entes territoriales con personalidad jurídica en un caso y órganos del Estado en otro), pero tienen cierta similitud en cuanto a los actos objeto del conflicto (disposiciones en el conflicto entre órganos constitucionales y disposiciones, resoluciones o actos en los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o a estas entre sí) y en cuanto a los requisitos procesales⁶.

Este proceso competencial persigue una doble finalidad: el pronunciamiento sobre *la titularidad de una competencia* y la decisión sobre si un determinado *acto o disposición* es o no legítimo, apareciendo ambos elementos inseparablemente unidos, de forma que no puede haber conflicto si la duda sobre la titularidad de una competencia no se materializa en un acto o disposición concretos⁷. En otras palabras, el proceso competencial tiene por finalidad la determinación de si tales *disposiciones* respetan el orden de competencia establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado⁸.

Como todo proceso constitucional, el proceso competencial también está sometido al cumplimiento de presupuestos procesales que sirvan de mérito para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. A razón de los presupuestos procesales del proceso competencial, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] el proceso competencial debe versar sobre los temas expresamente previstos en el Código Procesal Constitucional, así como ser iniciado

⁵ G. RÖLLNERT LIERN, «El Tribunal Constitucional», en *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 245.

⁶ A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre...*, *op. cit.*, p. 249-250.

⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁸ G. RÖLLNERT LIERN, «El Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 262.

por los sujetos legitimados por dicha norma. En el primer caso [la materia], el conflicto debe estar directamente vinculado con la Constitución o las leyes orgánicas; mientras que en el segundo [los sujetos], la parte demandante debe ser un poder del Estado, un órgano constitucional o un gobierno regional o local. La ausencia de uno de tales requisitos acarreará un resultado desestimatorio, dado que ambos presupuestos procesales son necesarios para incoar el proceso competencial»⁹.

Dichos criterios procesales fueron ratificados recientemente por el mismo Tribunal y, esta vez, explicados y ampliados en un caso de conflicto competencial territorial. En esta ocasión señaló que «[...] en el conflicto competencial de autos el elemento subjetivo queda plenamente configurado, en la medida en que en concordancia con lo previsto por el artículo 109°, numeral 2, del Código, el conflicto competencial instaurado se presenta entre dos gobiernos municipales (ambos sujetos legitimados para ser parte en el proceso constitucional competencial), y son cada uno de ellos los que se reconocen como titulares legítimos –por razones contrapuestas– para el ejercicio de las competencias municipales en la *zona territorial en conflicto*. En el caso bajo análisis, se trata en efecto de un conflicto a propósito de las competencias constitucionales plasmadas en los artículos 194° y 195°, incisos 3 y 5, de la norma fundamental, *referidas específicamente a la competencia municipal territorial* y al ejercicio de autonomía en esta materia, así como a la competencia asignada a los gobiernos municipales para administrar sus bienes y rentas, y para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad. Se debe precisar además que al oponer el conflicto competencial de autos a dos gobiernos municipales, en el que ambos se afirman como titulares de las competencias constitucionales esbozadas, se configura un típico conflicto positivo objetivo de competencias, y dicha cuestión deberá ser dilucidada por este Colegiado, *debiendo definir a cuál de los órganos en conflicto corresponde ejercer las competencias constitucionales reclamadas en la zona territorial en conflicto* [...] Habiéndose configurado en el conflicto competencial instaurado los presupuestos requeridos (*elemento subjetivo y elemento objetivo*), este Tribunal se encuentra habilitado para realizar el análisis que le permita determinar *a quién corresponde ejercer legítima-*

⁹ STC N° 0003-2005-PC/TC, fundamentos 1 y 2, caso *Municipalidad del Centro Poblado Menor de San Juan de Uchubamba vs. Municipalidades Distritales de Masma y Monobamba*.

mente las competencias constitucionales reclamadas en la zona territorial en conflicto»¹⁰. Asimismo, para que puedan ser resueltos los conflictos territoriales, se exige también que se haya producido una lesión actual, real y efectiva, no potencial del orden de competencias, desestimando aquellos casos en los que se plantean meras dudas interpretativas, o en los que se alega una simple sospecha¹¹.

En tal sentido, para la procedibilidad del proceso competencial en materia territorial, no basta que las competencias alegadas estén previstas en la Constitución o en leyes orgánicas, ni que lo inicien los sujetos legitimados por el Código Procesal Constitucional, sino que también se requiere la alegación de *actos o disposiciones a través de los cuales se materializa el conflicto competencial*. Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] el conflicto que debe merecer un pronunciamiento en única instancia por este Colegiado debe estar referido a *actos normativos concretos, resoluciones o hechos objetivos debidamente probados que incidan de modo directo en la competencia constitucionalmente asignada o que se desprenda de la Ley Orgánica de alguno de los órganos constitucionales que denuncia el conflicto ante este Tribunal*, no pudiéndose alegar un conflicto de naturaleza competencial a raíz de situaciones creadas por trámites o reclamos administrativos entre órganos, o en base a suposiciones subjetivas en torno a hechos que no han sido debidamente sustentados o que son improbables e inciertos»¹².

139

Tal criterio procesal-material sobre la previa existencia de *actos o disposiciones concretas* fue ratificado recientemente por el alto Tribunal al señalar que «[...] en el proceso constitucional instaurado el acto que la Municipalidad demandante considera ilegítimo e invasor de sus competencias es la emisión de *órdenes de pago y resoluciones de ejecución coactiva* a contribuyentes registrados y pertenecientes a su jurisdicción territorial»¹³.

¹⁰ STC N° 0003-2008-PCC/TC, fundamentos 6, 7 y 9, caso *Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia*.

¹¹ A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre...*, op. cit., p. 375.

¹² STC N° 0001-2006-CC/TC, fundamento 3, caso *Municipalidad Distrital de Mariscal Cáceres vs. Municipalidad Distrital de Acoria*.

¹³ STC N° 0003-2008-PCC/TC, fundamento 8, caso *Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia*.

Conforme a lo expuesto debe advertirse que lo decisivo, lo esencial, para que recaiga un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el proceso constitucional competencial, en materia territorial, es la existencia de una controversia o diferencia de opinión sobre las respectivas competencias y la subsiguiente titularidad de una esfera de actuación del gobierno local o regional que viene determinada por la competencia territorial, así como la existencia de actos o disposiciones concretas a través de los cuales se materializa la supuesta interferencia de competencias.

Empero, de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en los procesos competenciales en materia territorial, es posible advertir que, pese a cumplirse con los presupuestos procesales antes referidos, se han venido emitiendo decisiones inhibitorias –con la etiqueta de improcedente– al considerarse *in toto*, sin hacerse ninguna elemental diferenciación ni distingo, que todas las pretensiones relacionadas con conflictos territoriales locales-regionales o que involucran problemas de demarcación territorial, corresponden ser resueltas en último término por el Congreso de la República (encargado de aprobar la demarcación territorial). Consideramos que la solución a la problemática de los conflictos territoriales locales y regionales en el Perú requiere la ineludible necesidad de diferenciar conceptualmente lo que constituye la competencia para *establecer o crear mediante ley* la demarcación territorial local o regional, de lo que constituye la competencia para *resolver problemas* de demarcación territorial cuando esta ya ha sido previamente establecida o creada por ley. De tal diferenciación dependerá, pues, que el Tribunal Constitucional asuma –y no rehúya– su competencia constitucional para resolver sobre el fondo de los procesos competenciales en materia territorial.

140

3. La competencia constitucional (político-administrativa) para «establecer» la demarcación territorial local y regional. Análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional

El artículo 102° de la Constitución Política del Perú establece que son atribuciones del Congreso: «[...] 7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo». La Ley N° 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, desarrollando el citado dispositivo constitucional, establece las definiciones básicas, criterios técnicos y los procedimientos para el tratamiento de la demarcación territorial en el Perú. En este contexto, la ley conceptúa a la demarcación territorial como el proceso técnico-geográfico mediante el cual se

organiza el territorio a partir de la *definición y delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional*. Es aprobada por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo (artículo 2°.1). Esta ley también señala que constituyen acciones técnicas de demarcación territorial: las *creaciones, fusiones, delimitaciones y redelimitaciones territoriales, traslados de capital, anexiones de circunscripciones, centros poblados* (artículo 2°.5). Asimismo, la ley establece que para el saneamiento y determinación de límites en áreas urbanas, por carencia o imprecisión de estos, el órgano técnico competente identifica y evalúa la existencia de conflictos de límites, a partir de las leyes de creación y delimitación correspondientes (artículo 12°.2).

Conforme se aprecia de dicha ley, la demarcación territorial (cuyos contenidos o actos pueden ser *creaciones, fusiones, delimitaciones y redelimitaciones territoriales, traslados de capital, anexiones de circunscripciones, centros poblados*), constituye pues un procedimiento *sui generis* (administrativo-parlamentario), que inicialmente es llevado a cabo por el *Poder Ejecutivo* y concluido luego por el *Parlamento* con la expedición de una ley que aprueba un determinado acto de demarcación territorial.

141

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional tiene dicho que los actos de demarcación territorial contienen intrínsecamente «*un acto político-administrativo creador de un proceso técnico-geográfico*». Es un acto administrativo, porque hace referencia a la rutina de los asuntos públicos que, por serlo, es normalizable y por tanto, normativizable. Es un acto político, porque hace referencia a una dimensión de los asuntos políticos que excede esa previsibilidad o estandarización, pues solo es normalizable o reconducible a reglas el ejercicio de la función política en lo tocante al procedimiento, pero no en lo que respecta a sus contenidos materiales que quedan en el ámbito de lo discrecional y que, por ello mismo, solo pueden acarrear responsabilidad política¹⁴.

Atendiendo a la particular naturaleza (político-administrativa) de los actos de demarcación territorial que tienden a *crear, fusionar, delimitar y redelimitar circunscripciones territoriales*, es que la Constitución Política del Perú ha encargado a un órgano político (Parlamento) y a un órgano administrativo (Po-

¹⁴ R. SÁNCHEZ FERRIZ, «El gobierno», en *Funciones y órganos del Estado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 97.

der Ejecutivo), y no precisamente a un órgano judicial, la realización de tales tareas demarcatorias, toda vez que ellas constituyen herramientas para «*garantizar el ejercicio del gobierno y la administración, facilitan la conformación de las regiones y generan información de carácter técnico-cartográfica que contribuye a la elaboración de los planes de desarrollo de nivel local, regional y nacional*» (Ley N° 27795); objetivos todos ellos de evidente matiz político-gubernamental, pero no jurisdiccional.

Por ello es que el Tribunal Constitucional, con buen criterio, ante pretensiones competenciales que implicaban una *creación, fusión, delimitación y redelimitación de circunscripciones territoriales*, en múltiples oportunidades emitió sentencias inhibitorias declarando la improcedencia de la demanda de conflicto competencial, por carecer de competencia constitucional para realizar tales tareas demarcatorias.

Así, el Tribunal señaló en un caso que «[...] respecto a la competencia territorial de las otras áreas que también forman parte de la zona territorial en conflicto, este Colegiado se ve imposibilitado de emitir pronunciamiento alguno dado que producto de las interpretaciones dispares que se realizan respecto de la Ley N° 25017, *no se ha definido con exactitud la titularidad de dicha jurisdicción territorial*, no siendo tampoco competente este Colegiado para interpretar dicha ley, pues antes que contener una norma jurídica (mandato preceptivo conformado por supuesto de hecho y consecuencia), contiene un *acto político-administrativo creador de un proceso técnico-geográfico*, cuya interpretación y/o definición última corresponde al Congreso de la República, encargado de “aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo” (numeral 7 del artículo 102° de la Constitución Política del Perú), previo trámite ante la Municipalidad Metropolitana de Lima, a quien le corresponde el “saneamiento y la determinación de límites en áreas urbanas” de la provincia de Lima (artículo 12° de la Ley de Demarcación y Organización Territorial)»¹⁵.

En otra ocasión, el Tribunal precisó que «[...] se podrá rechazar *in limine* una demanda sobre conflicto competencial en el supuesto que el Tribunal Constitucional *carezca de competencia para conocer aquellos conflictos que tengan*

¹⁵ STC N° 0003-2008-PCC/TC, fundamento 22, caso Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia.

por finalidad determinar o fijar los límites territoriales entre determinadas circunscripciones [...] Que en el presente caso [...] existe un proceso de demarcación territorial de la provincia de Paita a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros que dio mérito al Estudio de Diagnóstico y Zonificación (fojas 16 a 155), el cual constituye un documento técnico que sirve de base para el saneamiento y organización territorial de la aludida provincia, según se desprende de su contenido así como de la Resolución Jefatural N° 004-2005-PCM/ DNTDT, del 6 de abril de 2005 (fojas 156). *Se pretende en buena cuenta que este Tribunal se pronuncie y determine, en función de un documento técnico interno (Hoja Informativa N° 10-IGN/Geog.-DT, emitida por el Instituto Geográfico Nacional, que corre a fojas 158), cuál es el ámbito territorial que corresponde a la Municipalidad Provincial de Paita, lo que evidentemente no corresponde a este Colegiado.* Que estando a las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional estima que, en las actuales circunstancias, y hasta que no se defina la circunscripción territorial, carece de competencia para conocer el proceso de autos; por tal razón la demanda debe ser desestimada en aplicación conjunta del inciso 3 del artículo 104° y del segundo párrafo del artículo 112° del CP Const.»¹⁶

En igual sentido, el Tribunal estableció que «[...] el conflicto que el demandante pretende ventilar a través del presente proceso no es un asunto que versa sobre las competencias materiales que les vienen asignadas a las partes por la Constitución o las leyes orgánicas, sino que implica dilucidar sobre el ámbito territorial en el que ellas pueden ser ejercidas, asunto que, como es evidente, escapa a su naturaleza y objeto. Por otra parte [...] la demarcación territorial es una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, correspondiendo a este último aprobar la demarcación territorial propuesta por el primero, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 102°, inciso 7, de la Constitución Política del Perú concordada con la Ley N° 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2003-PCM. *En consecuencia, siendo los conflictos sobre límites territoriales ajenos a la finalidad propia del proceso competencial, corresponde declarar la improcedencia de la demanda de autos*»¹⁷.

¹⁶STC N° 0009-2009-CC/TC, fundamentos 5 y 6, caso Municipalidad Provincial de Paita vs. Municipalidad Provincial de Sechura y Municipalidad Distrital de Vice.

¹⁷STC N° 0006-2007-CC/TC, fundamentos 8, 9 y 10, caso Municipalidad Distrital de Pachacámac vs. Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo.

Finalmente, el Tribunal declaró que «[...] el conflicto que el demandante pretende ventilar en esta sede no versa sobre las competencias materiales que les vienen asignadas a las partes por la Constitución o las leyes orgánicas, *sino que supone el dilucidar sobre el ámbito territorial en el que ellas pueden ser ejercidas. En otras palabras, la demandante pretende valerse de este proceso para definir el conflicto (de antigua data) suscitado con la MPCh consistente en la determinación de a qué jurisdicción distrital pertenecen las urbanizaciones Avietel, La Plata, La Pradera, Los Cedros de la Pradera y el Parque Industrial, asunto que, como es evidente, escapa a su naturaleza y objeto.* Por otra parte [...] la demarcación territorial es una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, correspondiendo a este último aprobar la demarcación territorial propuesta por el primero, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 102°, inciso 7, de la Constitución Política del Perú»¹⁸.

Delimitada así la competencia constitucional del Poder Ejecutivo y del Congreso para aprobar o realizar tareas de demarcación territorial, conviene entonces precisar ahora la competencia que tendría el Tribunal Constitucional, en relación con la demarcación territorial, con motivo del conocimiento, tramitación y posterior resolución de un proceso competencial que verse sobre materia territorial.

144

4. La competencia constitucional (jurisdiccional) para «resolver» problemas de demarcación territorial local y regional. El territorio: delimitador de competencias. Análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional

Como bien sabemos, el Estado se nos presenta como una comunidad políticamente organizada en un ámbito territorial determinado. Por ello, se ha llegado a decir que es una forma de vida social históricamente determinada y una estructura política cuyos elementos esenciales son el poder, *el territorio*, la población y el derecho¹⁹.

¹⁸ STC N° 0002-2004-CC/TC, fundamentos 3, 4 y 5, caso *Municipalidad Distrital de Pimentel vs. Municipalidad Provincial de Chiclayo*.

¹⁹ C. FAYT, *Derecho político*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 129.

La importancia del territorio radica en que es el espacio o porción geográfica en la que se realiza la actividad estatal²⁰, condiciona la vida social de la población, su economía y su cultura, sus posibilidades de desarrollo efectivo e influye en la organización política. A su vez, este elemento natural está condicionado por lo cultural, por la técnica y la ciencia²¹. Es en este contexto que el Tribunal Constitucional ha recalcado la importancia del territorio para la vida política de un Estado al señalar que «[...] la demarcación territorial es la división política del territorio en regiones, departamentos, provincias y distritos, y tiene consecuencias en la vida social y política del país; por ello, tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993 han establecido que sean normas con rango de ley aprobadas por el Congreso las que establezcan tal configuración del territorio nacional»²².

Se le atribuye al elemento territorial las funciones siguientes: *a) en relación con la población*, individualiza geográficamente al pueblo, influye en la determinación de ciertos rasgos físicos y espirituales y se constituye en frontera de un pueblo; *b) en relación con el poder*, fija el ámbito de competencia territorial del poder del Estado (es decir, la territorialidad de la soberanía) y delimita la competencia también de orden territorial del poder en el Estado (autoridad o gobierno), y en sentido negativo, marca el límite de la competencia territorial de los otros Estados particulares y sirve de base a la organización del poder conforme a criterios espaciales; y, *c) en relación con el derecho*, determina el ámbito de validez o vigencia del orden jurídico estatal²³.

Atendiendo a estas funciones descritas es que el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la circunscripción territorial de los gobiernos locales, precisando que «[...] las competencias que corresponden a una autoridad municipal deben ser ejercidas dentro de la circunscripción territorial correspondiente; de lo contrario, se llegaría al absurdo de pretender que los actos administrativos de una entidad municipal puedan vincular y obligar a las demás corporaciones municipales, más aún cuando el artículo 194° de la Constitución no distin-

²⁰ C. FAYT, *Derecho político, op. cit.*, p. 171.

²¹ *Ibid.*, p. 132.

²² STC N° 0005-2007-PC/TC, fundamento 13, caso Municipalidad Distrital de Pachacámac vs. Municipalidad Distrital de Lurín.

²³ C. FAYT, *Derecho político, op. cit.*, p. 178.

que entre un gobierno municipal y otro, sean de rango provincial o distrital, debido, justamente, al ámbito territorial dentro del que cada uno de ellos puede hacer uso de sus atribuciones [...] Las Municipalidades son definidas como gobiernos locales que ejercen su competencia en la circunscripción de las provincias y distritos del Estado, y tienen una pluralidad de tareas las cuales les son asignadas atendiendo a lo siguiente: a) *Competencia por territorio*. Según esta, las municipalidades, sean provinciales, distritales o delegadas, cuando ejercen sus atribuciones normativas, administrativas o económicas, solo deben referirse a las circunscripciones geográficas para las cuales han sido elegidas (*esto se conoce como la jurisdicción*) [...] Así, claro está que los gobiernos municipales ejercen sus competencias en el ámbito territorial (*competencia territorial*) que les corresponde conforme a ley; de lo contrario se daría una invasión ilegítima del ámbito competencial asignado»²⁴.

146

Por ello es que existe la ineludible «*necesidad constitucional*» de que la circunscripción territorial de cada gobierno local o regional goce de una meridiana delimitación, y que esta sea respetada por todas las autoridades, por particulares y por toda la población involucrada. Con ello, en aplicación de los principios de colaboración y cooperación, se trata de evitar las duplicidades innecesarias, disfunciones o contradicciones especialmente entre los distintos niveles de administración (estatal-autonómica-local), esto es, relaciones interadministrativas²⁵; máxime si los diversos entes locales con personalidad jurídica reconocida son administraciones (en forma de administración corporativa), gestores de sus intereses propios para los que se les garantiza constitucionalmente su autonomía²⁶. Es en este contexto que el alto Tribunal, con buen criterio ha ratificado que «[...] la competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, *territorial* y procesal [...] d) La competencia territorial y el acto estatal constitucional. La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado. *En virtud de ello, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que precisa la órbita de validez intraterritorial de las*

²⁴ STC N° 0003-2007-PC/TC, fundamentos 65, 66 y 67, caso Municipalidad Distrital de Surquillo *vs.* Municipalidad Distrital de Miraflores.

²⁵ R. SÁNCHEZ FERRIZ, «El gobierno», *op. cit.*, p. 103.

²⁶ *Ibid.*, p. 100.

atribuciones conferidas. En consecuencia, dicha competencia puede tener un alcance nacional, regional, departamental o local»²⁷.

Ahora bien, como ya lo hemos señalado en líneas precedentes, los actos de demarcación territorial contienen intrínsecamente «*un acto político-administrativo creador de un proceso técnico-geográfico*». Pero, el hecho que la función política o gubernamental se defina por la discrecionalidad, no significa ello que se sitúe por completo fuera del campo del derecho; están comúnmente aceptadas las diferencias entre la discrecionalidad y la arbitrariedad [...] En definitiva, no existen actos salvados, por su naturaleza, de la regulación normativa ni por sí mismos exentos de control en un Estado de derecho bien ordenado²⁸. Así las cosas, ningún acto emitido por particulares o por autoridades (Ejecutivo, Parlamento, gobiernos locales o regionales, etc.) se encuentra exento del control constitucional. Por lo contrario, todos los actos públicos o privados son perfectamente controlables de cara a su conformidad con los derechos, garantías, principios o valores que recoge la Constitución.

Y es que en los conflictos constitucionales de competencia (*inclusive en materia territorial*), aunque pueda subyacer (y de hecho muchas veces así ocurre) un conflicto político, la resolución de la controversia no depende de una decisión política, de la adopción de una de las diversas soluciones que la Constitución haya dejado a la libre disposición de un órgano, sino que es fruto de la aplicación de la norma constitucional a un caso concreto y, por ello, este proceso puede configurarse como un auténtico proceso jurisdiccional, lo que justifica, en última instancia, la intervención del Tribunal Constitucional²⁹; quien tiene la delicada función genérica de actuar como órgano de integración jurídico-política del conjunto del ordenamiento jurídico y del sistema político en la Constitución, en otras palabras, órgano de cierre del sistema político³⁰.

En razón de lo expuesto, consideramos que, si bien es cierto que los actos concretos de demarcación territorial (creaciones, fusiones, delimitaciones y

²⁷ STC N° 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.5, caso *Municipalidad Distrital de Pachacámac vs. Municipalidad Provincial de Huarochirí*.

²⁸ R. SÁNCHEZ FERRIZ, «El gobierno», *op. cit.*, p. 97.

²⁹ A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre...*, *op. cit.*, p. 28.

³⁰ G. RÖLLNERT LIERN, «El Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 245.

redelimitaciones territoriales, traslados de capital, anexiones de circunscripciones, centros poblados) constituyen actos administrativos-parlamentarios iniciados por el *Poder Ejecutivo* y concluidos luego por el *Parlamento* con la expedición de una *ley*; no es menos cierto también que los otros problemas que rodean a la demarcación territorial sí pueden ser ventilados en sede constitucional y, en efecto, pueden ser resueltos por el Tribunal Constitucional. Nos explicamos. El proceso competencial, al igual que los procesos constitucionales de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento) o de tutela de la supremacía constitucional (inconstitucionalidad, acción popular), no tienen por finalidad *crear, constituir, otorgar o declarar derechos, ventajas o situaciones sobre alguna autoridad o un particular*. Por lo contrario, tienen por finalidad *proteger, resguardar o restituir lo que ya ha sido previamente reconocido, constituido u otorgado por imperio de la ley, de la Constitución o del derecho natural*³¹. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, sin interferir en las competencias constitucionales para la demarcación territorial que ostenta el Ejecutivo y el Parlamento, podría emitir pronunciamiento jurisdiccional *respetando, resguardando o haciendo cumplir* el acto de demarcación territorial que ha sido aprobado previamente por el Parlamento a través de una ley. Queda claro que, por la vía del proceso competencial, el Tribunal Constitucional no podrá crear circunscripciones territoriales (distritos, provincias o regiones), ni podrá establecer la extensión, límites, linderos o colindancias de estas, pues eso compete al Ejecutivo y al Congreso. Mas sí le competirá velar por el *cumplimiento de la ley* que aprobó un determinado acto de demarcación territorial. En esta tarea, podrá hacer uso de informes u opiniones técnicas emitidas por autoridad competente sobre la materia territorial, por ejemplo, el Instituto Metropolitano de Planificación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Congreso de la República (Diario de debates), el Instituto Geográfico Nacional (estudios cartográficos), etc. El parámetro de control del Tribunal Constitucional, en estos casos, estaría constituido pues por las propias leyes de creación de los gobiernos locales o regionales en conflicto. De este modo, alegándose en un caso la emisión de actos normativos que, por ejemplo, regulan el comercio, el transporte; o alegándose la emisión de actos administrativos,

³¹ B. LÓPEZ FLORES, «Más sobre la existencia “material” de etapa probatoria en los procesos constitucionales», en *La prueba en el proceso constitucional*, Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, 2010, p. 215-216.

como por ejemplo, órdenes de pago, resoluciones coactivas, por parte de un gobierno local que no tiene jurisdicción en el ámbito territorial señalado en los actos expedidos, entonces la tarea por realizar a cargo del Tribunal Constitucional será determinar (en base a la ley de creación, a las opiniones técnicas y a los estudios cartográficos) si efectivamente dicho gobierno local tiene jurisdicción en el ámbito territorial. No podrá hacer otra cosa adicional que hacer cumplir y respetar lo que la ley de creación ha dispuesto respecto a los límites, áreas o linderos de un determinado gobierno local. Solo podrá determinar si los actos (normativos o administrativos) expedidos por un gobierno local tienen un alcance mayor o rigen en un ámbito territorial que no es el suyo.

Esta competencia del Tribunal Constitucional para resolver procesos competenciales en materia territorial, presupone pues la *existencia de una ley demarcatoria* que defina con meridiana claridad los límites, áreas o linderos de un determinado gobierno local. Si no existe dicha ley de creación, entonces el Tribunal no podrá asumir competencia, pues los encargados por la Constitución para aprobar la demarcación territorial son el Ejecutivo y el Parlamento. Por ello, consideramos que para estos casos específicos de procesos competenciales en materia territorial, la existencia de una ley demarcatoria se constituye en un presupuesto procesal que deberá cumplir la parte demandante. Y es que, tal como ya lo ha señalado el alto Tribunal, constituye «[...] paso previo para el ejercicio de tal atribución, *obviamente que se haya determinado la circunscripción territorial que corresponde a cada gobierno local o regional, para evitar discrepancias o conflictos entre los distintos órganos políticos; caso contrario, de existir desavenencias entre ellos, estas serán resueltas de conformidad con el inciso 7 del artículo 102° de la Constitución*»³².

149

Se trata, sin duda, de un proceso competencial cuya finalidad es cumplir y respetar la demarcación territorial aprobada por el Parlamento a través de la ley. Nos surge aquí la siguiente duda: si se trata de un proceso judicial que tiene por finalidad el cumplimiento de una ley (demarcatoria), ¿por qué no puede ser entonces ventilado en sede constitucional a través del proceso constitucional de cumplimiento? Consideramos que no podría ser ventilado en un proceso de

³² STC N° 0024-2003-AI/TC, fundamentos 6 y 7, caso *Municipalidad Distrital de Lurín vs. Municipalidad Provincial de Huarochirí y Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros*.

cumplimiento, toda vez que dichas leyes de demarcación no necesariamente contienen un mandato cierto, claro, prístino e incondicional, pues para su interpretación y posterior aplicación siempre se necesitarán otros elementos, como por ejemplo, estudios cartográficos, opiniones técnicas, etc. Ello ya ha sido señalado así por el Tribunal Constitucional en un proceso de cumplimiento en materia territorial «[...] que en el presente caso, independientemente de no haberse cumplido con el requisito especial de la demanda exigido por el artículo 69° del Código Procesal Constitucional, las normas legales invocadas no reúnen los requisitos mínimos requeridos («mandato de obligatorio cumplimiento»), toda vez que «dichas normas no contienen un mandato claro y concreto que deba cumplirse, no contienen especificaciones concretas sobre los límites del distrito de Pachacámac, específicamente de aquellos que colindan con el distrito de Villa María del Triunfo, que deban ser observados, y más aún, se exige el cumplimiento de una norma de la Colonia (Real Cédula Española del 16 de mayo de 1746), norma que –no obstante su valor histórico– no puede surtir ningún efecto jurídico directo por no formar parte del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano que se organiza a partir de una Constitución que a su vez genera un Estado democrático de Derecho»³³.

150

Por lo expuesto, el proceso competencial en materia territorial se vislumbra como el proceso idóneo para hacer respetar y cumplir la demarcación territorial aprobada por el Parlamento mediante ley. Respecto a este proceso, no debe perderse de vista que los verdaderos precedentes de los conflictos entre órganos constitucionales no aparecerán hasta la segunda mitad del siglo XIX y su aparición se produjo fundamentalmente en el ámbito de la división territorial del poder³⁴.

A propósito de esta novedosa tesis que postulamos aquí, conviene señalar que el Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de dirimir o resolver controversias territoriales entre gobiernos locales y regionales determinando y/o reconociendo la titularidad de las competencias territoriales en algunos de ellos. Así, el Tribunal señaló en un caso que «[...] este Tribunal ha logrado definir que el Mercado de Abastos N° 1: [...] (i) es un bien de servicio públi-

³³STC N° 5236-2008-PC/TC, fundamentos 3 y 4, caso Municipalidad Distrital de Pachacámac vs. Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo.

³⁴A. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre...*, op. cit., p. 28.

co por la finalidad pública que persigue; (ii) *que se encuentra en la jurisdicción territorial asignada a la Municipalidad demandante [...] En consecuencia, consideramos –luego de la labor interpretativa constitucional realizada y de la aplicación del Test de Competencia– que el ejercicio de las competencias constitucionales reclamadas en el presente conflicto competencial –respecto del Mercado de Abastos N° 1 en tanto bien de servicio público– le corresponde, en forma legítima, a la Municipalidad demandante. Finalmente, como ya se ha establecido, los bienes de dominio público materia del proceso constitucional instaurado están ubicados y pertenecen a la jurisdicción territorial de la Municipalidad Distrital de Surquillo, y es ella la legítima titular de las competencias constitucionales reclamadas*³⁵.

En igual sentido, en reciente decisión, el Tribunal determinó que «[...] de acuerdo con el informe emitido por el órgano competente en la materia (IMP) y a los argumentos expuestos en la demanda, *este Tribunal Constitucional aprecia que de toda la Zona Territorial en Conflicto cuya jurisdicción se atribuye la demandante, la zona industrial circundada por la Av. Túpac Amaru, Av. Naranjal y Carretera Panamericana Norte se encuentra dentro de la jurisdicción territorial de la Municipalidad Distrital de Independencia*. A su vez comprueba que las partes en conflicto interpretan cada una a su manera la finalidad y alcances de la Ley N° 25017, siendo esta la causa de los conflictos territoriales subsistentes entre las citadas municipalidades [...] En razón de lo expuesto, este Colegiado considera que la demanda debe ser desestimada, debiéndose por tanto precisar que como ha quedado acreditado en los fundamentos *supra*, la zona industrial circundada por la Av. Túpac Amaru, Av. Naranjal y Carretera Panamericana Norte se encuentra dentro de la jurisdicción territorial de la Municipalidad Distrital de Independencia, porque así lo dice su ley, la que por la presunción de legitimidad no puede ser cuestionada en fundamento de la pretensión en este caso de proceso constitucional singular [...]»³⁶.

Nótese que gran parte –si es que no la mayoría– de procesos competenciales en materia territorial han sido declarados improcedentes por el Tribunal Constitucional bajo el argumento criticable de que la competencia constitu-

³⁵ STC N° 0003-2007-PC/TC, fundamentos 65, 66 y 67, caso *Municipalidad Distrital de Surquillo vs. Municipalidad Distrital de Miraflores*.

³⁶ STC N° 0003-2008-PCC/TC, fundamentos 21 y 22, caso *Municipalidad Distrital de San Martín de Porres vs. Municipalidad Distrital de Independencia*.

cional para aprobar la demarcación territorial la tiene el Parlamento. Peor aún, lo que resulta más criticable es el hecho de que habiéndose desestimado las demandas competenciales y exhortándose al Parlamento a que apruebe la demarcación territorial, esta aún no ha sido realizada y ni siquiera ha sido iniciada. Lo que quiere decir entonces que los procesos competenciales no tienen la capacidad de solucionar de una vez por todas los problemas planteados. Esta situación es fácil advertirlas del cúmulo de exhortaciones e invocaciones realizadas por el Tribunal Constitucional al Parlamento. Así, señaló en un caso que «[...] más allá del mandato contenido en el mencionado artículo 102°, inciso 7, de la Constitución, si tenemos en consideración que la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el referido proceso competencial (Exp. N° 0001-2001-CC/TC, seguido entre ambas municipalidades distritales), fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de mayo de 2003, «*resulta evidente que desde tal fecha hasta la expedición de la presente sentencia han transcurrido 5 años, largo periodo de tiempo en el que aún no se han definido los límites territoriales entre las Municipalidades de Pachacámac y Lurín, situación que tal como lo refieren ambas municipalidades, además de estar acreditada en autos y ser de público conocimiento, ha generado violentos incidentes, pero sobretodo graves perjuicios para aquellos ciudadanos que habitan en los territorios en disputa [...] Por tanto, debe reiterarse la invocación al Congreso de la República, al Poder Ejecutivo y a la Municipalidad Metropolitana de Lima para que, en el ámbito de sus competencias, dentro de las prioridades y altas responsabilidades que le confiere la Constitución y en el plazo razonable más breve, se apruebe la demarcación territorial entre las Municipalidades Distritales de Pachacámac y Lurín*»³⁷.

152

En igual sentido, y a manera de exhortación al Parlamento, señaló en otro caso que «[...] queda claro que los problemas limítrofes continúan. Entonces, en vista de que la discusión sobre los límites territoriales que involucran a las provincias de Cañete y Chíncha en relación con el territorio perteneciente a las denominadas Pampas de Melchorita se encuentra pendiente de resolución, se reitera la exhortación a las autoridades competentes y a los poderes del Estado involucrados a asumir oportunamente sus funciones y definir a la mayor brevedad la controversia suscitada»³⁸.

³⁷ STC N° 0005-2007-PC/TC, fundamento 16, caso Municipalidad Distrital de Pachacámac vs. Municipalidad Distrital de Lurín.

³⁸ STC N° 0018-2008-PI/TC, fundamento 6, caso Municipalidad Provincial de Cañete vs. Gobierno Regional de Ica.

En razón de todo lo expuesto, surge pues la necesidad de darle una nueva configuración, sentido giro y/o utilidad al proceso competencial en materia territorial, a efectos de que logre la finalidad de todo proceso judicial: la solución pronta, pacífica y definitiva de los problemas planteados.

5. Conclusiones

1. Queda meridianamente claro que los actos concretos de demarcación territorial (creaciones, fusiones, delimitaciones y redelimitaciones territoriales, traslados de capital, anexiones de circunscripciones, centros poblados) constituyen actos administrativo-parlamentarios, cuyas competencias constitucionales recaen en el *Poder Ejecutivo* y en el *Parlamento* y se materializan a través de una *ley*. Empero, constituye competencia constitucional del Tribunal Constitucional resolver problemas de demarcación territorial dando cumplimiento y/o haciendo respetar lo que la ley del Parlamento ha dispuesto respecto a los límites, áreas o linderos de un determinado gobierno local o regional.

2. La problemática de los conflictos territoriales en el Perú no se soluciona por el hecho de que el Tribunal Constitucional emita sentencias o autos inhibitorios y/o derive el asunto al Parlamento para que apruebe la demarcación territorial. Contrariamente a ello, la solución pronta a dicha problemática pasa por diferenciar la temática expuesta en la demanda competencial, así como por diferenciar las competencias constitucionales que tiene el Ejecutivo, el Parlamento y el propio Tribunal Constitucional sobre la demarcación territorial.

Así, si en un proceso competencial se pretende que el Tribunal Constitucional dicte un determinado acto de demarcación territorial se declarará improcedente la demanda, porque su competencia no es aprobar la demarcación territorial. Por lo contrario, si en la demanda se pretende anular actos normativos o administrativos expedidos en una jurisdicción territorial que pertenece a otro gobierno local o regional, el Tribunal podrá estimar la demanda porque actuando de esa manera coadyuvará al respeto y al cumplimiento de la demarcación territorial aprobada por el Parlamento a través de la ley (para ello si tiene competencia constitucional). Mientras al Poder Ejecutivo y al Parlamento les corresponde aprobar la demarcación territorial, al Tribunal Constitucional le toca –vía el proceso competencial– coadyuvar al cumplimiento de la ley demarcatoria expedida por el Parlamento. De este modo, definidas las compe-

tencias así, no todos los casos de conflictos territoriales se tendrían que solucionar por el camino tortuoso y burocrático del procedimiento parlamentario, sino que algunos podrían ser solucionados prontamente y de una manera definitiva por el Tribunal Constitucional atendiendo a las leyes demarcatorias de cada gobierno local o regional.

3. Esta competencia del Tribunal Constitucional para respetar y hacer cumplir la demarcación territorial aprobada por el Parlamento, presupone la necesidad de que los límites, linderos, áreas o coordenadas de los gobiernos locales o regionales en conflicto estén previamente definidos y/o delimitados por *ley*. De allí que en los procesos competenciales en materia territorial se deberá cumplir con un nuevo presupuesto procesal: *la existencia de una ley que apruebe y precise un determinado acto de demarcación territorial o que precise los límites, áreas o linderos de los gobiernos locales o regionales en conflicto.*

ENTREVISTA

ENTREVISTA AL PROFESOR PETER HÄBERLE*

JORGE LEÓN VÁSQUEZ**

La presente entrevista es el resultado de una iniciativa conjunta del profesor Dr. Dr. *b. c. mult.* Peter Häberle, del profesor Dr. *iur.* Markus Kotzur LL. M. (Duke) y del entrevistador. Tras mi participación, como parte del Programa del Doctorado, en el prestigioso Seminario que dirige el profesor Häberle en Bayreuth, siguieron los intercambios de ideas y conversaciones en los cuales siempre quedaban temas y preguntas pendientes, que, justamente, han sido abordados, en parte, en esta conversación que está estructurada como sigue: I. Derecho y política; II. Jurisdicción constitucional y derecho procesal constitucional; III. Teoría de la Constitución; IV. Mentores; V. La escuela häberleana en Alemania y en el mundo. Agradezco tanto al profesor P. Häberle como al prof. M. Kotzur por esta entrevista.

157

I. DERECHO Y POLÍTICA

1. En 1792 J. G. Herder dijo que la política era una «canción malvada». Se podría recordar también las palabras de J. W. von Goethe en el *Fausto*, cuando califica a la política como «una canción asquerosa y desagradable». Incluso Einstein dijo alguna vez que «la política es más complicada que la física». Profesor Häberle, ¿por qué se tiene a menudo una idea negativa de la política?

Peter Häberle: Yo me alegro de que usted empiece directamente con textos clásicos de filósofos y poetas, e inclusive con científicos de las ciencias naturales. Tales textos son siempre, en toda la gama de las ciencias y artes, un desafío para nosotros los juristas: nosotros estamos sobre sus hombros. En efec-

* Entrevista realizada en Bayreuth (Hamburgo), en el otoño de 2014. Traducción del entrevistador Jorge León.

** Doctorando en Derecho Público en la Universidad de Hamburgo. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

to, predomina con frecuencia una idea negativa de la política. Hoy se habla mucho del «desencanto de la política». Especialmente en Alemania existe una gran tradición de lo «no político», de manera especial desde el fracaso de la revolución de la Iglesia de San Pablo (*Paulskirchenrevolution*) de 1848/49 hasta la República de Weimar. Cuando se piensa en la pugna de los políticos por la obtención y el mantenimiento del poder, lo negativo está en primer plano. La política se trata también de eso, nosotros lo sabemos desde M. Weber. De modo negativo afecta también el conocimiento de que los políticos constantemente actúan con trampas y artimañas. Sin embargo, tan pronto como se piensa en los fines de la *buena* política, la imagen llega a ser más clara. Se reconoce que, en el Estado constitucional, la política se orienta a la justicia y al bien común, pugna por la «política de los derechos fundamentales» (un concepto mío del año 1971) y se enfoca en aspectos parciales del bien común como, por ejemplo, en la paz interna y externa, en la protección de las minorías, en la protección del medio ambiente y en el orden digital.

2. La política usualmente es asociada o con el ejercicio del poder o con el bien común. Cabría recordar el concepto amigo-enemigo de C. Schmitt. ¿Considera usted que es un gran error de definición la absolutización de un aspecto parcial de la política?

158

PH: La agudización del concepto de lo político en la relación amigo-enemigo se debe a la brillante retórica de C. Schmitt. Probablemente dicha relación se explique también por las particularidades posteriores de la República de Weimar. En la democracia pluralista nosotros preferimos hablar de «opositores»; por eso yo mismo siempre he rechazado inclusive la noción de «enemigo constitucional» con vistas a los artículos 18° y 21° de la Ley Fundamental de Bonn. La competencia y el ejercicio del poder son, seguramente, un aspecto parcial inevitable de la política; sin embargo, la política se trata también de encontrar consensos y de conciliación de intereses. Inclusive la oposición democrática realiza política esencial. La oposición está debidamente incluida o, mejor dicho, presente en el sistema parlamentario y en los derechos fundamentales, y es respetada como alternativa. Por último, la política tiene, como objetivo, la tarea de cohesionar a los ciudadanos. Piénsese también en la actual tarea pendiente de la integración de los inmigrantes o extranjeros, así como en el impedimento de «sociedades paralelas».

3. En una entrevista del año 1962 E. Bloch definió la política, por un lado, como «formación histórica consciente», de otro lado como «arte de lo po-

sible». De manera parecida usted ha definido la política como «el arte de lo posible y de lo necesario». ¿Podría explicarnos su definición? ¿Cómo se debe entender aquí la palabra «arte»?

PH: Agradezco el pensamiento de las posibilidades al gran poeta austríaco R. Musil. En mi ponencia en Regensburg en el año 1971 incluí, especialmente para los derechos de participación en el Estado prestacional, «la reserva de posibilidad», para expresar con ella el espacio para la acción política y las formas de concretización de los derechos prestacionales. En Alemania, la comprensión de lo político como arte de lo posible se remonta a O. von Bismarck. Yo añadí la expresión del arte de lo posible y del reconocimiento de lo real en 1978. Se puede hablar de una triada. Ya R. Musil había hablado del «hombre de la posibilidad» y del «sentido de la posibilidad». De otro lado, si se habla de «arte» es para expresar que la política se trata de ponderaciones racionales difíciles y que en esto existe un arte especial del buen actuar. Evidentemente es un talento distinto si un político habla bien como B. Obama o si actúa bien como R. Reagan. En Alemania se añade que lidiar hábilmente con los medios de comunicación requiere obviamente una técnica propia. En la actualidad los medios de comunicación despliegan a menudo para nosotros un poder despiadado y abusan de él («periodismo de manada»), aunque no conozco un medio con el que se pueda contrarrestar ello. Medios de comunicación, ética y consejos de prensa son manifiestamente insuficientes. En vista de la enorme competencia económica no ayuda a creer en el autocontrol de los medios de comunicación (caso *Wulff*). Es indispensable un análisis frío de la realidad, como se reconoce por ejemplo en el sector de la política exterior. Se debería diferenciar científicamente de modo más estricto que la política interior tiene otras tareas y posibilidades que la política exterior, la política jurídica otras que la política social o que la ciencia política. En el Estado constitucional del presente un ideal político es la economía social de mercado.

4. Los juristas tienen casi siempre la autocompresión y la autoestimación positiva de que su actividad es apolítica y que ella está vinculada únicamente con el derecho. ¿Por qué la mayoría de juristas es de esta opinión?

PH: En primer lugar se puede subrayar que los juristas son *servidores del derecho*: servidores al servicio de los ciudadanos. Esto es a menudo olvidado por egocentrismo. Creer que la actividad del jurista es «apolítica» fue, sobre todo, un malentendido del positivismo. En las cláusulas generales del derecho civil y en los espacios de organización del gobierno y de la administración se toman en

cuenta muchas valoraciones políticas (margen de evaluación). Sobre todo, el conocimiento de J. Esser («La precomprensión y la elección de métodos») nos permite conocer cómo muchas valoraciones llegan a ser actuales no solo en las ponderaciones en el proceso de interpretación, por ejemplo en la *prohibición de exceso*. No obstante, ello necesita de mucha actividad reflexiva y racional de los juristas. Hoy la jurisprudencia internacional será requerida, más quizá incluso a largo plazo, en la medida que nos esforcemos por una teoría constitucional universal, en la medida que se formen tribunales constitucionales internacionales, que ganen influencia también en Alemania. El juez en el caso concreto debe justificarse «en el nombre del pueblo» (*invocatio populi*), tanto el «pequeño juez de primera instancia» en Bayreuth como el TCF en Karlsruhe.

5. Se piensa también que el derecho y la política son opuestos. G. Leibholz dijo alguna vez que entre el derecho y la política existía una contradicción que no podía solucionarse, pues la política era irracional y dinámica mientras que el derecho era racional y estático. ¿Qué piensa usted sobre esta teoría dualista? En el Estado constitucional, ¿puede la política ser «irracional»?

160

PH: Usted cita con razón al gran profesor de Derecho del Estado y por largo tiempo muy influyente juez del TCF alemán, G. Leibholz. Yo me alegro de que usted se haya familiarizado bastante con la historia de la teoría del Estado alemán. En efecto, él ha tematizado «la contradicción» entre lo dinámico-irracional de lo político y lo estático-racional del derecho. Sin duda la política en el Estado constitucional tiene un elemento emocional; sin embargo, el derecho tampoco está libre de ello. Yo no hablaría por eso de un «dualismo». El concepto «política constitucional» nos enseña, por ejemplo, que la muy exitosa revisión total de las constituciones de los cantones en Suiza, el «taller constitucional» más sensato desde finales de los sesenta, exige mucha racionalidad. Las ponderaciones racionales necesarias, que se pueden reconocer por ejemplo en su disparidad como propuestas textuales, nos muestran todo esto de una manera especialmente positiva (como testimonio del pensamiento de las posibilidades). Inclusive los tribunales constitucionales hacen bastante «política de derechos fundamentales». El Tribunal Federal suizo en Lausana ha inventado así nuevos derechos fundamentales, denominados no escritos, como la libertad científica, lo que ha llevado luego a una posterior revisión total de los textos y conceptos de la Constitución Federal de 1999. También el TCF alemán ha «inventado», no descubierto o encontrado, nuevos derechos fundamentales, pues ellos hasta ahora no habían estado presentes. Piénsese en el derecho funda-

mental a la autodeterminación informativa y en la protección de la privacidad; en la dogmática, piénsese en el deber de protección y en la «reserva parlamentaria» (1972) como concepto del derecho constitucional.

6. ¿El dogma de la separación entre derecho y política está estrechamente relacionado con el dogma de la separación entre el Estado y la sociedad?

PH: En efecto, en la historia del pensamiento alemán podría estar relacionado el dogma de la separación dualista del derecho y la política con la separación del Estado y la sociedad. Sin embargo, yo tengo otra opinión. El Estado y la sociedad coinciden en parte. En el Estado constitucional sectores de la sociedad están estructurados y constituidos. Por eso desde 1978 yo hablo de la «sociedad constituida», piénsese como ejemplo en los efectos indirectos de los derechos fundamentales frente a terceros (G. Dürig, uno de mis mentores). Se puede hablar de «sociedad civil» en lugar de sociedad. Con ello están comprendidos desde el principio el ciudadano y los grupos pluralistas. Algunas constituciones nuevas textualmente emplean ya el concepto «sociedad civil», por lo que están un paso adelante de la literatura científica. Esto es un testimonio de mi paradigma de las etapas textuales de 1989.

161

7. Usted ha sostenido que el derecho y la política son aspectos o elementos parciales de la *res publica*. ¿Podría explayarse en esta idea? ¿Se puede afirmar que usted defiende la tesis de la unidad del derecho y la política? En todo caso, ¿qué relaciones existen entre ellos?

PH: De acuerdo con mi opinión, al igual que el Estado y la sociedad, el derecho y la política son también aspectos parciales de la *res publica*. Existen entre ellos tensiones y en parte coincidencias. De vez en cuando se usa la metáfora de que el derecho sería «política congelada». Naturalmente esta metáfora tampoco ayuda mucho, muy poco exactamente como la expresión de un «estado de agregación» diferente. Lamentablemente no puedo decir más. Existen exactamente en estos momentos temas de nuestra ciencia que nosotros como juristas solo podemos tratar de manera parcial. Como es sabido, así como en la teología se hace difícil la pregunta sobre Dios, de la misma manera no conseguimos nosotros las verdades últimas de la relación entre el derecho y la política o sobre la «justicia». Probablemente para nosotros sean únicamente comprensiones parciales, solo pueden ser reconocibles verdades parciales. Por eso rechazo también todas las así llamadas «grandes teorías», como la teoría de los sistemas, porque formulan exigencias que después ellas mismas no pueden solucionar.

8. El derecho constitucional es para usted «derecho político». ¿Cuáles son las consecuencias metodológicas y materiales de este punto de vista, en especial para la interpretación constitucional y para los métodos de interpretación?

PH: En efecto, según una conocida expresión, el derecho constitucional es «derecho político». Este punto de vista refuerza la necesidad de racionalizar y disciplinar los métodos de interpretación constitucional, y también de dar a conocer públicamente la precomprensión del intérprete. No se puede pronosticar en abstracto la interacción de los cuatro métodos de interpretación, mejor dicho de los cinco métodos incluida la comparación jurídica. Probablemente en el caso concreto, el juez se orienta, en el examen global de los resultados de su elección del método, por la justicia y por el bien común, quizá casi intuitivamente a causa de su larga experiencia. Aspectos de la responsabilidad de consecuencias también podrían añadirse.

9. Usted no cree en una jurisdicción constitucional apolítica. Por eso sostiene que es un autoengaño hablar también de un derecho constitucional no político. Incluso usted habla de «política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional».

162

PH: Muy conscientemente hablo de «política de la jurisdicción constitucional a través de la interpretación constitucional». Menciono ejemplos: la interacción entre el *activismo judicial* y la *autolimitación* en el Tribunal Supremo de los EE.UU. demuestra que la política es codiseñada por parte de la jurisdicción a través de la interpretación constitucional. Piénsese en la jurisprudencia decisiva del Tribunal Supremo en contra de la legislación del *New Deal* del presidente F. D. Roosevelt. Un ejemplo actual para Europa lo pone en evidencia el activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, él es criticado por los franceses ocasionalmente como el «gobierno de los jueces». Como ejemplo menciono también los tratados europeos, calificados tempranamente como Constitución, mejor dicho como ordenamiento jurídico autónomo, y la construcción dinámica de las libertades fundamentales a lo largo de muchas décadas. Ya he mencionado ejemplos de la jurisprudencia del TCF alemán. Una decisión que no puede llegar a ser sobreestimada en absoluto es la ya clásica sentencia Lüth (E 7, 198), también el derecho a la protección de la confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos de información.

10. Un Tribunal Constitucional, se dice a menudo, debe pronunciar «derecho y únicamente derecho». Sin embargo, el derecho no se puede separar de manera tajante de la política. ¿Deben los jueces constitucionales ser también «hombres políticos»?

PH: Dado que el derecho y la política no se pueden separar claramente, como sí pensaba el positivismo, deben tener consecuencias para los jueces constitucionales. Algunas constituciones alemanas de los Estados federados exigen «personas experimentadas en el quehacer público». Yo mismo he apoyado siempre para que, como en Brandenburgo, audiencias públicas ante el Parlamento o ante una comisión precedan la elección de los jueces constitucionales. Hasta ahora los jueces del TCF alemán, también los candidatos alemanes al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son negociados en las cámaras oscuras del poder de los partidos políticos; aun cuando recientemente y de manera ocasional deben ser propuestos por las fracciones políticas en Berlín. Como postulado ético-político se podría exigir que se pugne por una mezcla más adecuada. Junto a personalidades con experiencia judicial o con experiencia como abogados deberían ser nombrados como jueces del TCF alemán ex políticos, ex parlamentarios, debido a que ellos saben cómo son «hechas las leyes»; cómo jueces constitucionales deben, a menudo, decidir sobre la conformidad constitucional de las leyes parlamentarias. Así, desde mi perspectiva, es un golpe de suerte que el ex jefe de Gobierno del Estado Federado de Sarre, P. Müller, sea ahora miembro de la Segunda Sala en Karlsruhe. El TCF alemán no debería llegar a ser tampoco un «tribunal de profesores».

163

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Yo tengo ahora algunas preguntas sobre la jurisdicción constitucional. La discusión sobre ella en Alemania ha sido y es altamente apasionada. Usted ha advertido, sin embargo, que los problemas esenciales de la jurisdicción constitucional hasta ahora no han desaparecido. ¿Cuáles son esos temas y por qué ellos son temas permanentes?

PH: El debate sobre los «problemas fundamentales de la jurisdicción constitucional», desde mi punto de vista, no ha avanzado demasiado. Las controversias son conducidas muy apasionadamente, por ejemplo en lo que se refiere a la cuestión del Estado de los jueces o de «los tribunales ilimitados». Como un problema esencial para la jurisdicción constitucional de la Ley Fundamental yo veo actualmente de manera especial la aclaración de las relaciones con

otros órganos constitucionales, especialmente con el Parlamento y con el Gobierno; la precisión de las relaciones de cooperación entre Karlsruhe y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la sensibilidad constante para la creación de nuevos derechos fundamentales, siempre que lleguen a ser perceptibles nuevos peligros para la dignidad humana provenientes, por ejemplo, de los avances tecnológicos; el fortalecimiento del trabajo de la comparación jurídica mirando los desarrollos en Estados constitucionales extranjeros, para trabajar productivamente «estimulados»; el intercambio con tribunales constitucionales internacionales como los tribunales de las Naciones Unidas, el Tribunal Penal Internacional, la Corte Internacional de la Haya, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en Hamburgo, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, todo ello para la elaboración de estándares jurídicos comunes; la defensa de la separación en lo personal y lo político entre los jueces constitucionales y el Gobierno Federal o bien con el Parlamento en Berlín; el examen de los límites de la integración europea, por ejemplo sobre la actualización del principio de subsidiariedad y de la reserva de identidad.

164

2. En su contribución con motivo de los cincuenta años del TCF alemán se puede leer la siguiente frase: «El Tribunal Constitucional Federal es parte de la cultura constitucional de Alemania». ¿Cuándo se puede decir que un Tribunal Constitucional constituye ya parte de la cultura de un Estado? ¿Se trata solo del factor tiempo o de la aceptación de sus decisiones?

PH: La jurisdicción constitucional es especialmente en Alemania parte de la cultura constitucional. El concepto «cultura constitucional» lo propuse en 1982. Hoy este concepto ha hecho carrera mundialmente (*constitutional cultures*). Con ello se expresa el continuo aumento de competencia y reputación del TCF, su consolidación en la conciencia de los ciudadanos alemanes, lo que busca reflejar ilustrativamente mi idea de «tribunal de ciudadanos». Existen en Alemania muchos fundamentos históricos para este desarrollo satisfactorio. Con el transcurso de la desdichada época del nacionalsocialismo, ahora, por lo contrario, se ha querido confiar bastante en el TCF. Este coopera actualmente con la doctrina jurídica del Estado como ciencia en un reparto intensivo de tareas; si bien algunas veces existen tensiones. Precisamente esta estrecha «cooperación» podría ser en la historia constitucional alemana un golpe de suerte muy especial. En los ciudadanos es particularmente elevada la aceptación del TCF, que disfruta de una altísima aceptación. Por ejemplo, en agosto de 2014 tiene 79% de aprobación.

3. Partiendo del paradigma del contrato social de J. Locke y J. J. Rousseau, desde I. Kant hasta J. Rawls, plantea usted la tesis del «Tribunal Constitucional como partícipe real y ficticio en el contrato social». ¿Significa esto acaso la tarea que tiene un Tribunal Constitucional en la construcción del consenso básico de un pueblo?

PH: En efecto, yo he relacionado también el paradigma del clásico contrato social con el Tribunal Constitucional en mi exposición en Augsburg en el año 1979. El TCF alemán está involucrado en la actualización prudente del contrato social. Con ello él está implicado también en la siempre nueva tarea del consenso básico de un pueblo. Esto conlleva una responsabilidad muy elevada, sensibilidad fina y conciencia de que se sirve al ciudadano. En las constituciones se trata siempre de un «tolerarse» y «soportarse» entre los ciudadanos y los grupos pluralistas. Para seguir una conocida expresión el TCF, juzga, además, «en nombre del pueblo» (*invocatio populi*).

4. La figura de los votos particulares fue introducida en Alemania el 12 de diciembre de 1970 con la reforma de la Ley sobre el TCF. Antes de la reforma usted se había pronunciado ya a favor de los votos particulares. Lógicamente existieron barreras y críticas. En ese momento se creía por ejemplo que ellos podían significar para las decisiones del TCF un debilitamiento. Después de casi cuarenta y cuatro años de la reforma, ¿cómo valora usted los votos particulares?, ¿ellos despliegan también una fuerza normativa?

165

PH: Esto lo puedo responder en tres pasos. Comenzaremos con mi punto de vista teórico de los votos particulares que es el primer paso. Según mi opinión, ellos son un testimonio de mi tesis de la «Constitución como proceso público» de 1969. Los votos particulares constituyen la oportunidad de los jueces para establecer «jurisprudencia alternativa». Practicados con prudencia no suponen un debilitamiento, sino un fortalecimiento del TCF. El segundo paso es ahora la praxis en Karlsruhe. Los votos particulares han dado un resultado positivo en los últimos cuarenta y cuatro años. Comienzan ya en conexión con la sentencia de «las escuchas telefónicas» (*Abhör-Urteil*). Posteriormente existieron tanto grandes votos particulares individuales, como por ejemplo el de D. Grimm en la sentencia «Cabalgata en el bosque» (*Reiten im Walde*), como también votos en conjunto como los de W. Rupp von Brünneck y H. Simon, y recientemente el de la señora G. Lübke-Wolff. Existen ahora ejemplos de votos particulares que han llegado a convertirse, con el «transcurso del tiempo», en votos en mayoría. Algunos votos particulares citan también, por su parte, otros

votos particulares. Pensado sobre la línea del tiempo, los votos particulares despliegan así fuerza normativa. Por último y como tercer paso, una palabra sobre la *comparación jurídica*. En EE.UU. han habido muchos votos particulares famosos. La Constitución española en el año 1978, en su artículo 164°, institucionalizó los votos particulares. Inclusive en el marco internacional otros países y tribunales han previsto los votos particulares. Menciono al Supremo Tribunal en Brasilia y al Tribunal Constitucional en Lima, o la Constitución de Tailandia. Del mismo modo que en el Tribunal Internacional de la Haya, existen votos particulares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Brevemente quiero decir que los votos particulares como tema pertenecen a un marco más amplio que bosquejo en *Tiempo y Constitución* de 1974.

5. La institución del *amicus curiae* es una institución que hasta ahora usted defiende. En el marco de la teoría constitucional del pluralismo, ¿por qué es importante esta institución para la jurisdicción constitucional?

PH: Desde hace mucho yo he abogado intensamente por el instituto del *amicus curiae*, practicado sobre todo en América Latina. Teóricamente dicha institución es una manifestación de mi tesis de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» de 1975. En ese tiempo yo había comenzado con mis primeras reflexiones sobre el derecho procesal constitucional como derecho de participación pluralista. La interpretación constitucional, así, se abre. Llegan a ser escuchadas también las minorías de las minorías, grupos marginales, además de participantes no convocados. Piénsense en la situación personal de los transexuales. El *amicus curiae* convierte a la Constitución del pluralismo en tal. Precursor es el Supremo Tribunal en Brasilia y sus audiencias públicas, que inclusive son transmitidas en la televisión.

166

6. En 1970 aparece una tesis doctoral sobre la autonomía procesal del TCF. Usted mismo ha hecho suyo este planteamiento. ¿Cuál es la esencia de este principio constitucional? Dicha autonomía es una consecuencia tal vez de la incuestionable insuficiencia de los métodos clásicos de interpretación?

PH: La autonomía procesal del TCF es un elemento estructural muy importante de su función. Se puede demostrar que el TCF en muchas sentencias consolida «con sus propias manos», pieza por pieza, el derecho procesal constitucional; incluso cuando se quiere apoyar en ocasiones (con razón) en otros ordenamientos procesales. Con los cuatro métodos clásicos de interpretación constitucional no se habría podido construir así su autonomía procesal.

Ello requirió, sobre todo, de una aplicación abierta o escondida del «interés público» en el derecho procesal constitucional. Lo que yo denomino «jurisdicción del bien común». No obstante, esto es a veces criticado. Tan pronto como se entiende el derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado, mejor dicho materialmente entendido; tan pronto como se trabaje materialmente con la interpretación teleológica y se indague sobre la función del TCF, mi teoría de la autonomía del derecho procesal constitucional se justifica. Este sirve como el derecho constitucional material de la integración.

7. El elemento político de la jurisdicción constitucional se manifiesta de modo evidente en la interpretación constitucional. ¿Cómo se manifiesta lo político en los procesos constitucionales ante el TCF?

PH: Lo político se manifiesta también en la interpretación constitucional como *law in public action*, en contraposición al *law in the books*. Aparte de eso se aprecia en las audiencias públicas ante el TCF. En la audiencia de la causa de la «Cogestión empresarial» en el año 1978, yo mismo experimenté y pude sentir la línea de fuerza de la opinión pública, además de la dinámica del proceso constitucional. También se puede pensar en la selección representativa y en los grupos pluralistas en la comparecencia pública, así como en el interrogatorio a personas expertas. Lo político en la jurisdicción constitucional llega a estar también en la presencia no rara de altos representantes del Gobierno Federal, por ejemplo recientemente con la presencia del Ministro Federal de Finanzas (*W. Schäuble*); sobre todo, sin embargo, a través del debate público que toda decisión fundamental de principio aconseja. Por último, debería mencionarse la reelaboración pública por parte de la ciencia crítica («Jurisprudencia constitucional comentada» de 1979).

167

8. Para usted un adecuado derecho procesal constitucional posee un efecto educativo en el proceso legislativo. ¿Qué quiere transmitir con esta idea?

PH: Un derecho procesal constitucional adecuado, como es aplicado en Karlsruhe, puede conseguir un *efecto educativo* en el proceso de legislación parlamentaria. Yo pienso inclusive que el legislador parlamentario constituye comisiones parlamentarias en las que pueden informarse de manera amplia a través de expertos y de los afectados, antes de que el legislador ponga en marcha una ley o la apruebe definitivamente. Sobre todo en Brasilia muchos aún recuerdan lo sucedido ante el Supremo Tribunal en un proceso que podría ser un

modelo para el proceso parlamentario. Sin embargo, no se puede exigir demasiado. La diferencia entre el proceso democrático del Parlamento y el proceso constitucional permanece. Se puede considerar, sobre todo, el factor tiempo. Ocho jueces del TCF, altamente calificados, pueden trabajar con detenimiento, según sus reglas de arte, como los parlamentarios; esto no quiere ni puede ser una crítica a Berlín. El proceso parlamentario tiene, sin embargo, sus propias estructuras. Dado que el *acuerdo político* es típico en el proceso parlamentario, no se puede trabajar con el *topos* de la «lógica», como exige el TCF para las leyes. Por lo contrario, las *decisiones judiciales* deben ser en sí lógicas. No se puede exigir esto, en la misma medida, del proceso político en Berlín.

9. Muchas tesis doctorales y monografías en la actualidad se ocupan de la jurisprudencia del TCF. Tengo la impresión de que las cuestiones fundamentales del derecho público están en un segundo plano. ¿Significa esto que estamos ante un positivismo jurisprudencial? ¿Se trata tal vez de una sobrevaloración de las decisiones del TCF?

168

PH: En efecto, la abundancia de bibliografía especializada sobre el TCF es apenas abarcable. Todos los géneros de la literatura desde recensiones de sentencias, pasando por ensayos y contribuciones de homenaje hasta monografías, comentarios y libros de texto, se ocupan de «Karlsruhe», en parte también críticamente. Las cuestiones fundamentales por el momento, sin embargo, no son adecuadamente tratadas. Una palabra clave importante suministra la provocación de B. Schlink, quien habló en relación con el TCF de un «autodesdramatización de la doctrina jurídica del Estado». Otros hablan de un «positivismo jurisprudencial». Por todo esto se justifica una toma de posición diferenciada. Por un lado, las decisiones del TCF son demasiado analizadas, inclusive hasta cada uno de los pasajes de texto, y son comentados como textos sagrados. Esto llega a ser a veces exagerado. La doctrina jurídica del Estado debe permanecer consciente de sí misma y *autónoma*; esta no puede trabajar simplemente de manera «secundaria» y convertirse en una posglosadora del TCF. Su independencia frente a la jurisprudencia del TCF se manifiesta, por ejemplo, en el desarrollo de nuevas figuras dogmáticas como «la apertura a Europa» (*Euro-parechtsfreundlichkeit*). La doctrina jurídica del Estado alemán debería producir «trabajos preparatorios» para las decisiones del TCF. Debe llevarse a cabo un diálogo jurídico entre la ciencia y la práctica. Pese a todas las críticas, la cooperación *conjunta*, la responsabilidad compartida de la doctrina jurídica del Estado y del TCF es, en su vivacidad e intensidad, quizá única a nivel europeo.

Observamos un *dar y tomar*. El nivel es elevado, en algunos casos modélico. Sin embargo, el TCF no siempre proyecta con transparencia esta *cooperación* en sus técnicas de cita.

10. Muchos jueces constitucionales han sido y son reconocidos profesores de derecho. Se podría recordar el así denominado «escándalo Leibholz», de los años cincuenta. ¿Los jueces constitucionales pueden reflejar sus ideas como profesores de derecho en las decisiones del TCF?

PH: Como usted dice, muchos jueces constitucionales fueron y son, al mismo tiempo, renombrados profesores de derecho. Esto vale, por ejemplo, para K. Hesse y D. Grimm. No me gustaría hablar de un «escándalo Leibholz», dado que su personalidad es muy significativa. Lo que se quiso criticar fue el hecho de que él acentuó demasiado la jurisprudencia de la Segunda Sala del TCF sobre el estatus y función de los partidos políticos citándose a sí mismo. Mi profesor académico K. Hesse y sus discípulos nunca se han citado a sí mismos. Sin embargo, los jueces constitucionales como profesores no deberían despedirse de sus propias ideas. Se trata naturalmente de lo que yo así denomino «integración pragmática» de *elementos* teóricos. No le está permitido a los jueces-profesores darles carácter absoluto a sus teorías. Una historia exitosa sin precedentes es por ejemplo la fórmula de la «concordancia práctica». Originalmente esta proviene de Suiza. K. Hesse, en su incomparable libro de texto *Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania*, lo estructuró y actualizó. En la actualidad la fórmula se ha desprendido de su creador y se ha convertido en un aspecto independiente de la tarea jurisdiccional constitucional.

169

III. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Profesor Häberle, su reciente libro *El Estado constitucional cooperativo de la cultura y como cultura*, se subtitula también «Estudios preliminares para una teoría constitucional universal». Usted me ha comentado que esta obra es el resultado de cincuenta años de actividad como científico. ¿Se podría decir que estamos ante su *opus magnum*?

PH: Como autor no me está permitido hablar de mi libro como *opus magnum*. El libro del año 2013, sin embargo, se trata de una suerte de «suma», así como antes lo fue mi *Teoría constitucional europea* (1ª edición 2001/02, 7ª edición 2011). El nuevo libro lucha por una «universalización de la teoría constitucional» y debería llegar a ser complementada todavía en partes separadas.

Por ejemplo, para la comprensión del derecho internacional como «derecho de la humanidad». Una cosa es, sin embargo, cierta. Ambos libros son el resultado de mi actividad científica por más de cincuenta años. Se puede hablar de «contribuciones» que han ido apareciendo gradualmente en forma de mosaicos. Mi afortunada actividad científica comenzó con mi tesis doctoral de 1962 sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (tercera edición en 1983), traducida numerosamente a idiomas extranjeros, aunque al español dos veces.

2. Cuando usted habla del «Estado constitucional cooperativo», ¿qué se debe entender por tal concepto?; ¿cuáles son sus características?

PH: El modelo del «Estado constitucional cooperativo» lo ideé hacia 1977, por primera vez en la reunión de profesores de derecho del Estado en Basel y después en mi contribución al libro homenaje para H. Schelsky en 1978. En Brasil ha aparecido mi contribución como una monografía autónoma. Posteriormente, la idea de cooperación ha sido modelada por otros autores a su manera. Ya en los textos constitucionales encontramos el postulado de cooperación, en las codificaciones del derecho internacional y del derecho constitucional nacional. El Estado constitucional del presente ya no existe ni vive de sí, este encuentra su identidad sobre todo en los procesos de cooperación. Históricamente dos palabras claves han precedido a mi propio ensayo científico: la estatalidad abierta (K. Vogel) y la comprensión del Estado en la condicionalidad supranacional (W. von Simson). Un nuevo campo de cooperación se desarrolla actualmente entre el TCF y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de todas las dificultades en concreto. Este es el momento para el «jurista europeo».

170

3. ¿La «teoría constitucional universal» o el «constitucionalismo universal» surge de la conjunción del derecho constitucional y el derecho internacional?

PH: Mi tesis es la siguiente: la teoría constitucional universal, mejor dicho el constitucionalismo universal, vive de una conjunción, de una pluralidad de constituciones parciales de los Estados constitucionales nacionales y de las del derecho internacional. Las constituciones nacionales abarcan tan solo partes de la sociedad constituida. Complementariamente surten efecto las constituciones parciales del derecho internacional; se puede hablar así de *pluralidad*. Permítame algunos ejemplos. Constituciones parciales eficaces son la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Humanos de las Naciones

Unidas, las Convenciones de Ginebra, de la Haya y de Viena, además de los acuerdos para la protección de la diversidad cultural, pero también el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los tribunales de las Naciones Unidas pertenecen igualmente a ello, como la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar en Hamburgo. En el ámbito regional se pueden mencionar los dos tribunales constitucionales europeos; esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Hablo de «constituciones parciales» sobre todo porque, en todos estos textos, han sido establecidos con carácter permanente ideales elevados de la humanidad; valores fundamentales como la paz y los derechos humanos, en el sentido de «norma y tarea» de U. Scheuner (también en el sentido de «estímulo y límite» de R. Smend). Para la jurisprudencia universal se abre un enorme ámbito de tareas que solo aquí podría ser bosquejado. El derecho procesal de los tribunales constitucionales internacionales requiere de investigación, de posibles principios jurídicos comunes (por ejemplo en materia del derecho a ser oído), de elementos jurídico-estatales, de la opinión pública y del esclarecimiento de la verdad. Finalmente, el Estado constitucional debe luchar por una adecuada «política de derecho internacional», que es una nueva propuesta conceptual mía.

4. Profesor Häberle, usted vuelve a criticar en su libro antes mencionado la metáfora del «constitucionalismo multinivel», muy citada por otros. ¿Por qué rechaza usted este concepto?

PH: Por vez primera en el debate en la reunión de profesores de derecho del Estado en Rostock y luego por escrito, siempre he criticado enérgicamente este concepto muchas veces citado: «*multilevel-constitutionalism*». Esto por el siguiente fundamento: dado que trabaja con el concepto «nivel», este se asocia con la idea de jerarquía, que es erróneo por completo. Para los textos constitucionales del derecho internacional y los textos de las constituciones nacionales no se puede hablar de una subordinación o supraposición *jerárquica*, sino de relaciones de complementariedad, de ampliación y también de concurrencia. Inclusive en el Estado Federal alemán no existe una jerarquía «sobre» o «debajo» entre la Constitución Federal y las Constituciones de los Estados federados. Aparte de esto, nosotros no deberíamos expresar nuestros modelos con anglicismos, sino en nuestra propia lengua. Así, opongo resistencia también contra el empleo permanente del concepto «*good governance*». Él se puede traducir, por supuesto, sencillamente, con las palabras «buen gobierno».

5. Usted ha puesto en duda los elementos tradicionales del Estado (pueblo, territorio y poder). Partiendo de una idea temprana de G. Dürig, propone ahora como cuarto elemento del Estado a la *cultura*. ¿Podría explicarnos su tesis?

PH: La teoría originaria y ya clásica de los tres elementos del Estado se remonta al gran maestro G. Jellinek (1900). Sin embargo, inclusive tales textos clásicos deben ser puestos a examen una y otra vez, lo que vale también para los más grandes como Montesquieu y Rousseau, a quienes debemos volver siempre en la discusión crítica. En efecto, G. Dürig desarrolló en su ponencia como profesor de derecho del Estado en Tubinga, la teoría de la cultura como «cuarto elemento del Estado». Después, lamentablemente, ya no la desarrolló más. Para mí precisamente la cultura es hoy, cuando no inclusive el primero, el «cuarto elemento» del Estado. Todos los tres elementos, pueblo, territorio y poder, están influenciados *culturalmente*. Piénsese también en la geografía cultural y en la identidad cultural del pueblo del Estado. Cuán significativa es la cultura como elemento de una comunidad política, puede verse mediante mi siguiente «tetralogía»: los días festivos, los himnos nacionales, las banderas nacionales y las manifestaciones de la cultura conmemorativa. Ellos son ya, como se muestra en los textos constitucionales positivos, elementos primarios. Añádase a ello disposiciones sobre las lenguas y normas sobre la capital. Especialmente en Alemania el poeta F. Schiller en 1802 escribió: «La majestad de los alemanes no descansaba nunca en la cabeza de sus príncipes. El alemán, separado de lo político, ha fundado para sí un valor característico, y aun cuando el imperio sucumbiera, permanecería indiscutida la dignidad alemana. Ella es una dimensión moral, ella radica en la cultura».

172

6. Usted defiende el reconocimiento de la *comparación jurídica* como quinto método de interpretación. ¿Podría hablarse ya de una canonización del método comparado? Por otro lado, profesor Häberle, ¿toda comparación jurídica es siempre una comparación cultural?

PH: Empecé la teoría de la *comparación jurídica* como «quinto» método de interpretación en 1989 y desde entonces lo he ido desarrollando permanentemente. La canonización está vinculada a los cuatro métodos de interpretación de F. C. von Savigny (1840). Quise hacer una propuesta sugestiva para que se grabe igualmente la metáfora de los *cinco* métodos de interpretación. Permítame dos añadidos. Probablemente la interpretación teleológica sea la primera. Sobre ella podría venir también la imagen de la comparación jurídi-

ca. Por lo demás, me siento estimulado por la comparación de las etapas textuales. En algunos países de África del Sur se habla textualmente también de que el juez, por ejemplo, para los derechos fundamentales, debe informarse de las sentencias y ordenamientos jurídicos extranjeros. Luego, para la interpretación de los textos, la aclaración del contexto deviene en irrenunciable. La palabra clave dice: interpretación a través de la agregación. La inclusión de momentos creativos también se logra trabajando en el sentido de mi paradigma de las etapas textuales. Ahora, puesto que todos los textos jurídicos están insertados en contextos culturales, la comparación jurídica no funciona sin la comparación cultural, piénsese también en la fecundidad del método de la comparación jurídica en el derecho penal, impregnado culturalmente de manera especial.

7. En el marco del constitucionalismo universal es necesario corregir o por lo menos criticar conceptos jurídicos tradicionales. Uno de esos conceptos es el de las «fuentes del derecho». ¿Por qué, en su opinión, este concepto debe ser reexaminado?

PH: La jurisprudencia universal, común europea y nacional, debe estar siempre lista para corregir conceptos jurídicos tradicionales o para cuestionarlos y proponer nuevos. Desde hace mucho tiempo combato la metáfora de las «fuentes del derecho», porque ella supone que el derecho, que es inferido a través de los procesos de interpretación, ya está terminado. A la vista de las tareas hermenéuticas, este no es precisamente el caso. Para esta comprensión ha sido de ayuda para mí la teoría de las fuentes del derecho pluralista de J. Esser. Por lo demás, no existe en el Estado constitucional ningún «*numerus clausus*» de las fuentes del derecho, piénsese sino en los principios jurídicos generales no escritos.

173

8. Una Constitución no es solo el ordenamiento jurídico fundamental de las generaciones presentes, sino también de las futuras. En este sentido, usted describe la Constitución como un «contrato generacional o entre generaciones», como otra forma de la Constitución entendida como *contrato social*. Bajo esta premisa, ¿en qué sentido tenemos nosotros un compromiso con las generaciones del futuro?

PH: La Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado y de la sociedad civil, y no solo para las generaciones presentes. En la Constitución también están consideradas las generaciones futuras. En el horizonte del tiempo se erige como un contrato entre generaciones, o mejor dicho, como

«otra» forma del contrato social. También aquí nuevamente nos enseña el paradigma de las etapas textuales. Algunas constituciones nuevas toman en cuenta de manera expresa a las generaciones futuras, por ejemplo, con motivo de la protección del medio ambiente. En ocasiones la cláusula de responsabilidad está dirigida textualmente a la generaciones futuras. El pueblo también puede ver, en el horizonte del tiempo, las perspectivas de las generaciones. El muy citado factor demográfico, que ha cambiado en los viejos Estados constitucionales en Europa, hace necesario que incluso hoy se piense, por ejemplo, en la infraestructura para las generaciones futuras. Así, en la nueva Constitución de Túnez de 2014 existe una cláusula específica de «garantía de los jóvenes», muy diferente y compleja que la hasta ahora conocida cláusula de «protección de menores». De otro lado, nosotros no podemos vivir a costa de las futuras generaciones. Esta comprensión habla a favor de una utilización limitada de los recursos del presente. Cuando algunas constituciones dicen «en nombre del pueblo», mejor dicho «en nombre del pueblo y de las personas», se puede pensar también así en el futuro. La palabra clave «tiempo y Constitución» (1974) es también aquí relevante.

174

9. Profesor Häberle, en la doctrina se encuentran dos importantes teorías con respecto al pluralismo. Me refiero al pluralismo de H. Preuß y al de E. Fraenkel. ¿Cuáles son las diferencias entre estas teorías mencionadas y su teoría constitucional del pluralismo?

PH: Mi obra *La Constitución del pluralismo* de 1980 le debe mucho a la teoría del pluralismo del politólogo E. Fraenkel. Como es sabido, él desarrolló una teoría del bien común pluralista, en el sentido de que el bien común se deriva *a posteriori* del paralelogramo de fuerzas de los grupos pluralistas. Junto a esta comprensión pude continuar con mi teoría del bien común procesal (*salus publica ex processu*). En aquel entonces, la teoría del pluralismo del padre de la Constitución de Weimar, H. Preuß, no era conocida para mí. No ha sido sino en los últimos diez años que dicha teoría se ha hecho un sitio otra vez en el conocimiento de la ciencia. En este ejemplo se puede mostrar cómo incluso los textos clásicos están expuestos, respectivamente, a fases de «renacimiento» o de olvido.

10. Usted siempre ha rechazado todas las formas de fundamentalismo. Muy frecuentemente aparece vinculado el fundamentalismo religioso con el político y este con el económico. Es obvio que este es un problema com-

plejo. Le pregunto, sin embargo, ¿cómo enfrenta este problema el constitucionalismo universal?

PH: Muy tempranamente me decanté contra todas las formas de fundamentalismo, sin olvidar mi contribución en el libro homenaje para J. Esser en 1995. El fundamentalismo político y religioso, para el que hay lamentablemente muchos ejemplos en la historia de la vieja Europa, es el opuesto exacto para todo lo que es pensado en el constitucionalismo «universal». En el ámbito económico el marxismo enseñó su fundamentalismo. Reconocemos en la actualidad que la economía *social* de mercado es el mejor modelo, siempre y cuando no sea practicado a costa de las generaciones futuras y de la pobreza en el mundo. Dado que la teoría constitucional universal está fundamentada científica y culturalmente, ella conoce también de la pluralidad cultural de muchos Estados constitucionales individuales y, por supuesto, existen principios que son comunes a todos; piénsese en el principio del Estado de derecho y de la división de poderes; piénsese sobre todo en la dignidad humana y en las garantías de igualdad y libertad que de ella derivan y que tienen para la democracia pluralista consecuencias organizativas.

175

11. La Primavera Árabe de 2011 fue para todos inesperada, pero al mismo tiempo fue una oportunidad y al mismo tiempo un desafío para el Estado constitucional cooperativo. ¿Cuáles son sus reflexiones al respecto?

PH: La Primavera Árabe de 2011 fue para mí casi un *annus mirabilis*, como el de 1989. Sin embargo, algunos países árabes se encuentran en un otoño o en un invierno. Piénsese en las guerras civiles en Siria y Libia y en la nueva dictadura militar en Egipto. Tal vez hemos subestimado demasiado cuán fuertes están direccionadas las condiciones sociales y culturales por la tradición (palabra clave: sociedades tribales) y cuán rápido el Islam puede volver al fundamentalismo. Sin embargo, hay esperanza. Estudio en este momento la Constitución de Túnez de 2014. Textualmente es sobresaliente. Aunque está en la fase de desarrollo de los principios comunes del Estado constitucional cooperativo de hoy, no se debe olvidar, sin embargo, que se requiere más o menos diez años para que se desarrolle en Túnez una realidad constitucional congenial con el texto constitucional. En vista de esto existe también la esperanza de lo que he parafraseado con la expresión *mare nostrum constitucionale*. El mar mediterráneo podría ser un medio de procesos de producción y recepción de los elementos estatales constitucionales en relación con la triada «textos constitucionales, sentencias judiciales y esbozos de teorías científicas». Un artículo de la Consti-

tución de Túnez sobre la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, utiliza al más alto nivel lo que, en los últimos diez años científica y pretorianamente, se ha desarrollado en la comunidad europea e incluso en Suiza.

IV. MENTORES

1. Profesor Häberle, alguna vez la teoría de la integración de R. Smend fue considerada «antidemocrática». Sobre todo en lo que se refiere a la integración personal. Hoy nuevamente vuelve a ser criticada (van Ooyen, 2014), no solo en relación con la integración personal, sino con la teoría de la integración como un todo. ¿Se trata tal vez de un error de interpretación de la teoría de la integración?

PH: Me alegra que usted formule preguntas muy profundas sobre mis «mentores» en una propia sección. Tengo muchos mentores y por suerte muy importantes. Se les debe agradecer mucho como «gigantes». También acá se trata de un contrato generacional «científico». Esto primero. Ahora sobre R. Smend. Él es claro mi «abuelo científico», si se me permite decirlo. Sin sus teorías de los símbolos y de los temas de integración objetiva difícilmente yo hubiera podido elaborar mi teoría de los días festivos, de los himnos nacionales, de las banderas nacionales en la comparación a escala mundial. Sin duda, en retrospectiva se pueden criticar algunas teorías de R. Smend. Como es sabido él mismo corrigió bastante un elemento de su teoría en el año 1962. El aspecto de la integración personal podría haber sido demasiado acentuado por él, en vista del fenómeno de desmoronamiento de la República de Weimar, aun cuando el elemento personal sigue siendo de importancia en el Estado constitucional (piénsese en los esfuerzos de integración que la reina en Gran Bretaña, hoy, como antes, desempeña). También el TCF desarrolla como cuerpo colegiado y cada uno de sus jueces una parte de la integración personal. Lo mismo vale para el presidente federal alemán en Berlín.

176

2. En el prólogo de la primera edición del libro *Rasgos fundamentales del derecho constitucional de la República Federal de Alemania*, K. Hesse le agradece a usted por su estímulo y sugerencias. Pero también en el mismo libro él confirma textualmente la tesis defendida por usted sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su tesis sobre la comparación jurídica. ¿Qué significa para usted estas confirmaciones de su maestro?

PH: Con satisfacción me di cuenta en ese tiempo que mi maestro académico K. Hesse ya en la primera edición de su libro me daba las gracias. También confirmó él mi tesis de la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la necesidad de configuración de todos los derechos fundamentales y de mis esfuerzos por la comparación jurídica. Tales referencias me llenan de satisfacción.

3. Usted ha realizado que su tesis de la teoría del Estado constitucional como ciencia de la cultura se apoya en las investigaciones de H. Heller. ¿Cuáles fueron las contribuciones de H. Heller y sobre qué profundizó usted?

PH: Mi teoría de la Constitución como ciencia de la cultura le debe mucho a la *Teoría del Estado* de H. Heller (1934). Ahí se habla expresamente de la teoría del Estado como ciencia de la cultura. Él, sin embargo, no había ubicado todavía a la Constitución en el centro de sus reflexiones. Mejor dicho, se había concentrado en el Estado. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, existe tanto Estado como la Constitución instituye (la conocida comprensión de R. Smend y A. Arndt). Para H. Heller la comparación jurídica tampoco fue central. Él se había concentrado bastante en los aspectos interdisciplinarios. Esto ya era suficiente trabajo y abrió nuevos horizontes.

177

4. Se ha dicho que existe una contradicción entre su tesis y la de K. Popper, pues su sociedad abierta no intentó crear ningún Estado constitucional, sino una democracia totalitaria. ¿Esta supuesta contradicción existe?

PH: No entiendo bien cómo se puede decir que mi teoría pueda comportar una contradicción con la de K. Popper. Su teoría de la sociedad abierta es, naturalmente, el fundamento del Estado constitucional. Él se dirigió expresamente contra los enemigos totalitarios como Hegel y Platon. Sin embargo, yo no uso, como ya expliqué, el concepto de «enemigo».

5. Su teoría del pensamiento de las posibilidades se basa en parte en la filosofía de E. Bloch. El pensamiento de las posibilidades implica alternativas. ¿Utiliza usted la expresión «pensamiento de las alternativas»? ¿Cómo se relaciona el pensamiento de las posibilidades con lo real y lo necesario?

PH: Mi teoría del pensamiento de las posibilidades se inspiró primero en el escritor austríaco R. Musil. No me remití directamente a E. Bloch. En mi ensayo de 1977, sin embargo, yo había utilizado por completo la expresión

«pensamiento de las alternativas». Con mucho gusto hablo de una *triada*: el pensamiento de las posibilidades, de la realidad y de las necesidades. Indagar la interacción de estos tres modos de pensar sería un tema independiente. Dicho sea de paso, una mirada constitucional comparada da como resultado que en muchos textos constitucionales se pueden reconocer elementos de estos tres modos de pensar. Un ejemplo concreto del pensamiento de las alternativas es la institución de la oposición parlamentaria como alternativa. La mirada a la realidad debemos agradecer también al planteamiento teórico-real de H. Heller. En el «pensamiento de las necesidades» resuena la idea del discutido, y hoy casi conocido en todo el mundo, principio de proporcionalidad y el bien común.

6. El principio de responsabilidad juega un rol importante en su teoría constitucional. ¿En qué medida las ideas de H. Jonas y su principio de responsabilidad son importantes para el concepto de Constitución como «contrato entre generaciones»?

PH: Científicamente debemos agradecer el principio de responsabilidad a H. Jonas. Mientras tanto, se encuentran muchas constituciones a nivel mundial que exigen responsabilidad, por ejemplo, en la protección del medio ambiente. Muy temprano mi maestro académico K. Hesse enfocó la «responsabilidad» en el carácter público del estatus de los partidos políticos. Similar pensamiento se encuentra en el ya mencionado *invocatio populi*; clásicamente en el *invocatio dei*. La Constitución como contrato entre generaciones está intercalada en el principio ético de la responsabilidad. Se podría preguntar si hoy el pensamiento del contrato social no debería extenderse a todo el mundo para delimitar el estado natural en internet, por ejemplo en el sentido de la palabra clave: «carta fundamental digital», o a través de un contrato social mundial en asuntos de la internet. Ya hace muchas décadas exigí ello con miras a la protección del medio ambiente.

178

7. Usted ha hablado ya de K. Popper y de E. Bloch. Ideológicamente el primero es un liberal, mientras que E. Bloch fue un marxista. A pesar de esta diferencia evidente usted ha aprovechado el pensamiento de ambos. ¿Cómo hace esto posible?

PH: Yo no tengo dificultades de ningún tipo para relacionarme por un lado con K. Popper como un pensador liberal y de otro lado con E. Bloch. Esto tanto más si se tiene que Bloch divulgó absolutamente, como el prematuro

Marx, enfoques humanistas. Nosotros podemos siempre obtener de los clásicos verdades *parciales*. De este modo nos encontraremos continuamente en un eterno diálogo entre y sobre Montesquieu y Rousseau.

8. Profesor Häberle, es evidente que usted ha recibido también la influencia de otros profesores. Me gustaría empezar con J. Esser. ¿Cuál es la importancia de J. Esser en la teoría constitucional del pluralismo?

PH: Yo tengo que agradecer mucho al gran J. Esser. A su teoría de las fuentes del derecho pluralista, a la fórmula del *law in action* (complementada: *law in public action*) y, sobre todo, a su arte de la comparación jurídica en el derecho privado. Sobre sus bases teóricas pude llevar a cabo una teoría de la Constitución del pluralismo.

9. Ahora debo preguntarle sobre U. Scheuner y su concepción de la Constitución como «norma y tarea». ¿En qué medida ha aprovechado la teoría del pluralismo constitucional este concepto de Constitución?

PH: Gustosamente respondo la pregunta sobre U. Scheuner. En mis años juveniles fue él uno de los personajes más importantes de la teoría del Estado alemán. Lamentablemente, no está más presente en las jóvenes generaciones de hoy. Tanto o más importante es para mí su acuñación de la Constitución como «norma y tarea». Esta comprensión de la Constitución es importante para una teoría constitucional pluralista, que se puede aplicar también a las constituciones parciales del derecho internacional. En la realización de la *tarea* todos son partícipes, por ejemplo la ciencia, la opinión pública nacional, europea e internacional, también los Estados y las ONG's, es decir, fundamentalmente todo miembro de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.

179

10. Tuvo usted una relación académica especial con W. von Simson. Incluso compartía su pasión por la música. Aparte de esto, tanto K. Hesse como usted mismo consideraron sus aportes a la teoría constitucional y al derecho europeo como notables, de manera especial su monografía *El Estado como parte y como todo*. ¿Qué significa para usted la persona y la obra de W. von Simson?

PH: También W. von Simson pertenece a mis mentores. De él aprendí desde 1966 derecho internacional y derecho europeo. Musicalmente él fue muy activo y completamente culto. Una y otra vez me relaciono con su idea de

la «estrechez supranacional del Estado». En el ámbito personal él practicó de manera inigualable la tolerancia frente a los otros y a las ideas. El libro *El Estado como parte y como todo* incluso me lo dedicó. Es de lamentar que se le haya dedicado muy poca atención a su discusión con C. Schmitt en el Archivo de Derecho Público. En las relaciones personales fue influenciado por su periodo de emigración a Inglaterra; también ahí fue para muchos un ejemplo. El derecho europeo lo entendió en relación con la práctica, pues fue al principio abogado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo.

11. Desde fines de 1961 hasta el otoño de 1966 usted fue asistente científico de H. Ehmke. Él es reconocido como científico y como político. ¿Cómo fue para usted esta experiencia? Por otro lado, con mucha razón usted sostiene que los estudios teórico-constitucionales de H. Ehmke constituyen un elemento de la política constitucional. ¿Cómo él pudo conjugar estas dos facetas y qué significado tienen sus contribuciones para su teoría de la Constitución del pluralismo?

PH: Con mucho agrado respondo ahora su pregunta sobre H. Ehmke. Él fue doblemente talentoso: científico y político. Su ideal fue, a decir verdad, el «profesor político». Su trato siempre fue muy «directo». Su trabajo de habilitación sobre el tema *Economía y Constitución* me esclareció el derecho angloamericano. Gracias a él comprendí cuán fuerte se encuentra siempre la política constitucional detrás de las reflexiones teórico-constitucionales. Lamentablemente, en 1966 él ingresó de lleno en la política. En aquel momento, para la teoría del Estado alemán, esto fue una gran pérdida.

180

12. D. Tsatsos fue también un destacado científico y político. Se ocupó del proceso constitucional europeo y del derecho de los partidos políticos. ¿Cuándo y cómo conoció usted a D. Tsatsos? ¿Cuál es su legado académico a la teoría constitucional europea?

PH: A D. Tsatsos lo denominé tempranamente como el «griego alemán». Él fue tanto un notable científico como un político exitoso, esto último no solo en Grecia sino también a nivel europeo. Su testimonio de vida está, entre otros, en la fundación del Instituto para el Derecho y la investigación de los Partidos Alemán y Europeo en La Haya. Con ello se unió junto a G. Leibholz y W. Henke a los líderes de la doctrina jurídica de los partidos. Yo lo conocí desde 1990, cuando acepté gustosamente sus invitaciones para ir a La Haya y a Atenas. En el nivel europeo ha llegado a ser conocido por el Informe *Tsatsos de Vigo*.

A su legado académico pertenece no solo el Instituto en Atenas fundado por él, sino también el nuevo Instituto para las Ciencias Constitucionales Europeas en La Haya y, sobre todo, el concepto de «ordenamiento fundamental de la Unión Europea». Este concepto lo desarrolló en un manual junto con otros autores poco antes de su muerte. Su intervención hubiera sido hoy muy importante en relación con los problemas que Grecia vive desde la crisis financiera, porque él conoció Alemania de la misma manera como Grecia y la comunidad constitucional de la Unión Europea.

V. LA ESCUELA HÄBERLEANA EN ALEMANIA Y EN EL MUNDO

1. Profesor Häberle, yo he podido observar que usted en la actualidad podría presumir justificadamente de una teoría constitucional integral. Usted continúa la tradición de los grandes maestros alemanes del derecho público. El profesor español P. de Vega ha dicho alguna vez que su teoría constitucional es la más importante teoría del presente.

PH: Me alegra que el profesor español P. de Vega valore positivamente mi teoría constitucional. Como he señalado, yo solo puedo presumir de haber laborado arduamente durante más de cincuenta años.

181

2. Usted tuvo y tiene aquí en Alemania discípulos reconocidos que hoy son renombrados profesores que divulgan con exactitud su pensamiento. Según su opinión, ¿qué caracteriza a la escuela häberleana?

PH: Muchos de mis ex discípulos son ahora profesores reconocidos. Ellos trabajan entre sí y también individualmente. No sé si se pueda hablar de una «escuela». Intenté, naturalmente, transmitir a mis discípulos lo siguiente: apertura, tolerancia, humildad, sensibilidad por los conocimientos interdisciplinarios y curiosidad por los desarrollos actuales. Todo esto está reforzado por el modo de pensar de mis mentores ya citados. Los discípulos me han sorprendido ahora mismo con un regalo de cumpleaños: *Reflexionar sobre el Estado constitucional* (A. Blankenagel [editor], 2014). En él se refleja la diversidad de sus pensamientos científicos.

3. ¿Qué siente usted cuando un estudiante o científico extranjero se interesa por sus obras y teorías? ¿Cuál ha sido su experiencia?

PH: Me satisface bastante, me alegro mucho cuando un estudiante o investigador extranjero se interesa por mis teorías. He tenido experiencias positi-

vas. Por ejemplo, desde inicios de los años noventa, jóvenes investigadores invitados vienen a mi antigua cátedra o bien a mi centro de investigación actual, sobre todo de Italia, España, Grecia y América Latina, pero también de Japón y Sudáfrica. Muchos de ellos han llegado a ser profesores nombrados oficialmente en sus países y, ahora como antes, mantienen vínculos conmigo o con mis discípulos alemanes.

4. El pensamiento haberleano es hoy reconocido a nivel mundial. Su teoría constitucional ha trascendido Alemania y Europa. ¿Pensó alguna vez que su pensamiento sería valorado positivamente en el extranjero?

PH: Mi teoría constitucional comparada no solo ha llegado a ser aceptada en Alemania y Europa, sino también por ejemplo en Corea del Sur, Japón y también en América Latina. No había contado con este eco intenso. Es satisfactorio que las disputas de las escuelas alemanas, con consecuencias desde la época de Weimar hasta hoy, no se adviertan así en el extranjero, como en mi país.

5. Usted ha establecido una especial relación con el constitucionalismo latinoamericano. ¿Cómo empezó su interés académico por América Latina?

182

PH: Mi especial inclinación por el constitucionalismo de Latinoamérica está vigente. Todo empezó gracias a la invitación del profesor D. Valadés para ir a México. Posteriormente siguieron invitaciones para viajes de conferencias hacia Brasil, Argentina y Perú. Esta suerte de diálogo científico con Latinoamérica empezó también en una reunión en Granada en 1999.

6. Muchas de sus teorías han sido aceptadas en Brasil, Colombia, Perú, etc., a través de los profesores de derecho constitucional y de los tribunales constitucionales. ¿Es ello ya un ejemplo claro y concreto de la teoría constitucional universal?

PH: En los países que usted ha mencionado, algunas de mis teorías han encontrado resonancia. Especialmente exitosa y con consecuencias prácticas para el derecho procesal constitucional es la teoría de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales». El señor presidente G. Mendes en Brasilia ha sido y es acá no solo un «medio de recepción», sino también un traductor. Lo mismo vale para los profesores Belaunde y Landa en el Perú. Con alegría escucho y leo que tanto la Corte Constitucional en Colombia como también la Corte Suprema de Justicia de Argentina citan mi planteamiento científico

cultural. Probablemente con ello se haya conseguido también una pieza de mi teoría constitucional universal y un puente con otras culturas jurídicas.

7. Peter Häberle no solo es su nombre sino también el nombre de una Fundación en Suiza desde el 2004, en España desde el 2011 y en Brasil desde el 2013. ¿Qué significa para usted como persona y científico la Fundación Peter Häberle?

PH: Estoy muy feliz que a iniciativa de la Universidad St. Gallen se haya instituido en Suiza una fundación, que lleva a cabo regularmente coloquios internacionales. Lo mismo vale para Granada (2011) y Brasilia (2013). Se ha conseguido con ello un foro en el cual pueden reunirse científicos jóvenes. Dado que en Granada y en Brasilia se han creado también bibliotecas de investigación, existe un intercambio especialmente fértil. Probablemente yo solo sea el motivo y no el fundamento para estos desarrollos.

8. Ha cumplido usted recientemente ochenta años, por ese motivo le hicieron en Lisboa un homenaje. Le pido por favor que nos brinde algunas reflexiones finales

PH: Por mi cumpleaños número ochenta se realizaron coloquios internacionales en Roma y Montpellier en el año 2013, además en Lisboa. Usted amablemente me da ahora espacio para unas reflexiones finales. Para eso voy a utilizar las siguientes palabras clave: (1) La *entrevista* es una especie de la literatura y de la ciencia que se destaca por su inmediatez y por su amplia libertad. Se trata de un diálogo real. Agradezco por ello. Me gustaría agregar que las preguntas son muchas veces mejores que mis respuestas y las traducciones igualmente mejores que mis textos. (2) La mirada a los *tribunales constitucionales internacionales* es una tarea del futuro, como la comparación jurídica es la ciencia del futuro. Ella se deriva de las constituciones parciales con muchos participantes de todo el mundo, y no menos de la ciencia. (3) En este ámbito lo *pedagógico* es para mí de mucha importancia. Las próximas generaciones de científicos deben ser aprovechadas por el Estado de la Constitución cooperativa. No solo los derechos humanos son objetivo de la educación y valores orientadores, sino también los principios estatales jurídicos y la separación de poderes. Tempranamente las constituciones de Guatemala y Perú habían incluido clases sobre derechos fundamentales. La Constitución de Sudán del Sur de 2013 impone a todas las instancias estatales la tarea de transmitir la «conciencia pública» de la Constitución. Esto es mucho más que simbólico; ya en la época de Weimar

las constituciones de los Estados federados dispusieron por separado hacer entrega de un ejemplar de la Constitución a los alumnos en su despedida. (4) Que la teoría constitucional comparada podría aportar en la política de previsión científica, pudo estudiarse en *Ucrania*. Ahí sería de mucha ayuda el modelo del federalismo abierto. La teoría del Estado federal mixto podría proveer para el este de Ucrania modelos para la protección de las minorías o por lo menos ofrecer una propuesta para una estructura regionalista; esto, no obstante, en conexión con un estatus de neutralidad, como existe ejemplarmente en Austria pese a su pertenencia a la Unión Europea. (5) El *optimismo científico* no es únicamente un principio pedagógico, sino también un conductor del conocimiento. Precisamente en el tiempo del desacato al derecho internacional (anexión de Crimea por parte de Rusia) y ante el retorno a la barbarie en el Medio Oriente. Y de la convulsión en Irak, alentada por grupos terroristas fundamentalistas, no se puede renunciar a los esfuerzos positivos de las constituciones parciales internacionales y nacionales. La jurisprudencia internacional llega a ser hoy inclusive mucho más importante que antes.

184

Cada Estado constitucional nacional y cada jurista constitucional joven puede contribuir para ello. Esto es válido también para usted, que se ha introducido ejemplarmente y en profundidad en el derecho del Estado alemán y en mis escritos científicos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EL DEBER DE INGRATITUD*

ÓSCAR URVIOLA HANI**

Presidente del Tribunal Constitucional

U n teatro es, de acuerdo con su raíz etimológica, un lugar para contemplar. Así se deriva del griego *theatron*. Hoy, gracias a la gentileza de la Ministra de Cultura Diana Álvarez-Calderón, que ha autorizado el uso del gran Teatro Nacional para esta ocasión, hemos contemplado un acto de la mayor relevancia para la vida democrática del país: la juramentación de seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional.

Y esta elección es relevante por varias razones. En primer término porque le ha permitido al Congreso de la República cumplir con el mandato constitucional, reivindicando así su rol como poder del Estado llamado a elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional.

Es cierto que la demora en que incurrió el Congreso indujo a algunas personalidades a sugerir, de manera frontal o indirecta, que se evalúen otros mecanismos que desplacen a este en el cumplimiento de dicha obligación, pero ello no prosperó.

Entiendo que no prosperó porque fue calando en la opinión pública la convicción de que desconocer la titularidad del Congreso en esta materia implicaba reformar la Constitución y dilatar aún más el relevo.

187

* Palabras del Presidente del Tribunal Constitucional del Perú, con motivo de la juramentación de los seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, el 3 de junio de 2014.

** Abogado, Doctor en Derecho y Maestro en Derecho de la Empresa por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Se ha desempeñado como Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María en la cátedra de Derecho Tributario y de la Escuela de Posgrado de la misma universidad, en las Maestrías de Administración de Empresas y Derecho de la Empresa, así como en el Doctorado de Derecho. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María. Fue elegido Diputado por el departamento de Arequipa (1990-1992) y Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.

Quizá un argumento más contundente que ese, fue que con esa propuesta de cambio en la forma de elección de magistrados, se estaba poniendo en tela de juicio que el Congreso es el depositario de la voluntad popular y que, como tal, goza de la legitimidad necesaria para nombrar a quienes administrarán justicia constitucional en nombre del pueblo. Nadie mejor que él para hacerlo. Y es que no debemos olvidar que una eventual crítica a las personas que integran una institución no debe llevarnos a descalificar a esta última.

En segundo lugar, esta elección es relevante porque le demuestra al país que, independientemente de las rivalidades políticas existentes, el Congreso fue capaz de hallar consensos, para lo cual no faltó quien depusiera alguna legítima expectativa personal o colectiva. Estoy convencido de que las próximas generaciones sabrán apreciar el desprendimiento de aquellos que, con su sacrificio, facilitaron el camino de esta renovación institucional.

En tercer término, debo reconocer que ese consenso se vio favorecido por la notable trayectoria de mis seis colegas magistrados, quienes son ampliamente conocidos en el campo del derecho. Todos ellos gozan de impecables credenciales democráticas, profesionales y académicas, lo que les augura una magnífica *performance* como magistrados del Tribunal Constitucional. Seguiré haciendo todo lo que esté a mi alcance para estar a la altura de lo que se espera de un juez constitucional, a fin de conformar un colegiado que cumpla a cabalidad con la defensa de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución.

188

En cuarto lugar, esta elección ha sido significativa porque ha permitido realizar una transición ordenada en la que se ha reemplazado a quienes fueron mis colegas, sin que en ningún momento se paralice el Tribunal Constitucional.

Hemos sido testigos de una ceremonia que grafica exactamente la letra y el espíritu de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en su artículo 10° señala que «los magistrados del Tribunal continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes han de sucederles», y es que como ustedes habrán advertido, solo cuando los magistrados electos tomaron juramento, mis ex colegas dejaron el cargo, como debe ser.

Más allá de encuentros y desencuentros, de coincidencias y discrepancias, de aciertos y errores, deseo renovar mi gratitud a mis ex colegas, quienes

permitieron que el Tribunal Constitucional prosiga administrando justicia constitucional hasta el último minuto de ejercicio de su cargo, razón por la cual les agradezco por la colaboración brindada y les deseo éxito en esta nueva etapa que hoy inician.

Sin más pretensión que la de enunciar en voz alta mis reflexiones sobre los deberes que debe afrontar un Magistrado del Tribunal Constitucional, es que desarrollaré a continuación algunas ideas sobre dichos deberes que en mi concepto son: ciudadanía, responsabilidad, rigurosidad, independencia, imparcialidad, transparencia, tolerancia, objetividad y el deber de ingratitud.

Ciudadanía.- Un juez constitucional es ante todo un ciudadano que administra justicia de acuerdo con, y en nombre de, la Constitución. El juez no es un privilegiado, tampoco alguien que esté por encima de la Constitución y de las leyes, ni de las demás personas. Es ciertamente un funcionario público, pero ello no le convierte en un ciudadano de superior categoría.

Por lo contrario, es una persona a quien se le debe exigir, ante todo, ser un auténtico ciudadano, esto es, una persona comprometida con los valores democráticos de honestidad, lealtad constitucional y protección de los derechos de quienes merecen especial atención por parte de la comunidad y el Estado.

189

Enfatizo esto porque nuestra democracia requiere hoy más ciudadanía y menos personalismo, más institucionalidad y menos informalidad. El juez constitucional debe razonar como un estadista, puesto que las competencias que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional así lo exigen.

Responsabilidad.- Un juez constitucional es alguien que debe ser muy consciente de que los conflictos constitucionales que tiene que resolver implican siempre dimensiones sociales y políticas que no deben ser omitidas. Las controversias constitucionales se resuelven en un contexto concreto, y el juez constitucional debe conocer esa realidad. Sus decisiones siempre tienen efectos en ella.

De ahí que su tarea no consiste en la interpretación de las leyes de acuerdo con un simple razonamiento silogístico; es mucho más que eso porque la Constitución no es solo norma, sino también sistema de valores de una sociedad. El juez constitucional está llamado a concretizar dicho sistema de valores constitucionales en un determinado lugar y tiempo.

Ello implica una altísima responsabilidad, no solo con nosotros mismos, sino también con la sociedad, porque nosotros decidimos en nombre de la Constitución y la Constitución regula no solo la actividad del Estado sino también de la sociedad.

Rigurosidad.- El juez constitucional es una persona y por ello no es infalible, pero debe procurar no incurrir en error, pues sus decisiones afectan nada menos que a ese catálogo de derechos fundamentales que son esenciales, que están recogidos en la Constitución, y que caracterizan hoy en día a una sociedad democrática.

El hecho de evitar el error también se explica en que las decisiones de un Tribunal Constitucional afectan a la ley, que es el acto de expresión concreta del legislador democrático.

Es cierto que las controversias constitucionales exigen muchas veces adoptar una perspectiva proveniente de otras ramas del derecho y por ello muchas veces recurrimos a estas para resolver las controversias. Pero, sobre todo, el conocimiento y la aplicación del derecho constitucional son esenciales en su tarea.

190

El derecho constitucional, al ser la materialización de la Constitución misma, influye ineludiblemente en las demás disciplinas jurídicas y no a la inversa. De ahí que se hable con razón de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Considero que un juez constitucional tiene menos posibilidades de equivocarse cuando resuelve con el dominio adecuado del derecho constitucional, complementado con las demás disciplinas jurídicas.

Independencia.- Las decisiones de un juez constitucional nunca deben ser el resultado de motivaciones ajenas a la Constitución. Esto garantiza que su legitimidad democrática no sea cuestionada a título individual, ni colectivo, pues es conveniente precisar que esas decisiones también influyen en el propio *status* del Tribunal Constitucional como órgano constitucional.

Cuando un juez constitucional permite una intromisión, ya sea por comisión u omisión en su ámbito de independencia, se otorgan argumentos suficientes para deslegitimar al Tribunal frente a la ciudadanía. Un Tribunal Constitucional sin la confianza ciudadana difícilmente podrá cumplir, con legitimidad, su tarea de defender la Constitución y los derechos fundamentales. El

juez constitucional, con sus comportamientos manifiestos y tácitos, debe dar siempre muestra de su independencia frente a todo poder público y privado.

Denunciar cualquier acto que directa o indirectamente agrede su independencia no es solo una obligación jurídica, sino también un deber moral. Se afecta la independencia de los otros magistrados incluso cuando un juez constitucional interfiere en las decisiones que libremente debe adoptar cada uno de sus colegas. La fuente más importante de legitimidad que tiene un juez constitucional es, por lo tanto, la confianza plena que una sociedad democrática deposita en una institución como el Tribunal Constitucional.

Imparcialidad.- Un juez constitucional debe mantener una distancia equitativa de las partes en los procesos constitucionales. A fin de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional debe estar desprovisto de discriminación alguna. Esta exigencia es válida y aplicable también durante el desarrollo del proceso constitucional, así como en la decisión misma.

El derecho a la igualdad excluye, por sí mismo, de favoritismo a cualquiera de las partes. El juez constitucional no está desvinculado de la Constitución que precisamente garantiza este derecho fundamental. Como afirma el artículo 10° del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial: «El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio».

Transparencia.- Un Estado constitucional se rige por el principio de publicidad. Solo excepcionalmente puede recurrirse al secreto o a la reserva de los actos de los funcionarios públicos. El principio de publicidad se concretiza en la conducta individual de los jueces constitucionales a través de la transparencia.

El juez constitucional está siempre sujeto al escrutinio público. Es necesario para una democracia que los medios de comunicación y la opinión pública no pierdan de vista nunca los actos individuales de los jueces constitucionales y de aquellos que se adoptan de manera colegiada. Si hay un ámbito en el cual el concepto «transparencia» cobra una importancia incuestionable, ese es

el ámbito judicial. Y esto es exigible no solamente para los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también para todos los jueces en general.

El secretismo y la reserva que no tenga respaldo constitucional o legal no ayudan a la construcción de una democracia con auténticos ciudadanos. Por eso al juez constitucional le están vedadas conductas públicas o privadas que den lugar a suposiciones o sospechas, sean estas fundadas o infundadas, y que lleven a las partes del proceso a considerar su conducta como parcializada.

Tolerancia.- Los conflictos en el derecho constitucional no se resuelven apelando a soluciones matemáticas. Las decisiones de los jueces constitucionales deben ser producto de una deliberación abierta, amplia y plural entre ellos. No existen soluciones únicas a los conflictos, sino respuestas mejor argumentadas o más plausibles que otras.

El juez constitucional tiene que tener capacidad de persuasión en la defensa de su postura, pero al mismo tiempo apertura y tolerancia para aceptar argumentos mejor razonados, o quizá que respondan de manera óptima a los mandatos de la Constitución.

192

No son siete sabios los que dirimen los procesos constitucionales, sino siete jueces que, apoyados en el valor de la argumentación y el razonamiento objetivo, asumen una posición para dar respuesta a los problemas constitucionales. El análisis de las diferentes alternativas o soluciones de un caso, conlleva también a una valoración flexible de las consecuencias que traería la ejecución de cada una de esas alternativas.

Aparte de ello, esta tolerancia hacia adentro del Tribunal debe exigirse también hacia afuera, es decir, tolerancia en relación con el derecho que tienen los ciudadanos de analizar y criticar las decisiones de los jueces. Ello enriquece la discusión pública de las sentencias y ayuda también a controlar «al controlador de la Constitución».

Objetividad.- Ser juez constitucional implica, por un lado, una lucha permanente contra nuestras subjetividades y prejuicios, propios de nuestra condición de seres humanos y, por otro lado, un esfuerzo constante para adoptar decisiones objetivas, basadas en la razón y en el derecho.

La única forma de que los ciudadanos asuman como objetivas nuestra decisiones, y por ende carentes de todo viso de arbitrariedad, se logra a través de hacer explícitos los argumentos que sustentan nuestras resoluciones.

Argumentos y contraargumentos deben ser expresados claramente en los fundamentos de las sentencias, apoyados en un lenguaje sencillo y comprensible para todos. Porque el Tribunal Constitucional no habla para los juristas, sino y sobre todo para los ciudadanos. Los argumentos excesivamente abstractos no siempre son sinónimos de justificación, sino de una argumentación falaz, que nosotros como jueces constitucionales estamos obligados a evitar.

Ingratitud.- El deber de ingratitud aparentemente encierra una contradicción en sus propios términos, pues mientras la idea de deber alude a una dimensión positiva, la idea de ingratitud implica, por lo contrario, una connotación negativa.

Es lo que en retórica se conoce como un oxímoron, lo que según la Real Academia de la Lengua Española es la «combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que originan un nuevo sentido».

En un juez constitucional, el deber de ingratitud constituye un deber a observar respecto de quienes lo eligieron como tal. El concepto fue formulado por Robert Badinter, cuando fue elegido en 1986 por el presidente François Mitterrand como presidente del Consejo Constitucional francés. Efectivamente, durante su periodo de nueve años como magistrado en el Consejo Constitucional, Badinter ejerció con entereza ese deber de ingratitud. Él tenía lazos previos con Mitterrand muy sólidos, pues no solo le había acompañado en sus campañas presidenciales, sino que también había sido su ministro de Justicia entre 1981 y 1986; y fue además un ministro muy destacado, pues impulsó una de las reformas más importantes de ese primer gobierno de Mitterrand, que fue la abolición de la pena de muerte. Pero esos vínculos estrechos de antaño no impidieron a Badinter mantener, como juez constitucional, una clara independencia frente a Mitterrand¹.

Debemos apuntar incansablemente hacia la consolidación de un juez constitucional que ostente esa virtud democrática, y la refrende día a día con la emisión de sus pronunciamientos jurisdiccionales. Quiero decir con esto que, una vez elegido, el juez constitucional no se debe más que a la Constitución y al derecho.

¹ R. UPRIMNY YEPES, «El deber de ingratitud», consultada el 25 de mayo de 2014, en «<http://www.elespectador.com/columna135677-el-deber-de-ingratitud>».

Ni obligación ni deuda asume él respecto de quienes lo eligieron o lo promovieron. Y los parlamentarios así como los líderes políticos deben saber que la elección de un juez constitucional no les da derecho a pretender influir en su conducta o en la valoración de las controversias. El deber de ingratitud es, en cierto modo también, un factor que asegura la independencia y la imparcialidad del juez constitucional.

En suma, como puede apreciarse, son muchos los deberes que nos impone la naturaleza de este cargo, pero al mismo tiempo es una tarea gratificante, porque no hay acto más noble que el de impartir justicia constitucional, lo que en el fondo no es otra cosa que contribuir desde nuestra posición de jueces constitucionales a la paz social y a la convivencia democrática, en tolerancia y en pluralismo.

ACCESO A LOS JUECES Y JUEZAS CONSTITUCIONALES Y EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS EN EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Por un mejor posicionamiento de las labores propias del Tribunal Constitucional peruano. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso «Francisca Vásquez Romero»

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*
Magistrado del Tribunal Constitucional

1. Consideraciones iniciales: el difícil equilibrio en la configuración de las labores de los jueces(zas) constitucionales y el tema del acceso a la judicatura constitucional para la tutela de los derechos

En la actualidad, resulta innegable la enorme relevancia que tiene la labor de los jueces y juezas constitucionales en la tutela de los derechos fundamentales, fin central del Estado Constitucional, así como en la correcta comprensión de la supremacía constitucional y la preservación de la limitación del poder, otros dos aspectos centrales para entender los alcances considerados propios del constitucionalismo contemporáneo. Ahora bien, esta tarea, que se ejerce en un contexto en donde se ha redimensionado el concepto de Constitución¹, y se reclama una «constitucionalización del Derecho» con

195

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal-Coordenador y ex Director General de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas o peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, entre otras entidades. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Autor o coautor de diversos libros y artículos sobre materias de su especialidad.

¹ Como ya hemos señalado en otros trabajos, los alcances del concepto Constitución han ido cambiando con los años. En un primer momento la comprensión del mismo se circunscribe a un carácter más bien descriptivo del escenario político existente en una sociedad determinada. Luego se le conside-

sus diversas expresiones², y se busca una «constitucionalización de la política»³, también debe ejercerse dentro de ciertos parámetros.

ró como un acuerdo político fundamental en el cual se sustentaba la labor de elaboración de lo jurídico, confiada en principio a los parlamentos o congresos (según el sistema jurídico del cual se proviene) a través de las leyes (la otra normativa sería desarrollo de lo previsto a nivel legislativo).

Después de ello, ya sea por influjo de fallos como «*Marbury versus Madison*» (1803) en los Estados Unidos y el pensamiento kelseniano en la Europa Continental de la primera mitad del siglo veinte, la Constitución pasa a ser entendida como una norma jurídica (o un conjunto normativo, de acuerdo con lo señalado por Eduardo García de Enterría). Sin embargo, allí todavía el énfasis de estos textos se encontraba en asegurar la limitación del poder, insistiendo más bien en la determinación de procedimientos y competencias. Ahora bien, luego, y por una serie de acontecimientos, las cosas cambiarían.

Y es que hechos como los sucedidos en Europa Continental (fortalecimiento de la dignidad como base para la comprensión del Derecho y los derechos en general; el aporte de los procesos de Núremberg, los cuales cuestionan a una comprensión más bien tradicional del principio de legalidad; la distinción entre principios y reglas; o el influjo de posturas como las de Radbruch, que resalta que el Derecho no es tal si no responde a consideraciones como el valor justicia), o en los Estados Unidos de Norte América (la influencia jurisprudencial de la Corte Warren, la distinción entre igualdad formal e igualdad material), nos ponen ante un escenario distinto: la Constitución, sin desconocer la relevancia de la limitación del poder y sus consecuencias, tiene hoy como norte al reconocimiento y tutela de los derechos ciudadanos, con todo lo que ello involucra.

196

² Como ya es de conocimiento general, cuando se habla de «constitucionalización del Derecho» nos estamos quedando en el necesario reconocimiento de que la Constitución encierra la base o fundación de una serie de elementos centrales dentro de lo que hoy denominamos Estado Constitucional. Como bien anota Favoreu, nos referimos a un fenómeno que tiene múltiples efectos. Algunos, los más conocidos, son los llamados efectos directos: «constitucionalización judicialización», «constitucionalización elevación» y «constitucionalización transformación». La articulación del poder (y sobre todo, del poder político) en un Estado, la configuración del sistema de fuentes en determinado ordenamiento jurídico y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones solamente van a poder comprenderse a cabalidad si son entendidos de acuerdo con lo planteado en el texto constitucional, o lo que se desprende de él. Ver al respecto L. FAVOREU, «La Constitucionalización del Derecho», en *Revista de la Universidad de Valdivia*, pp. 31-43.

Ahora bien, si el eje de la comprensión del Derecho, a partir de la Constitución es hoy, como aquí ya se ha dicho, el reconocimiento y tutela de los derechos, se entienden mejor las razones por las cuales se habla de una «constitucionalización» en base o de conformidad con la protección de los derechos.

³ La actual vocación por imbuir de pautas constitucionalmente previstas a toda actuación dentro de un Estado indudablemente ha tenido una serie de significativas implicancias.

Paso a explicitar mejor el contenido de mi afirmación anterior: los jueces y juezas constitucionales, independientemente de la discusión sobre con qué legitimidad lo hacen (debate cuya extensión rebasaría los alcances del presente texto), tiene a su cargo la capital responsabilidad de efectuar la interpretación de cierre a nivel jurídico del ordenamiento normativo vigente dentro de un Estado determinado para así asegurar su comprensión conforme a la Constitución, o sustentado en base a lo que se desprende de ella. Ahora bien, no son

Una de las indudablemente más relevantes, y desde siempre con entidad propia, es la de apuntalar cada vez más la posibilidad de tener prevista la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones propias del quehacer político, o, dicho con otras palabras, del gobierno y dirección de una sociedad determinada. Y si es que si bien lo jurídico y lo político no son lo mismo, en un Estado Constitucional, donde la legitimación del ejercicio del poder es también jurídica, el quehacer político no puede, de acuerdo con una posición cada vez mejor asentada, desconocer los procedimientos previstos para la toma de decisiones en el texto constitucional, o dejar de lado contenidos conformes a parámetros constitucionalmente recogidos.

Este fenómeno, denominado «constitucionalización de la política», tiene tal vez como su expresión más notoria a la del debate sobre la pertinencia de mantener la figura de las «political questions», suprimirlas, o permitir algún nivel de revisión sobre las mismas. Estas political questions, o cuestiones políticas, tienen como antecedente más claro lo resuelto en «Marbury versus Madison» (1803), aunque, oportuno es anotar que esta teoría toma su configuración definitiva en «Luther versus Borden» (1849). Al respecto, ya en «Marbury versus Madison», el Chief Justice Marshall señala que «[...] cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del Presidente, en aquellos casos en que este posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de estos actos solo puede ser político [...]», «[...] La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo o los funcionarios del Poder Ejecutivo desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la Constitución o a las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal [...]».

Como bien señalaba Sagüés «[...] Esta teoría convenía a la Corte Suprema, pues “tranquilizaba” al Congreso y al Gobierno, poniéndose una autorrestricción luego de haberse otorgado el control difuso sin una cobertura constitucional específica para ello. Convenía al Presidente y al Capitolio, que recibían una suerte de inmunidad de cuestionamiento vía jurisdiccional en temas privativos de dichos órganos, y que casi siempre eran los de mayor relevancia política. Finalmente, beneficiaba a los ciudadanos, pues así garantizaban una cuota de cuestionamiento a las decisiones de las autoridades aceptada por las mismas autoridades (aquella destinada a defender sus derechos) [...]». Ver en este sentido, N. SAGÜÉS, «Reflexiones sobre las cuestiones políticas no justiciables a propósito de la coalición contra

por ello los únicos intérpretes vinculantes, y por ende, no pueden imponer su comprensión de las cosas a los demás intérpretes a los cuales se les reconoce ese rango. Solamente pueden, por razones de competencia antes que de jerarquía, revisar la interpretación de los otros si la misma no es conforme a los parámetros constitucionales.

Es más, los jueces y juezas constitucionales no son los/las primeros(as) intérpretes vinculantes, tarea que corresponde a quienes desempeñan las labores legislativas. No les compete además sustituir al constituyente, sino asegurar

Irak», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 295-296.

Cierto es que también se han esgrimido estas justificaciones de la existencia de cuestiones políticas (preservar la diferencia entre Poder Constituyente y Poderes constituidos, tratar de fijar límites a la labor del juez(a) constitucional). Sin embargo, ello no levanta el cuestionamiento formulado a esta categoría, pues la subsistencia de espacios no sujetos al control jurídico (y, sobre todo, al jurisdiccional) parece ser contraria al sentido mismo del Estado Constitucional. La pregunta que hoy cabe hacerse al respecto es si puede, en un contexto como el actual, donde se discute si el juez(a) constitucional tiene o no límites en su accionar, reconocerse la existencia de «actos políticos» o de una «discrecionalidad política», en principio no revisable (o no completamente revisable) en sede jurisdiccional.

198

Responder a esta pregunta implica efectuar ciertas precisiones al respecto, vinculadas a, por ejemplo, qué se entiende por actos políticos; y además, a la determinación de los criterios en base a los cuales se podría revisar este tipo de actos. Debe tenerse presente también que, incluso entre sus defensores, esta doctrina ha sido sometida a ajustes y matices. Así, por ejemplo, cabe resaltar cómo en los mismos Estados Unidos desde el principio se entendió a esta categoría en forma restrictiva, y además, se señaló que la actuación judicial siempre debía tomar en cuenta si se encuentran en juego los derechos (fundamentales) de las personas involucradas. De otro lado, en principio la determinación de una «political question» es en principio una tarea jurisprudencial (raros son los casos en que esta especificación se realiza a nivel legal o constitucional). Por ende, bien puede entenderse cómo algunas cuestiones políticas dejaron de serlo por decisión jurisdiccional, e incluso cómo en sentencias, como la emitida en «Baker versus Carr» (1962), se busquen establecer posibles justificaciones a estas situaciones, anotándose entre ellas a las siguientes:

- a. Estar ante materias confiadas constitucionalmente a reparticiones «políticas» dentro de cada gobierno.
- b. Estar ante asuntos donde no existe una normativa judicialmente distinguible y aplicable.
- c. Estar ante problemas donde debe darse una decisión política en materias reducidas a una discrecionalidad gubernativa (no judicial).
- d. Eventualmente estar ante temas en los que es imposible que una decisión independientemente de un tribunal «falte el respeto a otras ramas del Gobierno».
- e. Existir una «necesidad inusitada» de adherirse a una decisión política ya tomada.

un cabal desarrollo de la labor iniciada en el ejercicio del Poder Constituyente. No les toca reemplazar al legislador, sino complementar y orientar su trabajo. En ese sentido, incluso si correctamente entiende la Constitución también como un instrumento de integración social⁴, en rigor no configura políticas públicas, sino que, en el mejor de los casos, en el ejercicio de sus funciones repu-

f. Considerarse inconveniente que existen múltiples decisiones de varias reparticiones estatales sobre una misma cuestión.

Ahora bien, la invocación a cuestiones políticas no es privativa del escenario norteamericano. Se las ha invocado en Alemania, España, Argentina o el Perú. En todos estos casos es cada vez más notoria la necesidad de determinar las diferencias entre competencias exclusivas de ciertas autoridades y cuestiones políticas no justiciables, concepto este último que solamente se aplica a aquellas competencias referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado.

Yendo entonces a aspectos de suyo relevantes, es importante tener presente que en algunos países se está eliminando la categoría, y en otros, se va admitiendo mayores posibilidades de su revisión jurisdiccional, ya sea por materias de procedimiento o por elementos de contenido (el tipo de evaluación más utilizado en los Estados Unidos); y que, en líneas generales, hoy se tiende a entender a las cuestiones políticas como actuaciones de tipo discrecional, y por ende, para la revisión de estas cuestiones políticas principalmente se busca recurrir a las técnicas usadas para el control de la discrecionalidad administrativa, como son el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control sobre los elementos reglados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, la suspensión del respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho, y el seguimiento para preservar la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración.

⁴ La Constitución, como todos bien sabemos, es una norma jurídica (o en puridad, un conjunto normativo), cuyo texto tiene peculiaridades que la distinguen de otras disposiciones normativas, y es que además de una norma (que regula el poder y reconoce derechos), la Constitución es también una herramienta o símbolo de integración social (Smend, Bickel).

En este sentido, se ha explicado que la Constitución no solo es una «norma jurídica», sino también Ley Fundamental (Schmitt), pues regula los asuntos más importantes de una comunidad política. La Constitución encarna (o aspira a encarnar) el *Ius* de una comunidad, por lo que no puede ser concebida únicamente como *Lex* de superior grado (Zagrebsky). Es el símbolo máximo del proyecto colectivo, y representa la cultura y los valores de un país (Häberle). Coincidió entonces con lo planteado al respecto con el profesor Juan Manuel Sosa Sacio, en un texto que espero ver publicado muy pronto.

En mérito a lo sucedido, conviene preguntarse si la labor del Tribunal Constitucional se limita solo a interpretar la *Lex* (texto normativo) de la Constitución. En otras palabras, si la interpretación constitucional puede ser considerada como una actividad meramente «técnica» (Lucas Verdú). Al respecto, en cualquier caso, parece claro que desentrañar el significado del *texto* de la Constitución exige siempre tener en cuenta el *contexto* (*v. gr.* Scalia, Müller), que da o ayuda a darle sentido a las disposiciones normativas.

blicana⁵, reconciliadora⁶, moderadora⁷ o racionalizadora⁸, preserva que las políticas ya dictadas o por dictarse respondan a los cánones que puedan justificarse en aquello que se desprende de lo planteado por el constituyente.

⁵ Hoy se señala que los Tribunales ayudan al proceso de integración social y política, máxime si vivimos en tiempos de dispersión y pluralismo (Sosa Sacio). En tal sentido, los tribunales tendrían una «función republicana», al menos en dos sentidos: a través de su *actitud afirmativa de los valores constitucionales y las virtudes cívicas* (incluso, a veces, contra impulsos mayoritarios y la política cotidiana); y mediante la *consolidación de una identidad en la Constitución* (es decir, fomentando la integración en el sentimiento constitucional [Lucas Verdú] o el patriotismo de la Constitución [Sternberg, Habermas]).

⁶ En contextos como los actuales, de lucha por la consolidación de la democracia y de una cultura de los derechos, los Tribunales Constitucionales adquieren una importancia especial, al defender los postulados de la Constitución formal, pero participar también en la necesaria reconstrucción de la Constitución material. Es más, en épocas de transición como las actuales, a los jueces y juezas que integran estos tribunales les compete entonces una «función reconciliadora», que implicaría reconocer, dialogar y aprender sobre la verdad de lo acontecido, con ánimo de superar errores y temas pendientes sumamente sensibles, lo que es especialmente valioso en momentos de reconstrucción ética y política.

200

⁷ En la actualidad a los Tribunales Constitucionales se les ha confiado la tarea de ser mediadores, reguladores y preservadores de la unidad política nacional. No olvidemos que en no pocos casos los tribunales tienen asignada la competencia de resolver conflictos entre gobiernos territoriales, entre poderes u órganos constitucionalmente autónomos, y entre la sociedad y el Estado. Ahora bien, necesario es anotar que el ejercicio de esta función de moderación entre poderes, con la finalidad de restablecer la armonía política no obstante las diferencias y el pluralismo, excede en puridad al ámbito de sus competencias jurídicas. Y es que en la línea de lo planteado desde Hesse, los casos no se resuelven únicamente atendiendo al reparto constitucional de competencias o la titularidad de bienes constitucionales, sino que la interpretación de las disposiciones, la argumentación de los casos y el contenido de las sentencias de principio debería estar orientada a la integración y la pacificación de los conflictos entre poderes; a la unidad política del Estado.

⁸ Cuando se habla de función racionalizadora se hace referencia al esfuerzo de los Tribunales Constitucionales por resolver conflictos bajo parámetros alejados de la irracionalidad y la arbitrariedad. Ello implica hacer referencia: (1) al papel racionalizador heredado de la Constitución, concebida esta como «ordenación jurídica de la sociedad y el Estado»; (2) a la aprehensión o construcción de reglas interpretativas que permitan arribar a resultados razonables y predictibles; y, finalmente, (3) a la necesidad de argumentar (brindar razones) las decisiones que resuelven conflictos, especialmente cuando se tratan de asuntos de gran relevancia jurídico-social y de casos difíciles o trágicos (como son varios a los que se enfrentan los Tribunales Constitucionales). Para el más completo desarrollo de esta función, como el de las otras descritas en el presente texto, se recomienda la lectura del ya mencionado profesor Sosa Sacio, trabajo que muy pronto esperamos ver publicado.

Sin embargo, oportuno es anotar que esto es precisamente lo que en muchas ocasiones no se entiende a cabalidad. En algunos casos, sobre todo en realidades caracterizadas por su debilidad institucional, y su insuficiente tutela del Derecho y los derechos, se cree que el/la juez(a) constitucional puede y debe ir más allá del margen de sus competencias, y resolver todos los problemas subsistentes. En otras situaciones son los mismos jueces y juezas constitucionales quienes confunden un necesario activismo en el ejercicio de sus tareas con un hiperactivismo que le hace pensar que puede subrogarse en el quehacer propio del constituyente o en las competencias asignadas a otros poderes constituidos.

Si a ello se le añaden algunas imprecisiones y hasta deficiencias en el diseño de las atribuciones dadas a las diversas magistraturas constitucionales existentes, o en la configuración de los medios procesales a los cuales se puede recurrir; o incluso se constata la insuficiencia o inexistencia de un marco garantista para asegurar que los/las juzgadores(as) puedan desempeñarse con un cabal respeto a su independencia y su imparcialidad, bien puede entenderse esa sensación de insatisfacción que muchos tienen con la labor tuitiva y eficaz que se reclama a los diferentes modelos de jurisdicción constitucional actualmente previstos en cada Estado en particular. Este problema, por cierto, no es solamente peruano, aunque aquí, por diferentes razones, habitualmente se ha hecho más ostensible que en otros contextos.

En síntesis, muchas veces la configuración del modelo de jurisdicción constitucional asumido no permite atender a cabalidad las expectativas ciudadanas, ya sea por limitaciones o imprecisiones en su configuración, o por el exceso de expectativas que puede generar. Inclusive en ciertas ocasiones son los mismos actores involucrados (me refiero aquí no solamente a quienes juzgan, sino también a los mismos justiciables) los que no entienden ni resuelven debidamente los requerimientos existentes. Como consecuencia de ello se generan múltiples problemas, entre los cuales destacaban el del surgimiento de desencuentros interinstitucionales o la generación de aspiraciones que difícilmente van a poder ser cubiertas a cabalidad.

Hay pues mucho y muy complejo trabajo que asumir al respecto, y en muy distintos rubros. Uno de ellos sin embargo, qué duda cabe, es el del mejor posicionamiento del Tribunal Constitucional y los jueces(zas) constitucionales a través de una más clara determinación del tipo de causas que van a conocer, máxime si buena parte de ellas, por su significativa dimensión cuantitativa,

pueden sin proponérselo desmerecer la calidad del interés y atención dados a materias que eventualmente requieran de un análisis más sutil o más intenso. En el caso peruano existen entonces aspectos en los cuales, independientemente de la postura que tengamos en cada uno de ellos, reclaman en forma insoslayable un pronto pronunciamiento.

Uno de ellos es indudablemente el del tratamiento dado a las materias laborales, en donde buena parte de los problemas existentes intentaron ser superados con el precedente «César Baylón Flores» (STC N° 0206-2005-PA/TC). Allí además se buscaba abordar una materia de innegable importancia: la de las implicancias del paso a un amparo subsidiario o residual, y por ende, la fijación de criterios sobre cuándo estamos ante vías igualmente satisfactorias de procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, lo hecho finalmente en «Baylón», circunscrito al establecimiento de una lista cerrada de distribución de materias, pronto demostró su insuficiencia, y fue dejado de lado por la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello máxime si allí no se hizo lo principal, que era establecer, y no solamente para el ámbito laboral, los criterios generales que nos permiten establecer cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria en los términos planteados en el artículo 5°.2 del Código Procesal Constitucional, destinados a consagrar el amparo subsidiario o residual (no entraré aquí a discutir la diferencia entre ambos conceptos) recogido en el ordenamiento jurídico peruano.

202

Otro tema de singular relevancia en este rubro es el del «contenido constitucionalmente protegido» como causal de improcedencia, identificado en un precedente vinculado con el ámbito previsional, el generado a propósito del caso «Manuel Anicama Hernández» (STC N° 1417-2005-PA/TC). Aquí también la comprensión hecha en el precedente fijado por el Tribunal Constitucional peruano, mediante la cual se buscó identificar contenido constitucionalmente protegido con una formulación en clave de teoría absoluta o teoría institucional del contenido esencial de un derecho fundamental muy pronto demostró su insuficiencia para evaluar pretensiones de tipo previsional, o que incluso que van más allá del ámbito previsional. El Tribunal aquí también, al igual como ocurrió en Baylón, pronto rebasó o dejó de lado sus propias determinaciones, generando así una situación de incertidumbre sobre los casos que finalmente podían ser atendidos por la judicatura constitucional, y con ello, aumentando innecesariamente la carga procesal de los/las jueces(zas) constitucionales con proceso que en puridad no deberían conocer.

Y como si lo expuesto no fuese suficiente, el tratamiento dado a los procesos constitucionales de la libertad iniciados contra resoluciones judiciales no ha sido precisamente el más feliz. Y es que, en una dinámica propia de un seguramente bien intencionado hiperactivismo, se consagró en el caso «Apolonia Ccollcca» (STC N° 3179-2004-AA/TC) una tesis admisoría absoluta de estos procesos, la cual no solamente no se condice con lo planteado hasta hoy (y nunca formalmente derogado) en el Código Procesal Constitucional, sino que establece límites tan laxos al ejercicio de estas nuevas atribuciones con los tres pasos o exámenes que a continuación establece, y sobre todo con el de suficiencia⁹. Se ha proyectado entonces la equívoca idea de que prácticamente cada resolución de la judicatura ordinaria puede ser impugnada ante un juez o jueza constitucional, e incluso se ha ido bastante más adelante en ello¹⁰.

Es pues en este contexto en el cual el tema del acceso al Tribunal Constitucional, de suyo importante, adquiere ribetes de insoslayable relevancia, má-

⁹ Como es de conocimiento general, en la sentencia Apolonia Ccollcca (STC N° 3179-2004-AA/TC) se plantea la realización de tres pasos o exámenes para determinar si cabe el amparo o el hábeas corpus contra una resolución judicial, los de razonabilidad, coherencia y suficiencia. Estos tres pasos se sintetizan en rigor en el tercero de los mismos, el llamado test de suficiencia, el cual implica que es responsabilidad del juez o jueza de la causa evaluar si estamos ante una vulneración de derechos cuya intensidad amerita abrir las puertas de su debate en sede de la judicatura constitucional.

La formulación tan abierta de este examen ha llevado a muchos abogados a pensar que en el fondo lo que importa es la interposición del amparo o el hábeas corpus contra la resolución judicial que quieran impugnar, para ver si en ese contexto convencen al juez de la causa sobre la necesidad de discutir esa materia. Ello lamentablemente ha llevado a una enorme cantidad de procesos constitucionales de la libertad que finalmente terminan en una declaración de improcedencia, y que en rigor, nunca debieron movilizar los espacios de tutela de urgencia propios de estos medios procesales especiales y específicos para la protección de los derechos fundamentales.

¹⁰ Una revisión del Código Procesal Constitucional demuestra cómo su texto no solamente se decanta por una tesis admisoría moderada en lo referente a los procesos constitucionales de la libertad contra resoluciones judiciales, sino también expresamente descarta la posibilidad de amparos contra amparos. Muy a despecho de ello, y sin una declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4° y 5°, inciso 6, del Código recientemente mencionado, se ha procedido, mediante pronunciamientos con carácter de precedente, a habilitar una tesis admisoría amplia, así como al ejercicio del amparo contra amparo. Esta última posibilidad, la del amparo contra amparo, ha abierto a su vez la puerta para otras alternativas, como la del amparo contra hábeas corpus, hábeas corpus contra amparo, etcétera. Sin duda alguna este es un tema que en su momento deberá ser debidamente abordado.

xime si lo que se encuentra en juego es el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de la libertad. Y es que en el presente, con la sola excepción italiana, los tribunales previamente existentes, pauta que siguieron aquellos que luego se configuraron, actualmente no se limitan a un control abstracto de la constitucionalidad de normas con rango de ley, sino que asumen conocer situaciones de violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, las cuales pueden darse mediante actos u omisiones. Estas en principio solamente se referían a lo emitido por entidades estatales, pero luego, en la línea de reconocer la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares, también han ido involucrando a las vulneraciones o amenazas efectuadas en principio por cualquiera de nosotros(as).

De otro lado, nadie discute las enormes ventajas con las que en términos garantistas cuenta la protección de derechos en sede jurisdiccional, pero la misma naturaleza de esta función hace que su tratamiento no resulte tan expeditivo como muchas veces se quisiera. Debe además considerarse que existirán personas que, desde una perspectiva bien intencionada pero equivocada, buscarán habilitar todas las vías a su alcance para lo que consideran la mejor defensa de sus derechos, aunque su pretensión no sea correcta o ya haya sido atendida. Incluso puede encontrarse a quienes quieran aprovecharse del marco garantista existente para dilatar la resolución de algún conflicto en donde el resultado le ha sido desfavorable.

204

Lo recientemente expuesto explica cómo en la actualidad la resolución de casos en los cuales no se ejerce un control en abstracto de normas, sino que aquellos donde se evalúan afectaciones específicas a derechos fundamentales¹¹, sean los que involucran el grueso de la carga procesal de todos los Tribunales

¹¹ Debe tenerse en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos se admite la interposición de amparo contra normas autoaplicativas, en tanto y en cuanto la sola existencia de estas normas genera amenazas (riesgos ciertos e inminentes) al ejercicio de diversos derechos fundamentales. En el caso del Perú el Tribunal Constitucional acogió claramente esta postura en sentencias como el «Pum Amat» (STC N° 1100-2000-AA/TC). Nuestra posición al respecto se encuentra en diferentes textos, y entre ellos «Algunas consideraciones sobre el Amparo contra leyes a propósito de su tratamiento en la propuesta de reforma constitucional hoy en trámite», en *Foro Jurídico*, año 1, núm. 1, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

Constitucionales. La atención de muchos de los casos descritos en el párrafo anterior de este mismo texto lamentablemente no colabora precisamente con la cabal tutela de los derechos, la cual debiera ser hoy la labor central del grueso de los Tribunales Constitucionales existentes. Pasemos entonces a explicar los alcances de esta aseveración.

Conviene entonces tener presente que los Tribunales Constitucionales nunca fueron previstos para conocer todos los casos que pudiesen generarse. En principio, debe constatar que su labor es la de una judicatura a la cual se llega en forma excepcional (ya sea en mérito a una legitimación procesal especial, o a que deba primero analizarse la controversia en la judicatura ordinaria, o ambas situaciones). Además, la manera de acceder a ella se materializa mediante canales especiales, específicos, y supuestamente expeditivos: los denominados procesos constitucionales. Dichos procesos, en el ámbito de la tutela de los derechos (los procesos constitucionales de la libertad), coexisten con medios ordinarios de protección cuya admisión y trámite son exclusivamente competencia de la judicatura ordinaria.

Es en este escenario que las prescripciones del Código Procesal Constitucional toman especial relevancia para que, finalmente, el Tribunal Constitucional pueda posesionarse cada vez mejor en su labor de interpretación vinculante y control con un estricto respeto a una corrección funcional. Para el mejor cumplimiento de estas importantes tareas, se buscará entonces asegurar la mayor claridad en la configuración de los medios a utilizar, y garantizar en lo posible la resolución de las controversias sometidas en su conocimiento dentro de un plazo razonable y en un escenario con plena vigencia del derecho a un debido proceso, teniendo eso sí claro que no estamos ante una tarea sencilla de materializar.

Todo ello, claro está, no implica perder de vista que nuestro el Tribunal Constitucional es sobre todo un tribunal de casos (máxime en el Perú, de acuerdo con lo planteado en el artículo 202° de la Carta de 1993). Ahora bien, solamente debe estar en capacidad de conocer aquellos procesos en los cuales se considera que la judicatura ordinaria no ha podido otorgar eficiente tutela a los derechos, por una equivocada comprensión de sus competencias o por una errónea percepción de los temas sometidos a ella. A ello debe apuntar su mejor posicionamiento institucional: no por ver muchos casos cumple en forma más eficaz con su labor. Lo hace cuando conoce mejor, analiza con mayor detalle y resuelve con mayor rigurosidad los casos sometidos a su conocimiento. Lo

expuesto lleva a aquello que, como bien se ha anotado¹², ya se hace en muchos países: los jueces que ven procesos constitucionales de la libertad dentro de la judicatura ordinaria pueden incluso rechazar *in limine* requerimientos de tutela de derechos por haberse incurrido manifiestamente en causales de improcedencia previamente establecidas.

Corresponde entonces a los Tribunales Constitucionales asegurar un mejor posicionamiento en el cumplimiento de su labor efectuando incluso un rechazo liminar de ciertos requerimientos. Y es que si bien la vocación tuitiva de los derechos tiende a ser expansiva (y es bueno que así lo sea), ello no debe llevarnos a pensar que los diferentes Tribunales Constitucionales, en aras de proteger a cabalidad los derechos fundamentales, creen la expectativa de que cualquier pretensión donde se alegue la afectación a esos derechos pueda ser invocable y deba ser atendida por dichos Tribunales.

Hay pues materias, y esto es unánime en el Derecho Comparado, ante los cuales ya habitualmente se procede a esta suerte de rechazo liminar. A la primera de ellas a las que queremos aquí referirnos es al respecto de jurisprudencia reiterada, e incluso al de algún precedente del Tribunal Constitucional cuyo margen de acción justamente se viene discutiendo sobre la materia que ahora se quiere analizar. Con ello no se quiere decir que una posición establecida por un Tribunal Constitucional sea incuestionable e inamovible. Llegará el momento en el cual, luego de una detallada reflexión, un tribunal como este pueda convencerse de un cambio de opinión. Ahora bien, convengamos que ello no pasa todos los días, sino que debe ser consecuencia de una larga reflexión.

206

En este sentido, y como bien se tendrá presente, ya el artículo 18° del Código Procesal Constitucional había establecido cuáles son las causales de admisibilidad y procedencia del Recurso de Agravio Constitucional. A ello debe añadirse que el mismo Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N° 2877-2005-HC/TC, señaló que, a partir del análisis de su jurisprudencia, así como también del estudio de las disposiciones del Código Procesal Constitucional, debe entenderse que el contenido constitucionalmente protegido de

¹² Coincidimos entonces con lo planteado, entre otros, por J. M. SOSA SACIO, «El primer precedente del nuevo Tribunal Constitucional», en el blog *República y Constitución*, (www.republicayconstitucion.blogspot.com), consultado el 30 de agosto de 2014.

los derechos no es solamente un requisito de procedencia de la demanda, sino que además lo es del Recurso de Agravio Constitucional (ver al respecto el fundamento jurídico veintisiete de ese fallo).

Sin embargo, bien puede acreditarse que en muchos casos se busca, e inclusive se ha conseguido, que las entidades competentes para ello concedan Recursos de Agravio Constitucional cuyas pretensiones no tengan relación con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Esta situación, que por cierto no está en la línea de lo que el Código Procesal Constitucional peruano buscaba plasmar, produce demoras que impiden atender de manera oportuna y adecuada aquellos procesos en los cuales realmente existen derechos fundamentales en juego, los mismos que demanden una tutela urgente. Ello no solamente perjudica a los y las justiciables que realmente requieren el amparo del Tribunal (lo cual es sin duda lo más relevante), sino también a la misma credibilidad de este organismo, con todo lo que ello involucra.

Debe además tenerse presente que, buscando hacer frente a una preocupación similar, se aprobó el artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Ahora bien, lo allí entonces dispuesto lamentablemente no fue suficiente para revertir la concesión de Recursos de Agravio Constitucional que en poco o en nada ayudan a la mejor atención de los requerimientos ciudadanos y la mayor credibilidad del Tribunal. En ese escenario, más que efectuar una eventual modificación del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aunque esta no era, por cierto, una alternativa a descartar), convenía aprobar un precedente, fórmula por cierto prevista y regulada en el Código Procesal Constitucional vigente. En ese precedente debieron establecerse con claridad cuáles son los supuestos en que debe desestimarse un Recurso de Agravio Constitucional. Ese precedente, por cierto, ya se emitió, y es precisamente el generado a propósito del caso «Francisca Lilia Vásquez Romero», cuyos alcances pasaremos a desarrollar, y que son demostración palpable sobre cómo hoy, ya luego de varios años de vigencia del Código Procesal Constitucional peruano, se materializan algunas de las pautas básicas que en su momento inspiraron su aprobación¹³.

¹³ Téngase presente lo ocurrido luego de emitida la sentencia que, con carácter de precedente, emite el Tribunal frente a lo resuelto en el caso «Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez» (STC N° 2877-2005-PHC/TC). Allí, como seguramente se tiene presente, el Tribunal hace importantes precisiones sobre la naturaleza y los alcances del Recurso de Agravio Cons-

2. El precedente «Vásquez Romero» y su aporte para ayudar a un mejor posicionamiento del Tribunal Constitucional peruano de acuerdo con el Código Procesal Constitucional vigente. La normativa vigente y el marco competencial asignado a cada institución en nuestro país

Lo sucedido en el caso «Vásquez Romero» explica la importancia de impulsar y sistematizar mejor aquellas pautas que debieran orientar el posicionamiento del Tribunal Constitucional peruano de acuerdo con los parámetros

titucional. En ese contexto, presenta los alcances del *certiorari*, y demuestra la inaplicabilidad de esa fórmula al caso peruano. Describe además lo hoy prescrito en los casos alemán y español, que, como fácilmente podrá apreciarse, se parece mucho a lo prescrito en el caso peruano.

A continuación, en el fundamento 28 de este fallo, ya se establecen como elementos para la declaración de improcedencia de un Recurso de Agravio, antes de ingresar al fondo del debate, a supuestos de vulneración manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; a casos de demandas manifiestamente infundadas; a situaciones en las cuales se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda, respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos fundamentales; y, cómo no, a la existencia de casos sustancialmente idénticos a los aquí ya mencionados. Téngase finalmente que allí textualmente se señala lo siguiente: «[...] Debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la improcedencia [...]».

208

La relación entre la actuación a asumir por el Tribunal en estos casos y aquello que ya justificaba la posibilidad de rechazar *in limine* lo que es puesto en su conocimiento es evidente, por encontrarse ante temas sin especial trascendencia constitucional. Como fácilmente puede apreciarse, lo allí previsto va en la línea de lo que hemos comentado como habitual en el Derecho Comparado y, adelantando lo que se viene, solamente sería sistematizado luego en la misma jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, justo es reconocer que estos criterios fueron muchas veces incumplidos por culpa del quehacer del mismo Tribunal, que tramitó múltiples causas sin acoger los criterios que ese mismo colegiado ya había establecido. Una buena demostración es la de la admisión para el conocimiento por el Tribunal Constitucional peruano de casos como el de Francisca Lilia Vásquez Romero. Correspondía entonces tomar acciones al respecto, máxime si la actual composición del Tribunal se ha encontrado con más de seis mil causas pendientes de resolución, y que en promedio, hoy casi el ochenta por ciento de los requerimientos puestos en su conocimiento son declarados improcedentes por este organismo de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, sustentándose el grueso de estas improcedencias en factores que, ya desde el Reglamento Normativo de la institución, así como desde su jurisprudencia, justificaban su rechazo liminar.

establecidos en el Código Procesal Constitucional vigente. Francisca Lilia Vásquez Romero, con fecha 12 de marzo de 2013, interpone demanda de amparo contra los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el Presidente del Poder Judicial y el Procurador Público para los asuntos de este Poder del Estado. Solicitaba se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago recaído en el Expediente N° 1460-2006, desde la Resolución número 38, de fecha 4 de diciembre, hasta el Decreto número cinco, del 25 de enero de 2013.

El Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados por la demandante (debido proceso, petición, defensa, libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva); y además, porque la recurrente pretende replantear la controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados, y porque ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda. Básicamente en función a este argumento es que la Sala Revisora confirma la resolución apelada.

209

Los argumentos de la demandante son, por decir lo menos, curiosos. Luego de sustentar cómo en su opinión no se le había notificado la ejecutoria suprema que resolvió el recurso de casación que interpuso en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra, añade que la Sala Civil Suprema actuó allí en forma ilegal, pues habría «transformado» un proceso de naturaleza civil (una tercería preferente de pago) en uno constitucional y, «cambiando de jurisdicción», remitió la controversia a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Este razonamiento viene acompañado de afirmaciones como las siguientes:

«[...] los jueces del cuarto juzgado civil de la Corte Superior de Justicia del Santa - Chimbote *en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares judiciales y evidentemente de acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente número 1460-2006*» (fojas 70, la cursiva es nuestra).

«[...] *los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo 1° de la Ley N° 27682, la Constitución, las leyes, el*

debido proceso y encadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los trasgresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida» (fojas 72, la cursiva es nuestra).

La demandante no alcanza argumentación que acredite su pretensión, y, menos aún, que sustente las afirmaciones que formula en ese contexto. Ahora bien, y muy a despecho de la debilidad manifiesta de lo planteado, el Tribunal Constitucional peruano, en una lógica inspirada en los principios de economía e informalidad, entra a conocer la causa y se pronuncia sobre el fondo de lo controvertido, pues volver lo actuado a la judicatura ordinaria hubiese significado la innecesaria prolongación de un proceso cuya pretensión a todas luces carecía de sustento. Luego de ir desbaratando cada una de las supuestas vulneraciones de los derechos alegados por la demandante, y concluir que la demanda debe ser declarada infundada, el tribunal va a buscar asegurarse que las pautas que ya había dispuesto en forma diversa y dispersa, pudiesen agruparse para así intentar garantizar el inicio y la tramitación de procesos constitucionales mediante los cuales pueda cumplir su función tuitiva a cabalidad.

210

Es entonces que, después de rescatar lo ya previsto en el Código Procesal Constitucional, el precedente «Sánchez Lagomarcino Ramírez» y el art. 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se señala que «[...] no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes» (fundamento 46); y que se deben concentrar sus recursos «[...] en la atención de reales vulneraciones que requieran tutela urgente» (fundamento 47), se pasa a explicitar los supuestos en los cuales, sin mayor trámite, y en defensa del derecho a la tutela procesal efectiva, se emitirán sentencias interlocutorias denegatorias frente a este tipo de casos, emitiéndose así un pronunciamiento al cual va a otorgar carácter de precedente.

Se establecerá entonces en el fundamento 49 de la sentencia en comento que el Tribunal emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, sin mayor trámite, cuando:

- a. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoca.
- b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.
- c. La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente del Tribunal Constitucional.

- d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

A continuación, y en el fundamento cincuenta, se señala que «[...] Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental».

Como bien puede apreciarse, en el fondo no se consagra nada muy distinto a lo que ya la normativa vigente y la jurisprudencia del mismo tribunal había señalado anteriormente. Sin embargo, la coyuntura existente obligaba a sistematizar y potenciar lo ya avanzado, para así alcanzar a cabalidad el objetivo buscado, ligado a la misma razón de ser de esta entidad.

Y es que, tomando en cuenta la especial naturaleza de las competencias de un Tribunal Constitucional, debe tenerse presente que hay causas que, independientemente de la relevancia que para cada quien tiene su propio proceso, no corresponde en rigor que sean vistas por este organismo. En algunos casos, aquello sucede en mérito a que lo puesto en su conocimiento carece de mayor fundamento. En otros, lo que se pone en sus manos no cuenta con lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se denomina «especial relevancia constitucional».

Aquí, debe tenerse claro, no se trata del ejercicio de una abierta discrecionalidad que, por ejemplo, es más propia de un modelo anglosajón distinto del nuestro, el cual permite la configuración y el uso del *certiorari* hasta hoy vigente en los Estados Unidos de Norteamérica¹⁴. Estamos, tanto en la referen-

¹⁴ La Corte Suprema de Estados Unidos de América, instalada en 1791, comenzó sus quehaceres conociendo pocas causas (87 por año, a mitad del siglo XIX; 98 al año una década después). Sin embargo, ya a mediados de ese siglo, la carga procesal se había triplicado, pues había 30 expedientes ingresados en 1860). Esa cifra se duplicó diez años después, y las causas llegaban a unas 1816 en 1890. En ese escenario se aprueba la «Evarts Act» de 1891. En su sección sexta se introdujo el «writ of certiorari», el cual permitiría a la Corte sin mayores explicaciones la serie de recursos que no creyese conveniente conocer. Este planteamiento fue sujeto de ajustes en 1914 y 1916, pero es recién en 1925, con la «Jurisdiction Act» de ese año, que adquiere su configuración actual.

cia a la «especial relevancia constitucional» como en el descarte de demandas sin fundamento, o en los casos vinculados a temas que en su momento ya merecieron precedentes o reiterada jurisprudencia de un Tribunal Constitucional, ante el establecimiento con mayor claridad y rigurosidad de la capacidad de ese mismo tribunal para, de acuerdo con ciertos factores, poder priorizar el tratamiento de ciertos procesos que llegan a sus despachos, y así centrar su atención en aquello que reclama su tutela urgente y donde no cuente con una posición ya fijada y conocida. Ello explica, por ejemplo, cómo algunos Tribunales Constitucionales se han sentido muy llamados a fijar, ciertamente que a veces en forma dispersa, ciertos criterios sobre lo que ellos entienden por «especial relevancia constitucional».

Es en ese contexto que vale la pena, a modo de ejemplo, citar el caso peruano. Allí, mediante distinta jurisprudencia, nuestro Tribunal Constitucional, en sus anteriores composiciones, e incluso en algún precedente como el emitido a propósito del ya mencionado «Sánchez Lagomarcino», ha ido identificando materias como de «especial relevancia constitucional». Algunas de ellas son las siguientes:

212

Allí, línea luego seguida en la reforma introducida en septiembre de 1988, se hace énfasis en el carácter discrecional del *certiorari*. Ciertamente es que en las reglas establecidas en la Corte Suprema desde 1922 se mencionan algunas pautas (existencia de pronunciamientos contradictorios en la justicia federal; apartamiento de las reglas de procedimiento usualmente aceptadas; casos en los cuales los órganos inferiores han resuelto una cuestión central de Derecho Federal, la cual no fue establecida por la Corte, pero que amerita un pronunciamiento de su parte; existencia de resoluciones judiciales contrarias a la jurisprudencia de la Corte). Sin embargo, justo es señalar que esa discrecionalidad normalmente ha ido bastante más allá de esos parámetros. Recomendamos en ese sentido ver el trabajo de O. SAR, *El nuevo precedente del Tribunal Constitucional peruano y su estrategia para enfrentar los retos derivados de la carga procesal*, próximo a publicarse.

Y es que allá, y muy de la mano de la especial configuración del modelo estadounidense, los criterios eventualmente señalados son meramente referenciales e indiciarios, y la decisión de no admitir el debate de una causa en la Suprema Corte Federal depende de la voluntad de ese tribunal en el momento en el cual se requiere su opinión. Esa libertad de acción, por llamarla de alguna manera, no se condice con nuestra tradición jurídica. Téngase presente, por ejemplo, que cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán intentó descartar el trámite de ciertas causas con providencias inmotivadas, fue condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 6° de la Constitución Europea (derecho a un proceso justo).

- La existencia de un debate sobre el contenido o el alcance de un derecho fundamental, y que esta situación deba ser abordada.
- El surgimiento de cambios sociales o normativos que exijan modificar o revisar algún criterio previamente establecido por el Tribunal Constitucional.
- La necesidad de que requiera de un pronunciamiento para garantizar la supremacía de la Constitución.
- El encontrarse ante un problema jurídico-constitucional cuya resolución sea indispensable para pacificar un conflicto institucional o social.
- La constatación de un incumplimiento de precedentes o de doctrina vinculante desarrollada por el Tribunal Constitucional.
- La existencia de pronunciamientos contradictorios dentro de la judicatura ordinaria al aplicar o interpretar las disposiciones constitucionales.
- La comprobación de que la afectación del derecho del demandante pudiese derivar en la formulación de un criterio de alcance general.
- El asumir que la decisión en debate pueda afectar la prestación de servicios públicos.

Probablemente esa lista pueda, para algunos, parecer excesiva, y para otros, muy restrictiva. Lo cierto es que, independientemente de estas consideraciones, no estamos ante un asunto nuevo, sino más bien, en tal caso, ante la necesidad de sistematización de algo ya existente y sostenido, y cuya determinación hasta hoy no ha generado mayores cuestionamientos.

213

Lo mismo puede predicarse de lo dicho en su jurisprudencia por el Tribunal Constitucional español. Ese tribunal, siguiendo la línea de lo establecido en el artículo 50° de su Ley Orgánica (Ley 2/1979), donde se señala que las demandas de amparo serán admitidas cuando se cumplan una serie de requisitos, y entre ellos, el de su especial trascendencia constitucional (la cual se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales), señaló que su STC N° 155/2009 que la «especial relevancia constitucional» estaba constituida por aquellos casos en los cuales:

- a. Se plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental pasible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional.
- b. Se permitía al Tribunal Constitucional aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales del derecho fundamental, o de un

- cambio en la doctrina de los organismos encargados de la interpretación de los Tratados.
- c. Se considera que la vulneración del derecho fundamental alegada proven- ga de la ley o de otra disposición de carácter general.
 - d. Se reputa que la vulneración del derecho fundamental alegada se origina en una reiterada interpretación jurisprudencia de la ley que se busca que el Tribunal Constitucional considere lesiva de dicho derecho, interpreta- ción a la cual intentaré sustituir por una que sí se consideraría como con- forme a la Constitución.
 - e. Se constate que la postura manejada por el Tribunal constitucional sobre el derecho fundamental alegado sea incumplida en forma general y reite- rada por la judicatura ordinaria.
 - f. Se acredita que en un órgano judicial manifiestamente se niega a ampliar la línea jurisprudencia ya establecida por el Tribunal Constitucional.
 - g. Se está ante un asunto que, si bien no se encuentra incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto, ya que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales.

214

Estamos pues ante preocupaciones similares en muchos lugares, las cua- les por cierto no son nuevas, y a las cuales el Perú no ha sido ajeno. Hoy, repeti- mos, lo que se ha buscado mediante un reciente pronunciamiento con carácter de precedente, es reforzar y sistematizar lo que ya se había señalado, para así abordar una materia de la mayor relevancia con la seriedad que el mismo me- rece. Corresponde entonces en este momento anotar algunas palabras que sin- tetizan lo aquí planteado, y que además puede proporcionar un importante de- rrotero a seguir si se quiere continuar en la ruta de asegurar un mejor posiciona- miento del Tribunal para la mejor tutela de los derechos ciudadanos.

3. Reflexiones a modo de conclusión

En un mundo en el cual el reconocimiento y tutela de los derechos ciu- dadanos es el fin último del constitucionalismo, pero donde cada vez son ma- yores y más difíciles de enfrentar los mecanismos a los que se puede recurrir para violentar o amenazar esos derechos, deviene en indispensable que los dife- rentes Tribunales Constitucionales en general, y el peruano en particular, ase- guren el mejor posicionamiento posible en el desarrollo de la delicada labor que les toca.

Se hace necesario entonces tener previsiones para especificar en qué su- puestos, se habilita la actuación del Tribunal Constitucional. En el Perú ya des-

de el Código Procesal Constitucional se había dicho algo al respecto. Ahora se señala, de forma más enfática y sistematizada, que en principio no correspondería declarar procedentes aquellos recursos de agravio constitucional en los cuales ya ese organismo fijó posición (en algunos casos, incluso con carácter de precedente); o se le plantean argumentos con poco sustento, donde solamente se intenta revertir una decisión que no nos gusta aunque esté adecuadamente tomada y motivada. Para ello se recurre al máximo nivel de pronunciamiento vinculante: a un precedente.

Con lo expuesto, únicamente se busca ser más riguroso en el ejercicio de una competencia con la cual cuenta todo(a) juez(a), sin perjuicio de si es el/la primer(a) en pronunciarse o lo hace en un rol de instancia o grado (y en este caso, sin perjuicio de la muy respetable opinión que pudiese tener la judicatura ordinaria al respecto): la del rechazo de los requerimientos manifiestamente improcedentes que se pongan en su conocimiento¹⁵. Con ello, por cierto, no se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Todo lo contrario: se le defiende de la mejor manera posible, y dentro de los parámetros propios de un Estado Constitucional.

Se apuesta entonces por proteger a los(as) justiciables que realmente demandan la tutela urgente de sus derechos. Ello va a exigir, por parte del Tribu-

¹⁵ En este caso, e incluso en la alegación de una «especial trascendencia constitucional», no se deja abierta una incontrolable discrecionalidad que bien podría abanderar ese plano discrecional para devenir en algo absolutamente arbitrario. Así, por ejemplo, y ante las pretensiones carentes de fundamentación (que pueden llegar al Tribunal Constitucional peruano incluso como consecuencia de una doble improcedencia liminar), ya hay posiciones fijadas en el caso peruano sobre estándares mínimos de motivación en casos como el de Giuliana Llamuja (STC N° 0728-2008-HC/TC) para el escenario jurisdiccional; o el reciente «Mateo Castañeda Segovia» (ATC N° 0791-2014-PA/TC) con algunos necesarios matices a nivel administrativo.

De otro lado, conviene destacar que para la evaluación de si estamos ante causas sustancialmente iguales, debe tenerse en claro cuáles son los reales alcances de una motivación por remisión (repetición justificada de considerandos ya utilizados en otras resoluciones), pues pueden traerse reflexiones de otros pronunciamientos aunque para aplicarlas a situaciones diferentes que demanden respuestas distintas. Los alcances sobre cómo entender los temas en los cuales ya hay una línea jurisprudencial establecida por el Tribunal, o las ideas que dentro de la jurisprudencia de este colegiado y la de otros Tribunales Constitucionales, se han entendido como parte de lo que debe comprenderse como de especial trascendencia constitucional, ya han sido desarrollados a lo largo de este mismo texto, y a ellas nos remitimos.

nal, un redimensionamiento de su funcionamiento administrativo, de la mano con lo previsto no solamente en esta sentencia o en el reglamento interno de la institución, sino también de una serie de decisiones de organización del trabajo interno que seguramente se darán a conocer próximamente.

Va también a demandar de la judicatura ordinaria y los(as) abogados(as) de los(as) justiciables a ser más rigurosos(as) en sus evaluaciones y planteamientos, máxime si se está hablando de una cabal tutela de derechos fundamentales. Ojalá todos los actores involucrados se encuentren a la altura de estos retos.

Y es que el mejor posicionamiento de las competencias del Tribunal no debe entenderse como sinónimo del establecimiento de restricciones al acceso al mismo. Esa no es la lógica del Código Procesal Constitucional, de la jurisprudencia del Tribunal o de su Reglamento Normativo. Es más, la realidad peruana demuestra que cuando eso se pierde de vista es cuando realmente se generan los problemas. Prueba de ello es lo ocurrido como consecuencia de la aplicación de precedentes como los emitidos en los casos «Manuel Anicama Hernández» (STC N° 1417-2005-AA) y «César Baylón Flores» (STC N° 0206-2005-AA), donde la elaboración de listas cerradas (sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión en «Anicama» o acerca de las vías procesales a seguir frente a pretensiones en lo laboral en «Baylón») hoy ha demostrado su insuficiencia.

216

Y es que siempre la realidad es más rica que previsiones plasmadas a través de listas cerradas. Por ello, y en ambos casos, el mismo Tribunal ha tenido que dejarlas de lado, incluyendo nuevos elementos de juicio, creando con ello distorsiones y falta de predictibilidad de los actores involucrados. Por ende, en el caso «Vásquez Romero» se proponen criterios, los cuales dan pautas objetivas a situaciones ya existentes, pero que a la vez pueden ser utilizados para nuevas situaciones. Es ese tipo de estrategia la que creemos podrá llevarnos a buen puerto en la cabal tutela de los derechos que se busca, salvo mejor parecer.

EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN
EN LA OBRA DE E. SIEYÈS

Un precedente de la justicia constitucional en Europa

JAVIER TAJADURA TEJADA*

SUMARIO

1. Introducción; 2. Composición y funciones del Tribunal Constitucional, 2.1. La protección de la Constitución, 2.2. El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional, 2.3. El Tribunal Constitucional como tribunal de derechos del hombre; 3. El debate sobre la naturaleza representativa o judicial de la institución; 4. Las objeciones y el rechazo del Proyecto; 5. El Colegio de Conservadores; 6. Consideraciones finales.

Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código [...]. Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas observar.
E. Sieyès

217

1. Introducción

Para que la distinción teórica entre poder constituyente y poderes constituidos despliegue sus efectos en la praxis jurídico-política del Estado, es preciso establecer un procedimiento o mecanismo que garantice la supremacía de la Constitución (producto del poder constituyente) sobre la ley (obra de los poderes constituidos). Si la supremacía de la Constitución no está garantizada, no resulta posible configurarla como una norma jurídica de obli-

* Profesor titular de Derecho Constitucional del País Vasco.

gado cumplimiento por parte de todos los poderes constituidos, y especialmente, por el Parlamento. Ello exige, por un lado, establecer un procedimiento especial para la reforma de la Constitución, distinto del procedimiento legislativo ordinario; y, por otro, la atribución a algún órgano, institución o poder del Estado de la función de velar por el respeto de dicho procedimiento, y de anular, en consecuencia, cualquier norma o acto que –sin cumplir los requisitos en él previstos– suponga una alteración del texto constitucional.

Esto es algo de lo que Sieyès –creador intelectual de la citada distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y uno de los fundadores, por tanto, del constitucionalismo contemporáneo– fue plenamente consciente y, en coherencia con ello, no solo defendió siempre la necesidad de establecer un procedimiento especial de reforma de la Constitución –aspecto este que fue destacado por otros autores–, sino que llevó a cabo también el diseño de un órgano de defensa de la Constitución. Y aunque, como resulta hoy evidente, este segundo elemento es consecuencia obligada del anterior, en la medida que sin él, la rigidez constitucional deja de tener sentido, en el contexto revolucionario francés, el abate de Fréjus fue el único en advertirlo.

218

Desde esta óptica, el órgano de defensa de la Constitución se configura como la clave de bóveda de su modelo político y el corolario lógico del concepto de poder constituyente, como fundamento del Estado constitucional, por él alumbrado:

Una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del poder constituyente y los poderes constituidos [...]. Sin embargo, naturalizada rápidamente en los espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo cuño, a verdaderas estupideces [...]. Si deseamos dotar de garantías y salvaguardar a la Constitución mediante un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un Tribunal Constitucional¹.

¹ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución», en *Escritos y discursos de la Revolución* (edición, traducción y notas de Ramón Máiz), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 406-407. En esta primera intervención aparece ya la idea de un tribunal que proteja la Constitución de posibles agresiones por parte del poder legislativo, y que, por tanto, se configure como un límite a este último y ello «porque los poderes ilimitados son un monstruo en política y un

Esta necesidad de configurar un órgano de defensa de la Constitución, esto es, del producto normativo o voluntad del poder constituyente, la advirtió por vez primera en un importante discurso pronunciado el 2 de termidor. Dos semanas después desarrolló su idea con meridiana claridad en otro discurso proferido en la Convención Nacional, concretamente el 18 de termidor del año III². En él, Sieyès se plantea la necesidad de crear un «guardián de la Constitución» para que esta pueda configurarse como una norma jurídica vinculante, y de obligatorio cumplimiento. El abate formuló con palabras claras y rotundas el problema básico de la normatividad constitucional³:

Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código [...]. Todas las leyes, sea

inmenso error por parte del pueblo francés, que no debe volver a cometer en lo sucesivo». En este sentido, su intervención puede y debe leerse como una réplica a la teoría de Robespierre sobre el gobierno revolucionario según la cual este es «el despotismo de la libertad contra la tiranía». Para Sieyès, tras la trágica experiencia del Terror, en la que a punto estuvo de perder la vida (lo salvó el testimonio de un zapatero que dijo que solo se ocupaba de libros y no de política), la necesidad de limitar un despotismo que aunque se autoproclamase servidor de la libertad, no dejaba de ser despotismo, era evidente. Como lo era la necesidad de proteger a las minorías de la mayoría. Esta preocupación —que fue determinante en la experiencia constitucional norteamericana, está en la base de su concepto de Constitución, y explica el surgimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes— es la que, en última instancia, subyace en la genial propuesta del abate de crear un Tribunal Constitucional. La primera intervención de Sieyès (2 de termidor) causó una profunda sorpresa, y los convencionales acordaron, a propuesta de Thiebaudeau, reenviar el Proyecto del abate a la Comisión de los Once. De ahí que se produjera una segunda intervención el 18 de termidor, seguido del debate que más tarde analizaremos.

²E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional», en *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.* Este discurso resulta fundamental porque en él, el abate incluye las dos garantías constitucionales: el órgano de defensa y el procedimiento de reforma constitucional.

³«Esa preocupación por la necesidad de defender la Constitución [escribe Blanco Valdés] llevará al abate, sin embargo, a una formulación que, verdaderamente, nunca hasta la fecha se había llegado a explicitar, por más que pudiese parecer el corolario lógico de algunos principios que gozaban de común aceptación, como el de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos». R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 340.

cuál fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas observar»⁴.

Con este razonamiento –que recuerda al que empleará una década más tarde, al otro lado del océano, el juez Marshall en el celeberrimo caso *Marbury versus Madison*⁵– el abate defendió el establecimiento de un Tribunal Constitucional como órgano dotado de la función específica de resolver reclamaciones contra los incumplimientos de la Constitución:

Se requiere ante todo de un Jury de Constitution o, a efectos de afrancesar el término «jury», distinguiéndolo del de Jurado, un Tribunal Constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución⁶.

Los grandes autores de la doctrina clásica del derecho público francés han destacado la decisiva importancia de las intervenciones del abate del 2 y del 18 de termidor. Esmein describió la referida intervención del abate como «un discurso extraño, lleno de ideas generales profundas y de proposiciones sutiles y singulares»⁷.

220

Como ha subrayado Blanco Valdés, la importancia de estos dos discursos «no reside tanto en la novedad de la inquietud que ponen de relieve, pues [...] el proceso constituyente del 93 estará marcado en gran medida por la preocupación relativa a cómo proteger la Constitución, cuanto en la depurada construcción del gran publicista galo que, avanzando más de lo que nadie había llegado en la multitud de proyectos constitucionales presentados con anterioridad, consigue decantar una propuesta verdaderamente singular en la historia del derecho público europeo continental»⁸.

⁴ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 420.

⁵ A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative: Etats Unis-France*, Paris, Sirey, 1928, p. 175.

⁶ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 406-407.

⁷ A. ESMÉIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1928, vol. I, p. 242. Recogen también su intervención: F. LARNAUDE, «L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, núm. 126, 1926, pp. 187-188; J. BARTHÉLEMY y P. DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Economica, 1985 (Paris, reproducción de la edición de la Librairie Dalloz, 1933), p. 203.

⁸ R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 335.

Por ello, aunque el abate no fuera estrictamente el primer autor francés en emplear el término de Tribunal Constitucional⁹, sí que fue el primero en establecer con gran rigor técnico, y con un muy elevado nivel de detalle el diseño básico de esa magistratura, tanto en lo que se refiere a su composición como a sus funciones. Y lo hizo anticipándose a muchas ideas que son hoy patrimonio común del derecho constitucional europeo. Entre ellas cabe destacar la configuración de la justicia constitucional como una institución protectora de las minorías, como un órgano de integración política, como la suprema instancia jurídico-política para la resolución de los conflictos constitucionales, y como una jurisdicción de la libertad.

2. Composición y funciones del Tribunal Constitucional

El órgano de defensa de la Constitución propugnado por Sieyès estaba integrado por ciento ocho miembros, renovándose por secciones de 36. Sus integrantes eran nombrados por el propio Tribunal entre los ciento cincuenta miembros salientes anualmente del poder legislativo¹⁰. Sieyès veía en la incorporación al Tribunal la culminación de una trayectoria de dedicación al servicio público, del *cursus honorum*. De lo que se trataba era de «que se considere la entrada en el Tribunal Constitucional, al finalizar la carrera legislativa, como objetivo de emulación, como un testimonio visible de los servicios prestados a la patria en ese puesto de confianza. ¿No veis cuántos diputados desearán secretamente esa recompensa, completamente republicana por lo demás [...]?»¹¹

221

El método de selección basado en la cooptación lo justifica el abate en la necesidad de garantizar el debido respeto por parte de los dos Consejos titulares del poder legislativo:

Si no concedéis el derecho de elección de sus miembros al propio Tribunal Constitucional, no alcanzo a ver cómo podréis fundamentar, en los dos

⁹ Durand de Maillane se atribuía la invención de un Tribunal llamado Constitucional, y de haber realizado propuestas en este sentido durante los trabajos preparatorios de la Constitución del año III. P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Genève, Slatkine, 1978, pp. 417-418.

¹⁰ «En cuanto a su primera Constitución [escribe el abate] la Convención podrá elegir a los tres tercios en las Asambleas constituyente, legislativa y convencional». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 434.

¹¹ *Ibid.*

Consejos, el respeto profundo que sus miembros no deben jamás perder a la Constitución, ni en sus opiniones, ni en sus discursos habituales¹².

Las funciones que el abate atribuía al guardián de la Constitución eran básicamente las tres siguientes: «1º Que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional. 2º Que atienda, al abrigo de las pasiones funestas, a las ideas que pueden servir para perfeccionar la Constitución. 3º Que ofrezca a la libertad civil una tutela de equidad natural en aquellas ocasiones graves en las que la ley haya olvidado su justa garantía». Sieyès analiza con rigor y detalle cada una de estas funciones.

2.1. La protección de la Constitución

El artículo I del Proyecto defendido por el abate disponía lo siguiente: «Se creará un depositario conservador del acta constitucional bajo el nombre de Tribunal Constitucional»¹³.

La protección de la Constitución es, por tanto, en el esquema del abate, la primera de las funciones de un órgano al que expresamente considera «un tribunal de casación en el orden constitucional». La explicación y el desarrollo de esta función, que en buena medida se configura como la razón de ser de la institución, se inicia con una enumeración de los diversos individuos u órganos que pueden atentar contra la Constitución, así como de los remedios para prevenir y sancionar estos ataques:

Permitidme una detallada, bien que rápida, enumeración de todas las clases de individuos que pueden atentar, de un modo u otro, contra la Constitución. Es deseable conocer todos los puntos con los que esta plaza fuerte puede ser atacada.¹⁴

222

¹² E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 435. «De este modo [continúa el abate] los diputados de uno y otro Consejo verán en los miembros del Tribunal Constitucional a hombres que han sido revestidos, como ellos mismos, por la confianza del pueblo y ocupan a la sazón un puesto que, sin ser superior, es altamente deseado por ellos y sus colegas más estimables».

¹³ «Dicho en otros términos [continúa el abate su magistral exposición] considero al Tribunal Constitucional como: 1. Tribunal de casación en el orden constitucional. 2. Taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo, exigirá el texto de la Constitución. 3. Suplemento de jurisdicción natural a los vacíos de la jurisdicción positiva». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 421.

¹⁴ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 422.

Sieyès procede así a «una estricta depuración de los actos atentatorios contra la Constitución»¹⁵. A estos efectos, distingue en primer lugar dos tipos de violaciones de la Constitución: las llevadas a cabo por actos responsables y las producidas mediante actos irresponsables. Las primeras, esto es, aquellas infracciones de la Constitución llevadas a cabo por individuos particulares o por funcionarios públicos, deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria. El abate entiende que en ambos casos la magistratura ordinaria es ya garantía suficiente, porque se trataría de comportamientos delictivos. Por ello, el control de estos actos queda, en principio, fuera de la competencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo IX de su Proyecto establecía lo siguiente: «Si los actos denunciados como inconstitucionales fueren actos responsables, el Tribunal Constitucional podrá, antes o después de haber juzgado la inconstitucionalidad de estos, trasladar la denuncia a los tribunales competentes con orden de proseguir el procedimiento».

El Tribunal Constitucional diseñado por el abate tiene por objeto conocer de aquellas violaciones de la Constitución llevadas a cabo por actos irresponsables. En este sentido, la necesidad de un órgano *ad hoc* encargado de proteger el depósito constitucional, la advierte Sieyès en relación con posibles actos extra o contraconstitucionales por parte de los titulares del poder legislativo, esto es el Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos, así como de las diversas procuraciones electorales, incluidas las Asambleas primarias. En esto reside el indiscutible mérito del abate, en haber sido capaz de comprender que el Parlamento puede ser también una amenaza para la Constitución. Esto es, que el poder legislativo (como poder constituido) puede actuar en contra de lo establecido por el poder constituyente:

Me resta ahora proponer la atribución al Tribunal Constitucional sobre los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos. Y digo siempre personalmente irresponsables, porque todo lo que se salga de esa categoría, la traición, por ejemplo, por parte de un representante, tiene ya su juez y su pena.¹⁶

Sieyès enfatiza la necesidad de controlar y limitar a los titulares del poder legislativo, ante una convención en la que, a pesar de la trágica experiencia

¹⁵ R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁶ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 424.

del Terror, impera un fuerte prejuicio proparlamentario. Prejuicio que, en última instancia y como veremos después, provocará el rotundo rechazo de los planteamientos de Sieyès aquí expuestos:

Los inconvenientes, o aún mejor, los peligros en exceso reales de los actos extra o contraconstitucionales por parte de los cuerpos que acabo de nombrar, no pueden, en modo alguno, ser rechazados por vosotros al reino de las puras quimeras. Estas instituciones, al fin y al cabo, se hallarán compuestas por hombres, y dado el alto puesto que ocuparán, se puede aguardar en general todo tipo de pasiones e intrigas.¹⁷

Por otro lado, y en relación con la posibilidad de que el legislativo obre en contra de la Constitución, el abate distingue, con meridiana claridad, la inconstitucionalidad material de la formal. Incurren en inconstitucionalidad aquellos actos en los que sus autores «se exceden los límites del poder que les ha sido confiado» o «faltan a las formas impuestas» por la Constitución¹⁸.

Finalmente, debemos señalar que, en relación con los actos de los jueces y jurados el abate no considera necesaria una garantía adicional siendo suficiente el control que sobre unos y otros ejerce el Tribunal de Casación. El Tribunal Constitucional únicamente es competente para conocer de posibles violaciones de la Constitución imputables al máximo órgano de la magistratura ordinaria, esto es, al referido Tribunal de Casación¹⁹. Tras esta completa y detallada exposición de los actos sujetos a control por parte del Tribunal, Sieyès aborda, con idéntico rigor, la cuestión de la legitimación activa para recurrir ante el Tribunal²⁰:

Ahora resulta preciso saber a quién concederemos el derecho de apelación o reclamación ante este Tribunal. Considero que la facultad general de recla-

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 421-422.

¹⁹ En coherencia con todo lo anterior el artículo VI de su Proyecto disponía lo siguiente: «El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre las violaciones de la Constitución que sean denunciadas contra actos de: el Consejo de los Ancianos, el Consejo de los Quinientos, las Asambleas electorales, las Asambleas primarias, el Tribunal de Casación».

²⁰ Lo que se plasma en el mismo artículo VI de su Proyecto, párrafos segundo y tercero: «Cuando las denuncias, a su vez, sean interpuestas por el Consejo de los Ancianos, el Consejo de los Quinientos, los ciudadanos a título individual. Asimismo se pronunciará sobre similares denuncias planteadas por la minoría contra la mayoría de uno u otro de los antedichos cuerpos constituidos».

mar debe otorgarse igualmente al Consejo de los Quinientos y al de los Ancianos. Deben poseerlo particularmente, el uno frente al otro, con ocasión de asuntos recíprocos si los hubiere. También será necesario en el interior de cada Cámara, para problemas importantes a dirimir entre la mayoría y la minoría. (...) así, dispondréis del recurso al Tribunal Constitucional para prevenir choques perjudiciales para el orden social o bien evitar una suerte de inercia mortal para los asuntos públicos.²¹

En el párrafo anterior se incluyen dos ideas fundamentales. En primer lugar, la configuración del Tribunal Constitucional como un protector de las minorías²²; y, en segundo lugar, su comprensión como un órgano arbitral, a quien atribuir la última palabra para la resolución de los conflictos: «Apresuraos pues a designar por anticipado en la Constitución la instancia de la que saldrá tan importante decisión si no queréis comprobar, con dolor, cómo el uso antisocial de la fuerza se ampara en el calor de la discusión»²³.

Sieyès excluye de la legitimación activa ante el Tribunal a los funcionarios, autoridades y miembros de las Asambleas primarias. Si cualquiera de ellos tiene quejas que formular que se dirija a su representante natural, esto es, a cualquiera de los dos Consejos, quienes podrán ejercer ventajosamente ese derecho y deber de reclamación. Ahora bien, los ciudadanos también tienen, en ciertos casos, acceso directo al Tribunal. Por esta razón, Sieyès puede considerarse precursor de la concepción del Tribunal Constitucional como «tribunal de los ciudadanos o como jurisdicción de la libertad», en la medida en que defiende que se otorgue a estos el derecho de reclamación, y lo hace por considerar la libertad individual el fundamento del orden político:

«En cuanto a los simples ciudadanos, idénticas razones y más plausibles aún parecen en un primer acercamiento, conducir a negarles el derecho de reclamación directa. En efecto, poseen el derecho de petición ante ambos Consejos, tienen libertad de prensa, etc. Ahora bien [...] cuando se trata de la libertad

²¹ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 425.

²² Este aspecto ha sido subrayado por BLANCO VALDÉS: «El gran publicista de Fréjus estaba planteando la cuestión que [...] resultó determinante en la concepción norteamericana sobre el valor de la Constitución: la cuestión de la necesaria protección de los derechos de las minorías». R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 332.

²³ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 425.

individual no basta con que un derecho resulte innecesario para rehusarlo, sino que además debe ser perjudicial. En cuestión de derechos, no otorguéis al funcionario público más que lo que es de estricta necesidad; estoy de acuerdo con ello, pero la libertad del ciudadano, lo repito, debe extenderse lo máximo posible y ha de ser respetada por doquier, siempre que no resulte perjudicial. Así pues, si el ciudadano se siente más libre disponiendo del derecho de reclamación, no preciso nada más para exigirlo. Rindamos este homenaje solemne a la libertad individual, que constituye la razón última del entero orden político»²⁴. Sobre este extremo volveremos después al examinar la tercera de las funciones que el abate atribuye al Tribunal.

En definitiva, para Sieyès, el Tribunal Constitucional como protector de la Constitución es un garante del orden político y de la paz social. Se trata, por tanto, de una institución absolutamente imprescindible. Sieyès se percató de esta necesidad política y la tradujo en términos institucionales y jurídicos: «Los que no consideran la necesidad de introducir en todas las relaciones políticas y constitucionales un medio de conciliación, desde hace tiempo en uso en las relaciones civiles, no se aperciben de que obstaculizan los progresos naturales del Estado y que, ante el temor de confundirlo con el orden civil, lo retienen de hecho en la bruta condición del estado de naturaleza»²⁵.

226

Por otro lado y en relación con la función protectora de la Constitución, Sieyès subraya la importancia del Tribunal para garantizar la unidad de la interpretación constitucional, y por ende, la unidad jurídica del Estado constitucional. Por ello, a mayor abundamiento, y en defensa de la introducción en la Constitución de un Tribunal Constitucional, formula esta advertencia: «Acordaos del triste abigarramiento que ofrecía poco tiempo ha, las más de trescientas costumbres vigentes en el territorio francés y que habían pasado, sin razón a

²⁴ Esto podría ciertamente conducir a un colapso del Tribunal, y para evitarlo, Sieyès propone un sencillo expediente que podríamos aprovechar hoy en la jurisdicción de amparo. «No exijo sino una condición para la utilización del derecho que acabamos de atribuir a todo ciudadano francés, y esta no tiene más objeto que el de prevenir abusos. No se trata tanto de aliviar la carga de los jueces cuanto impedir que la incontrolada utilización del mecanismo por algunos reclamantes de profesión perjudique la cabal utilización de la libertad de los otros. Tal condición, o más bien freno, consistiría en una multa impuesta por vía de policía, si el pronunciamiento del Tribunal fuere que no existe motivo de reclamación». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 426-27.

²⁵ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 425.

la jurisprudencia. ¿Desearíais acaso que los elementos primarios de la Gran Nación, una e indivisible, originaran, cada una por su lado, su pequeña jurisprudencia constitucional, por habernos negado a ver que la certeza y uniformidad de las leyes constitucionales afectan mucho más directamente a la estabilidad del orden social que la uniformidad de las leyes ordinarias?»²⁶ El abate atribuye así al guardián de la Constitución la condición de garante último de los principios de unidad y centralización del Estado, que en última instancia no son sino el reflejo de la unidad del poder constituyente, esto es de la Nación que constituye el establecimiento público unitario.

Finalmente, el abate introduce en su esquema un importante límite a la actuación del Tribunal, ya que en otro caso podría él mismo convertirse en una amenaza para la Constitución y para la libertad. El Tribunal no puede actuar de oficio: según advierte expresamente el abate, «no debe disponer en modo alguno del derecho a tomar decisiones de propia iniciativa». Y ello para evitar que ocupase una posición de «supremacía excesiva» sobre el resto de las instituciones del Estado²⁷.

2.2. El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional

227

Sieyès fue siempre consciente de la necesidad de garantizar la estabilidad de la Constitución. Esta es la finalidad o propósito último de todo su pensamiento. Ahora bien, esta preocupación por la estabilidad no le impidió, al mismo tiempo (y precisamente por ello), defender la conveniencia de permitir su adaptación al cambio histórico, y sobre todo de corregir las deficiencias que toda obra humana presenta:

No existe ley alguna más necesitada de una suerte de inmutabilidad que la Constitución misma. Se le atribuiría, incluso, ese gran y terrible carácter de necesidad, impreso en las normas que rigen el universo, si la industria humana pudiera mostrarse tan hábil y potente como la mano del mecánico eterno que ha organizado la naturaleza. Sin embargo una obra de la mano del hombre necesita permanecer abierta a los progresos de su razón y su experiencia.²⁸

²⁶ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 425-426.

²⁷ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 427. En este sentido, el artículo XVII de su Proyecto es claro y rotundo: «El Tribunal Constitucional no puede emitir ninguna sentencia de propia iniciativa».

²⁸ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 429. «Por otra parte

El problema reside, obviamente, en cómo hacer compatibles la necesaria apertura constitucional con la no menos indispensable estabilidad. Para el abate, la apertura de la Constitución no debe conducir en modo alguno a atribuir carácter permanente al poder constituyente. Ello supondría la destrucción del concepto de Constitución que siempre defendió:

Os espantaríais, con razón, de un proyecto que tendiera a establecer la permanencia del poder constituyente; ello equivaldría a carecer de Constitución. Esta perdería, al tiempo que todo principio de estabilidad, esos sentimientos de amor y veneración que solo los pueblos libres pueden consagrar, toda vez que tales sentimientos son incompatibles con la versatilidad que de ello necesariamente se derivaría.²⁹

Con estas premisas, Sieyès concibe el poder de reforma constitucional como un expediente que permite el cambio constitucional de forma institucionalizada: «La Constitución de un pueblo sería una obra imperfecta si no poseyera, en sí misma, como todo ser organizado, su propio principio de conservación y vida»³⁰. El abate utiliza una sugerente imagen de la Constitución como un cuerpo vivo para explicar cómo el principio que le mantiene con vida es precisamente el procedimiento de reforma concebido, por tanto, como «un principio de perfeccionamiento ilimitado capaz de adecuarla y acomodarla a las necesidades de cada época»³¹.

[añade a mayor abundamiento el abate en defensa de la necesidad de establecer un procedimiento de reforma constitucional] si imposibilitarais las correcciones, se nos privaría del contingente de luces que el paso del tiempo nos aporta. Ello implicaría, en las circunstancias de una Constitución nueva, la desgracia de no poder reparar un olvido y al peligro, si faltara algo necesario, de no poder defender nuestra libertad contra las tramas de nuestros enemigos».

²⁹ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 429. En esta frase, el abate esta haciendo referencia a un concepto fundamental «el sentimiento constitucional». Por todos, en nuestra doctrina, P. LUCAS VERDÚ, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Editorial Reus, 1985. Concepto que está en la base del «patriotismo constitucional» teorizado por Habermas.

³⁰ «Por ello [continúa el abate], es necesario que toda Constitución, como todo cuerpo organizado, disponga del arte de asimilar su justo desarrollo. Hemos de dotarla, en consecuencia, de la facultad de extraer sin cesar de su entorno las luces y experiencias del siglo, a fin de que se atenga siempre al nivel de necesidades contemporáneas. Es decir, frente al criterio de una reproducción periódica y total, se trata de establecer una facultad de perfeccionamiento indefinido». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 427.

³¹ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 428.

Por todo ello, el abate estableció el diseño básico del poder de reforma. Y en este esquema, el Tribunal Constitucional ocupa un lugar importante en la medida en que se le confiere el derecho de iniciativa, esto es, la facultad de activar el ejercicio del poder de reforma.

El poder de reforma como tal no puede ser atribuido al Tribunal y en esto, Sieyès es claro y contundente: «El Tribunal Constitucional no debe poseer el derecho de reformar por sí mismo la Constitución; ello sería encomendarle, de hecho, el poder constituyente»³². La intervención del Tribunal en el procedimiento de reforma debe limitarse a la iniciativa, esto es, a la proposición de las modificaciones que se consideran necesarias y oportunas. Y esa intervención debe restringirse, incluso, a determinadas ocasiones: «Limitado a la simple proposición, debe carecer, incluso, de la facultad de ejercerlo cuando y como le plazca»³³. En este orden de cosas, han de fijarse épocas distintas y formas ciertas, y la acción constituyente debe compartirse entre las Asambleas primarias, el Tribunal Constitucional y la legislatura»³⁴.

Sieyès concibe así el poder de reforma como un poder constituyente constituido, que ejercen tres órganos siguiendo un procedimiento que consta, igualmente de tres fases:

a) Al Tribunal Constitucional corresponde la fase de iniciativa o de proposición.

b) A las Asambleas primarias les corresponde tomar la decisión de autorizar o no la activación del procedimiento sobre las bases de las propuestas de reforma formuladas por el Tribunal, delegando en su caso los poderes necesarios para ello.

c) Finalmente, el Consejo de los Ancianos es el órgano competente para la aprobación de la reforma³⁵.

³² *Ibid.*

³³ «Otorgar carácter de permanencia [...] [añade el abate en otro lugar del mismo discurso] al simple poder de proposición (de reformas constitucionales) nos parece conduciría a debilitar y liquidar todo el beneficio de una Constitución». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 429.

³⁴ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 428.

³⁵ La proposición de reforma formulada por el Tribunal, una vez cada diez años, como veremos a continuación, «Será presentada a las dos ramas del poder legislativo tres meses

La atribución, en este ámbito, al Tribunal Constitucional de la facultad de proposición se configura, en el esquema del abate, como un límite indispensable al ejercicio de un poder constituyente, que a diferencia del originario, y como poder constituido debe concebirse como limitado:

¿No existe, asimismo, un peligro al convocar a Asambleas Constituyentes en épocas solemnes en una Nación inmensa, tan pronta, tan eléctrica, donde toda conmoción puede volverse contra ella misma? ¿No intentarán cambiar estas Convenciones, sea cual fuere el nombre que se les ponga, todo aquello que el Tribunal Constitucional trata, a su vez, de conservar? [...] ¿No sería abocar a Francia a un periódico retorno de incalculables agitaciones con todos sus desdichados efectos? [...] Comparad, sin embargo, estos expedientes extremos con el modo de revisión constitucional cuya iniciativa se atribuye, en nuestro modelo, al Tribunal Constitucional³⁶.

Efectivamente, en el esquema de Sieyès, el poder de reforma al no poder actuar de oficio, ve limitada cualquier tentación de obrar de forma imprudente o precipitada. La atribución de la facultad de proposición al Tribunal Constitucional, resulta plenamente coherente con la función de defensa de la Constitución que le es propia.

230

El abate introduce además, un segundo límite al poder de reforma, un límite de naturaleza temporal que se impone a la función de proposición que estamos examinando. En virtud de ese límite temporal, la Constitución solo podría ser revisada cada diez años:

antes de las Asambleas primarias y recibirá la mayor publicidad posible. El cuerpo legislativo, sin embargo, no deberá ocuparse de aquel, habida cuenta de que no posee el poder constituyente. Las Asambleas primarias que se celebran anualmente para la elección de los representantes del pueblo, examinarán el cuaderno (proposición de reforma) y decidirán si delegar o no el poder constituyente a la actual legislatura. Si la mayoría se ha decidido negativamente, todo habrá concluido hasta dentro de diez años; si, por lo contrario, la votación es afirmativa, la legislatura, revestida del poder constituyente, se limitará a legislar sobre el cuaderno de proposiciones, sin poder enmendarlas ni sustituirlas. Podrá, sin embargo, rechazarlas, en todo o en parte, publicando los motivos de tal rechazo». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 430. En la descripción del procedimiento de reforma constitucional se reproduce el esquema del poder legislativo: representativo pero de base democrática. El poder de reforma lo ejerce finalmente el Consejo pero previa delegación de las Asambleas primarias.

³⁶ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 429.

Cada diez años, a partir del fin de siglo, ya no muy lejano, el Tribunal Constitucional hará imprimir su cuaderno o Proyecto de la Reforma del Acta Constitucional. Cuaderno que será el resultado de la selección de las ideas más útiles para la reforma de la Constitución recibidas los años precedentes.³⁷

Sieyès concluye su impecable razonamiento con estas palabras: «No conozco nada más sencillo que este procedimiento de reforma constitucional; nada más propio que recoger la voluntad del pueblo sin separarla de la luz de los sabios»³⁸. Los sabios que aportan luz son, por tanto, los miembros del Tribunal. Esto confirma que en la concepción del abate, el Tribunal Constitucional es un órgano dotado de una *auctoritas*.

Junto a la protección de la Constitución, y la titularidad del derecho de iniciativa de reforma constitucional, Sieyès atribuye al Tribunal Constitucional una tercera e importante función: la defensa de los derechos del hombre.

2.3. El Tribunal Constitucional como tribunal de derechos del hombre

La tercera y última de las atribuciones que Sieyès asigna al Tribunal Constitucional es la relativa a su actuación como tribunal de «equidad natural» o de derechos del hombre, en aquellos casos no previstos por el derecho positivo.

231

De lo que se trata es de «dotar a un juicio de equidad natural de toda la fuerza obligatoria que tienen las sentencias ordinarias de nuestros tribunales»³⁹. Juicios necesarios cuando la ley positiva o bien carece de respuesta, o en un caso concreto proporciona una manifiestamente contraria a los más elementales principios de justicia. Para ello hace falta establecer una magistratura diferente de la ordinaria, y el abate va a encontrar sus integrantes en el seno del Tribunal Constitucional. En su esquema, esta jurisdicción de equidad natural se compondría de una décima parte de los miembros del Tribunal Constitucional:

No confiamos a la masa entera del Tribunal Constitucional esta tercera atribución. Postulamos, muy diferentemente, que se sortee anualmente una

³⁷ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 430.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

sección de una décima parte, al menos, de sus miembros, que se hallará exclusivamente encargada de las decisiones de justicia natural.⁴⁰

La función principal de esta jurisdicción de equidad consistirá en el ejercicio del derecho de gracia. Se trata de una prerrogativa que en el Antiguo Régimen era privativa del monarca, pero cuya necesidad se hacía sentir también en el sistema jurídico-político surgido de la Revolución: «El derecho de gracia es necesario cuando resulta un deber, y en cuanto es un deber, debe cambiar de denominación: ya no se trata de gracia, sino de estricta justicia»⁴¹.

Ahora bien, con esta jurisdicción no solo se pretende evitar condenas injustas, sino también absoluciones contrarias a la justicia. Esta doble dimensión de la jurisdicción de equidad que se atribuye a una sección del Tribunal Constitucional resulta clara: «Resulta indispensable [advierte el abate] en una sociedad política que se dice libre y se considera ilustrada, instituir en algún lugar una instancia de jurisdicción puramente natural para delitos o crímenes para los que no se encuentra recursos en la competencia de las leyes positivas»⁴².

232

Sieyès conecta así al Tribunal Constitucional con lo que considera es función principal del entero sistema político o establecimiento público: la libertad, esto es, los derechos del hombre. Con esta magistratura se pretende, en última instancia, perfeccionar la jurisdicción civil, para que los individuos a través de ella conozcan «la dicha de la libertad, gozando de sus derechos en perfecta seguridad»⁴³.

Se trata de una jurisdicción concebida como clave de bóveda del sistema de garantía de los derechos. Para esta sección del Tribunal Constitucional dedi-

⁴⁰ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 431.

⁴¹ *Ibid.* «¿Quién de vosotros, ciudadanos [se pregunta el abate ante la Convención para persuadirlos de la necesidad de prever esta jurisdicción de equidad] no se ha hallado en el caso de ver jueces situados en la espantosa alternativa de salvar a un culpable o, lo que es aun más grave, castigar a un inocente o defender la ley? Esta posición de un tribunal reducido a la elección entre lo arbitrario o lo injusto, ¿no atestigua la insuficiencia de la legislación y la existencia de ese vacío que yo propongo cubrir?»

⁴² E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 431-432. La necesidad de esta jurisdicción se da en todas partes: «En ninguna parte la universalidad de los derechos ha sido puesta bajo una igual y entera protección de la ley».

⁴³ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 432.

cada a ejercer esta magistratura el abate propone el nombre de «Tribunal de los Derechos del Hombre», «pues tal es el verdadero nombre del instrumento, tanto moral como político, que os propongo establecer, ya que todo el edificio constitucional se relaciona al cabo con los derechos del hombre»⁴⁴.

Ahora bien, de la misma forma que en relación con las anteriores funciones, Sieyès advertía la necesidad de limitar los poderes del Tribunal, también en esta última, y para evitar un riesgo de arbitrariedad, el abate cree necesario restringir las facultades del Tribunal de Derechos del Hombre, de forma que no pueda actuar de oficio, sino solo a instancia de otro órgano, que habrá de ser un tribunal de la jurisdicción ordinaria. «Tales son, pues [concluye el abate su brillante exposición] las tres funciones que integran la noción de Tribunal Constitucional [...]. Desde los dos primeros puntos de vista, sirve a la Constitución; desde el tercero, a los derechos del hombre»⁴⁵.

3. El debate sobre la naturaleza representativa o judicial de la institución

La doctrina ha discutido ampliamente la cuestión de si el Tribunal Constitucional diseñado por el abate es un órgano de naturaleza representativa o judicial. Los defensores de la primera tesis, esto es, del carácter representativo de la institución, alegan su composición, esto es, la forma de designación de sus miembros. Todos ellos son elegidos en razón de su antigua condición de representantes de la nación francesa, y en el desempeño de su nueva función, son también representantes⁴⁶. Los defensores de la naturaleza judicial del órgano, justifican su tesis, en las funciones que ejerce y en la literalidad del Proyecto que el abate redactó.

Probablemente esto es algo que al abate no le preocupó. Al fin y al cabo, para él, toda institución es representativa, por lo cual la que ahora nos ocupa no podría ser una excepción a ese principio general de su teoría política y constitucional⁴⁷. Sin embargo, considero que Sieyès, con independencia de la com-

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, p. 433.

⁴⁶ La propuesta de artículo que envía tras el discurso del 2 de termidor reza así: «Se constituirá, bajo el nombre de Tribunal Constitucional, un cuerpo de representantes en número de los 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura».

⁴⁷ Como es sabido, la representación es uno de los conceptos nucleares de la teoría polí-

posición concreta del órgano, lo diseñó, básicamente, como un auténtico tribunal de derecho, esto es como un órgano jurisdiccional supremo, competente para actuar como «Tribunal de Casación en el orden constitucional». Esto es evidente en la primera y tercera de las funciones analizadas. En relación con la segunda, se impone la tesis contraria.

A favor de la naturaleza judicial del Tribunal Constitucional diseñado por Sieyès cabe alegar los siguientes argumentos:

- a) El principio rogatorio incluido en el artículo XVII del Proyecto y al que ya hemos hecho referencia.
- b) El hecho de que, según disponía el artículo VII del Proyecto, las decisiones del Tribunal Constitucional llevarán el nombre de sentencias
- c) El hecho de que la consecuencia o efecto jurídico de una sentencia que declare la inconstitucionalidad de un acto o norma, sea la nulidad de pleno derecho de esta, tal y como dispone el artículo VIII del Proyecto.

234

El profesor Blanco Valdés defiende esta tesis. Según el Catedrático de Santiago de Compostela, los tres artículos citados del Proyecto demuestran «con absoluta claridad [...] que en su concepción [la de Sieyès], el Tribunal Constitucional debía ser un órgano de naturaleza esencialmente jurisdiccional destinado a garantizar la supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido: adelantándose en más de un siglo y medio en el proceso que conducirá finalmente en Francia al establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de la mano del vigente Consejo Constitucional»⁴⁸.

tica del abate. En los discursos que ahora comentamos también se hizo eco de ella. Al exponer su comprensión de la división de poderes dirá: «en modo alguno apunto a una posible superación del sistema representativo: más allá de este no existe sino usurpación, superstición y locura [...]. Es preciso que todos aquellos que ejercen una función pública para el pueblo, o bien sean sus representantes, si tienen esa misión, o bien usurpadores, si carecen de ella. En el seno de la sociedad todo es representación [...]. La representación se confunde con la esencia misma de la vida social». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...», *op. cit.*, pp. 400-401. De lo que se deduce que ninguna institución legítima puede dejar de ser representativa. Tampoco puede dejar de serlo el Tribunal Constitucional. Pero ello no quiere decir, en modo alguno, que la función que desempeña no pueda ser propiamente jurisdiccional.

⁴⁸R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 344.

Por su parte, el profesor Máiz, uno de los más cualificados especialistas en el pensamiento y en la obra del abate, aunque subraya el carácter representativo del órgano, entre otras cosas porque como hemos dicho en la teoría de Sieyès todo es representación, insiste en su virtualidad para garantizar «la superioridad efectiva de la Constitución sobre las leyes ordinarias, esto es, su consideración como un texto jurídico y no mero documento político declarativo»⁴⁹.

Tal es pues el sentido y la función del Tribunal Constitucional, garantizar el carácter normativo del texto constitucional. Y en esto, Sieyès se adelantó más de un siglo a la genial construcción de Kelsen. Desde esta óptica, a nuestro juicio, el debate sobre la naturaleza representativa o jurisdiccional del órgano no tiene mayor relevancia⁵⁰.

4. Las objeciones y el rechazo del Proyecto

El extenso, riguroso y bien fundamentado discurso que Sieyès pronunció el 18 de termidor, para justificar la inclusión en el nuevo texto fundamental de un Tribunal Constitucional determinó que su propuesta fuera remitida a la Comisión de los Once –encargada de redactar el Proyecto constitucional–, para su estudio y posterior presentación a la Convención.

235

Una semana después (24 y 25 de termidor, esto es, 11 y 12 de agosto), Berlier –en nombre de la Comisión de los Once– abrió el debate en la Convención. En su intervención, Berlier defendió la necesidad del establecimiento del Tribunal, y rechazó expresamente las dos principales objeciones que se habían planteado a la propuesta del abate: las referentes a la inutilidad y a la peligrosidad de la institución.

Para Berlier, la necesidad de un órgano que velase porque cada uno de los poderes se mantuviera dentro del ámbito de sus atribuciones era evidente,

⁴⁹ R. MÁIZ, *Nación y Revolución. La teoría...*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁰ Aunque es un debate que dista mucho de estar resuelto. Así, por razones diversas, destacados autores niegan a Sieyès el papel de creador del control de constitucionalidad de las leyes, y la tesis que en este trabajo se defiende: L. JAUME, «Sieyès et le sens du Jury constitutionnaire: une reinterpretation», en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 3, 2002; M. TROPER, «Sieyès et le Jury constitutionnaire», en *La République, Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2002, pp. 264-282.

pues, «si uno se desviase rompería el equilibrio y sin una institución que, situada por encima de todas las demás, las volviese a colocar a todas en situación de armonía, yo no veo que nuestro sistema político esté garantizado»⁵¹. La institución distaba mucho, pues, de ser inútil, tal y como sostenían algunos, puesto que ni la división bicameral de la Asamblea ni ninguna otra de las medidas incluidas en el Proyecto podrían cumplir la función asignada al Tribunal.

Por otro lado, Berlier subrayó en su intervención la decisiva importancia del principio rogatorio, para rechazar que el Tribunal pudiera configurarse como una amenaza para la libertad: «Tanto el plan de Sieyès, como el nuevo Proyecto de la Comisión, tienen en común que prohíben, por igual, al Tribunal cualquier decisión espontánea. Esta idea es primordial, y la institución del Tribunal sería, quizá, sin esta condición, más funesta que inútil, porque se transformaría, o podría transformarse, según los temores expresados por muchos espíritus bondadosos, en ese coloso que amenazaría con arrasar todas las otras partes de la organización política».

236

Ahora bien, dicho esto, es preciso advertir que el Proyecto de Tribunal elaborado por la Comisión de los Once era muy diferente del que había presentado, una semana antes, el abate. Las diferencias eran de tal calado que no es exagerado afirmar que el Proyecto de Sieyès había quedado por completo desvirtuado y desnaturalizado por la Comisión. Por un lado, Berlier rechazó dos de las tres funciones que, como vimos, Sieyès asignó al Tribunal, la relativa a la elaboración de propuestas de reforma constitucional y la jurisdicción de equidad. Y, por otro, en relación con la única función que se mantenía en el Proyecto de la Comisión de los Once, la de actuar como tribunal de casación en el orden constitucional, Berlier rechazó expresamente que en el ejercicio de ella, el Tribunal pudiera resolver una denuncia de la minoría contra la mayoría: «Me parece, por lo demás, una abstracción la idea de hacer intervenir la autoridad del tribunal en los casos en que se produzcan fuertes disensiones entre la mayoría de uno de los Consejos y una facción minoritaria [...] No convirtamos al Tribunal Constitucional en un prefecto incómodo, algunas veces ridículo, y que más frecuentemente aun se convertiría en opresor».

A esta intervención inicial de Berlier, siguieron las de Eschassériaux y Larevellière-Lépeaux. Ambas reflejaron una disconformidad de fondo con la

⁵¹ Esta y el resto de las intervenciones aquí citadas en: *Moniteur Universel*, tomo XXV.

propuesta de Sieyès. Eschassériaux rechazó la tercera de las funciones atribuidas a la institución puesto que un tribunal de equidad es «inútil en nuestro sistema de legislación civil y políticamente peligroso». Larevellière-Lépeaux, por su parte, rechazó con contundencia el Proyecto del abate, y aceptó con resignación el de la Comisión: «Si la Comisión cree que debe admitirse un Tribunal Constitucional, me parece que el de la Comisión es mucho más propio para el cumplimiento de su objeto». En todo caso, en su discurso no se explicitan las razones de tal afirmación.

En su conjunto, el grupo de diputados que intervinieron en contra del establecimiento de un Tribunal Constitucional, fue menor que el de los que se manifestaron a favor. Ahora bien, como bien ha advertido Blanco Valdés, «la falta de un auténtico interés por parte de estos últimos [...] contrastó con la agresividad de los primeros, cuyas argumentaciones no solo superaron a las de aquellos en dureza y radicalidad, sino que acabaron por conectar con la ideología mayoritariamente proparlamentaria que dominaba la Convención»⁵².

A pesar de las trágicas experiencias pasadas, esta ideología proparlamentaria cuyo principio fundamental era la defensa de la supremacía del Parlamento, y en definitiva, la soberanía parlamentaria, es la que determinó no solo el rotundo rechazo del Proyecto de Tribunal Constitucional, sino el fracaso del constitucionalismo francés. La opinión dominante fue incapaz de comprender que la atribución de la soberanía a un poder constituido (aunque este fuera el Parlamento) resulta incompatible con la lógica del Estado constitucional –tal y como había sido formulada por el abate–, porque impide distinguir el poder constituyente de los poderes constituidos.

237

Los convencionales, que eran reacios a asumir que el Parlamento pudiera llegar a ser una amenaza para la Constitución, y por ende, para la libertad, destacaron inmediatamente la potencial amenaza y los peligros que se derivarían de la existencia de un órgano de defensa como el diseñado por el abate. Desde esta óptica, las intervenciones de Louvet y de Thibaudeau fueron decisivas para el resultado de la votación.

El abogado Pierre-Flore Louvet, diputado de la Somme, advirtió el peligro que suponía instaurar «un Tribunal Constitucional compuesto de 108

⁵² R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, op. cit., p. 347.

miembros irresponsables, sin vigilancia y sin contrapeso de ninguna clase». «No debéis dudar [advertía Louvet a los miembros de la Convención] que el cuerpo que se os propone instituir, muy pronto se considerará el primero de la República [...]. La ambición puede deslizarse en ese cuerpo y a buen seguro que se deslizará allí infaliblemente, y quién podrá entonces calcular dónde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes, todos los actos de ejecución, todas las partes de la administración pública [...] de un poder irresponsable que no tendrá sobre él a nadie para reprimirlo, a nadie a su lado para detenerlo».

Tras exponer de forma tan cruda y contundente los peligros que a su juicio se derivarían de instaurar el Tribunal Constitucional, Louvet rechaza también las razones que según sus partidarios justifican su creación. Para el diputado de la Somme, el Proyecto constitucional de la Comisión contiene ya elementos suficientes para garantizar el equilibrio de los poderes sin que sea necesario recurrir a un órgano como el diseñado por el abate. De forma un tanto hiperbólica, Louvet llega a identificar la instauración de un Tribunal Constitucional con la ruina del Estado: «Yo no sé si estoy exagerando, pero me parece que esta institución que se propone como la clave de bóveda de todo el edificio social puede acabar por convertirse en el más útil instrumento para su destrucción total».

238

Finalmente, Louvet añadió una objeción más, que luego retomaría y desarrollaría Thibaudeau. La objeción con la que el diputado de la Somme concluyó su discurso era la siguiente: «Si se me objetase que es necesario un poder para vigilar de algún modo a los demás, y al que los ciudadanos lesionados pudiesen recurrir, yo preguntaría, por mi parte, quién ha de vigilar a ese poder y a quién podrán dirigirse las denuncias contra sus propios actos».

En todo caso, debemos al joven abogado Antoine Claire Thibaudeau, la más completa y mejor elaborada de cuantas intervenciones conformaron el frente antitribunal. En su discurso realizó una serie de afirmaciones y argumentaciones tendentes a evitar cualquier posible apoyo no solo al Proyecto presentado el 18 de termidor por el abate, sino incluso a la muy modesta y limitada propuesta defendida por Berlier el 24 del mismo mes.

El diputado que había sido testigo «de los innumerables males que trajo a Francia la confusión de todos los poderes» comenzó su intervención con una

encendida defensa del principio de división de poderes, como garantía de la libertad: «Solo la separación de poderes y su independencia constituyen la libertad. Es esta una verdad tan aceptada que no es necesario proceder a demostrarla aquí». Ahora bien, para garantizar la división y contención de los poderes existen dos tipos de instrumentos: «Unos exteriores a los propios poderes, otros inherentes a los mismos. Entre los primeros pueden incluirse la apelación al pueblo y los censores, o cualquier otro cuerpo establecido para juzgar sobre las infracciones de la Constitución». Para Thibaudeau, el Tribunal Constitucional propuesto es un medio de defensa externo, situado fuera de la estructura orgánica que ejerce el poder legislativo del Estado, y respecto al cual el Proyecto constitucional ya establece un equilibrio interno. Para el diputado los instrumentos que desde dentro de la estructura del poder legislativo garantizan el adecuado equilibrio de los poderes son útiles y necesarios. Y estos están ya previstos en el texto constitucional. Los instrumentos externos, por el contrario son peligrosos. Ese carácter externo del Tribunal propuesto por Sieyès es –según Thibaudeau– el que lo convierte en peligroso puesto que lo sitúa al margen de cualquier posible control: «Si el Tribunal Constitucional, cuyas funciones serán determinadas en su momento por la Constitución, sobrepasa sus límites, ¿quién reprimirá su usurpación? Yo os confieso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga».

Llegados a este punto, Thibaudeau admite que el Tribunal –como órgano irresponsable y no sujeto a control alguno– solo podría ser admisible si estuviera integrado por personas «sin pasiones, sin prejuicios, y extraños a todos los partidos». Ahora bien, si tales personas existen –subraya el joven abogado con un escepticismo hasta cierto punto comprensible– ¿por qué no encomendarles también el ejercicio de los demás poderes del Estado? Si, por lo contrario, los miembros del Tribunal habrán de ser «hombres tan susceptibles de todas las pasiones como los miembros de los dos Consejos y del Directorio» ¿quién los controlará? Y, en su caso, si alguien lo hiciera, ¿quién vigilaría a estos controladores? Y es que, como agudamente observó el brillante abogado que era Thibaudeau, la necesidad de «esta vigilancia gradual se extendería hasta el infinito». Desde esta perspectiva, concluyó su argumentación con una metáfora cuyo destinatario último no era otro que el abate: «Se dice que entre un pueblo de las Indias, la creencia popular consiste en pensar que el mundo está sostenido por un elefante, y este elefante por una tortuga; pero cuando uno pasa a preguntar sobre quién reposa la tortuga, la erudición desaparece».

A mayor abundamiento, Thibaudeau insistió en una de las cuestiones apuntadas ya en la intervención del diputado Louvet, la posibilidad de que el Tribunal acabara convertido en un instrumento de dominio de la minoría sobre la mayoría, o según su propia terminología, de las facciones sobre la Nación representada en el Parlamento: «Es la primera vez que se propone establecer una institución tan contraria a los principios, tan favorable a las facciones, tan destructiva del orden social; ella no podría convenir sino a un pueblo en el que se hubiera acordado que es la minoría quien tiene siempre razón y quien debe hacer la ley».

Con estas afirmaciones, Thibaudeau se hacía eco también de otra opinión dominante, según la cual el riesgo de que la mayoría oprimiera a la minoría era inexistente. Este peligro real y cierto estaba, como hemos visto, en la base de la propuesta del abate y en su concepción del Tribunal como una institución defensora de la minoría, y por ello mismo, contramayoritaria.

Los anteriores razonamientos condujeron a Thibaudeau a formular un rechazo radical y rotundo a cualquier propuesta de instaurar un Tribunal Constitucional. Su discurso revistió tintes apocalípticos al referirse a esta institución como un poder monstruoso y como un amo que encadenaría a los poderes para vigilarlos con mayor facilidad. Ahora bien, la contundencia de su crítica contrastó con la superficialidad de las soluciones que propuso como alternativas. En este sentido, se limitó a repetir los lugares comunes del discurso dominante durante todo el proceso constituyente de 1793, y sostuvo que «es correr detrás de una perfección quimérica querer darle guardianes a una Constitución y vigilantes a los poderes constituidos superiores». En línea con ello, defendió que «los más seguros y naturales guardianes de cualquier constitución son los cuerpos depositarios del poder y después la totalidad de los ciudadanos».

No hace falta insistir que ese discurso obviaba la problemática de la normatividad de la Constitución –que en última instancia estaba en la base de la propuesta del abate– y atribuía su defensa precisamente a aquellos que con sus actos podían violentarla: el Parlamento.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que todas las anteriores consideraciones, y sobre todo la apelación a una de las cuestiones centrales de la teoría política moderna y que puede sintetizarse en el interrogante «*quis custodiet et ipsos custodes?*» que podría proyectarse hasta el infinito sin obtener respuesta,

determinó que la Convención en su sesión del 25 de termidor rechazara –y lo hiciera por unanimidad– la propuesta de instaurar un Tribunal Constitucional.

No creo que sea exagerado afirmar que ese día se decidió la suerte –o mejor dicho el fracaso– del constitucionalismo francés y europeo. El rechazo de la meritoria y sugerente propuesta del abate supuso el triunfo definitivo del principio básico del liberalismo revolucionario francés: la omnipotencia del poder legislativo. Como acertadamente destacó Carré de Malberg, es este concepto del poder absoluto del cuerpo legislativo («el Parlamento adquiere el rango de soberano: es el soberano real»⁵³) en tanto que representante de la voluntad general, el que, durante el periodo revolucionario, supuso el fracaso del Proyecto de Tribunal Constitucional de Sieyès.

Algunos autores, como Baczko han apuntado que el fracaso no fue completo, y que aunque la Constitución del año III no recogiese la propuesta del abate, sí que se hizo eco de su preocupación fundamental por la necesidad de conservar las instituciones⁵⁴.

En nuestra opinión, el fracaso de Sieyès fue total en la medida en que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, la Constitución quedó indefensa, por la sencilla razón de que como el abate había advertido: «una ley cuya ejecución no está fundada más que sobre la buena voluntad, es como una casa cuyos suelos reposaran sobre las espaldas de aquellos que la habitan. Es inútil decir lo que sucederá con ella más tarde o más temprano». Efectivamente, el rechazo de la propuesta del abate por su incompatibilidad con el principio de soberanía parlamentaria hizo inviable en Francia la configuración de la Constitución como norma suprema. No es exagerado afirmar que no fue hasta el establecimiento del Consejo Constitucional por la Constitución de la V República (1958) cuando se sentaron las bases de la supremacía normativa del texto fundamental. Y hubo que esperar hasta 1971 para que el Consejo se erigiese en verdadero garante de la Constitución (y no solo del respeto a la división de poderes entre el Gobierno y el Parlamento) y de la libertad.

⁵³ R. CARRÉ DE MALBERG, *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875*, Madrid, Marcial Pons, 1931, p. 41.

⁵⁴ B. BACZKO, *Comment sortir de la Terreur. Thermidor et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1989, p. 347.

En todo caso, Sieyès no se dio por rendido y, pocos años después de su fracaso, reformuló su propuesta en su Proyecto constitucional del año VIII. La posición y las funciones básicas de defensa de la Constitución las desempeña en ese Proyecto una institución que presenta diferencias notables con el Tribunal defendido en 1795. Se trata del denominado «Colegio de Conservadores». En este caso sería Napoleón, el titular de la espada al que ingenuamente apeló el abate para poner fin a la Revolución el que pondría fin al último intento del abate de Fréjus de elaborar una Constitución para Francia.

5. El Colegio de Conservadores

Efectivamente, cuatro años después de haber pronunciado el decisivo discurso que hemos analizado —decisivo, insistimos, porque a pesar del rotundo rechazo de sus propuestas, se configura como el primer precedente teórico de los tribunales constitucionales—, el abate concibe un nuevo órgano: el Colegio de Conservadores. Su razón de ser es la misma que la del Tribunal Constitucional, defender el depósito constitucional, esto es, ser guardián de la voluntad del poder constituyente. La institución se concibe como la clave de bóveda de un complejo edificio institucional diseñado por el abate y cuyos detalles exactos conocemos gracias a Boulay de la Meurthe⁵⁵.

242

El Colegio de Conservadores se concibe como una «magistratura constitucional» cuya principal misión es «la defensa de la Constitución en toda su pureza, ora decidiendo sobre las dificultades de aplicación y los conflictos de competencia, ora reprimiendo los atentados que aquella pudiera sufrir». Junto a esta función de defensa estricta, Sieyès atribuía al Colegio —de la misma forma que antes hizo en relación con el Tribunal— la intervención en la reforma de la Constitución⁵⁶.

El Colegio se compondría de cien plazas, de las cuales ochenta deberían estar siempre cubiertas⁵⁷. El Tribunal se componía de 108, número muy simi-

⁵⁵ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», en E. SIEYÈS, *Escritos y discursos de la Revolución*, op. cit., pp. 439-463.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 457.

⁵⁷ Las veinte restantes permanecerían vacantes en un primer momento, con el fin de que los honorarios que les estuvieran destinados sirvieran para cubrir los gastos del estableci-

lar. Ahora bien, las diferencias entre ambos órganos son notables en lo que se refiere al estatuto de sus miembros y, por ende, al procedimiento de renovación de la institución. En el frustrado Proyecto del abate, el Tribunal Constitucional se renovaba anualmente por tercios, pero tras un más detenido examen de la cuestión, aquel llega a la conclusión de que ello lo exponía «a la movilidad de las opiniones y a su sometimiento a las pasiones y movimientos de los partidos»⁵⁸.

Para evitar esos peligros, Sieyès defendió el carácter vitalicio de los miembros del Colegio de Conservadores, quienes se cooptarían ellos mismos entre «los notables de la lista nacional de elegibilidad»⁵⁹. El abate garantizaba así la independencia de sus miembros a través del carácter vitalicio de su mandato y de un estricto sistema de incompatibilidades. Los miembros del Colegio no podrían ni mantener, ni solicitar, ni obtener ningún otro puesto, incluso presentado su dimisión. Además de inamovibles, deberían ser asimismo inviolables⁶⁰.

Desde esta óptica y para convertir al Colegio en «centro de estabilidad política» reforzó sus funciones en relación con las anteriormente previstas para el Tribunal. La estabilidad era necesaria —a la vista de la dramática experiencia revolucionaria— para la efectividad de la libertad. Así, a las funciones de defensa constitucional, se añadieron otras funciones políticas de notable envergadura: a) el derecho de censura en la lista nacional de elegibles; b) la elección de los representantes del Cuerpo Legislativo; c) el nombramiento y cese del Gran Elector; d) la facultad de «absorción» de cualquier funcionario público; e) la jefatura de la Guardia Nacional.

miento inicial y, sobre todo, se posibilitaran al Colegio las nominaciones extraordinarias. A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 457.

⁵⁸ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.* p. 458.

⁵⁹ *Ibid.* Lista nacional de elegibilidad, que como vamos a ver, era confeccionada por el propio Colegio.

⁶⁰ A ello se añadía una muy elevada retribución por sus servicios (cien mil francos mensuales). De lo que se trataba era de que el puesto de Conservador resultara tan gratificante e independiente para su titular que este renunciara a cualquier otra ambición. A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 460. Por otro lado, y por lo que se refiere a la elección del primer Colegio, Sieyès se limitó a señalar que ello requeriría «una elección extraordinaria que sería realizada por un solo hombre, considerado como legislador constituyente, bien por un conjunto de electores con la misión especial de proceder a ello». A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 463.

La primera función atribuida al Colegio era la depuración de la lista nacional de notables, compuesta por un número que oscilaría entre los 5400 y los 6000 ciudadanos, únicos elegibles para el desempeño de funciones nacionales.

La lista era confeccionada de la siguiente manera. De los 30 millones de individuos que habitaban entonces en Francia, descontando a mujeres, menores, y otros excluidos, el número de ciudadanos activos eran seis millones que se repartían en distritos municipales. En cada distrito los ciudadanos activos debían elegir a una décima parte de estos, los que gozaran de mayor confianza de todos, para conformar las listas municipales o de confianza en primer grado: así tenemos a los 600 000 ciudadanos más notables. A esta operación seguía una segunda en el ámbito de los departamentos para elaborar las listas departamentales o de confianza en segundo grado. Los inscritos en las listas municipales debían elegir a la décima parte de ellos para integrar las listas departamentales, en las que figuraban así unos 60 000 notables. Las listas municipales servían para elegir de entre ellos a todos los funcionarios locales y las listas departamentales para el mismo fin en ese otro ámbito territorial. Finalmente, y para proveer a cargos de nivel nacional era preciso configurar una tercera lista de elegibles. Para ello los notables departamentales elegirían a una décima parte de ellos, elaborando así una lista nacional de 6 000 elegibles.

244

Para que esta última lista «alcanzara tal naturaleza y fuera publicada como nacional debería recibir tal carácter y publicación por parte del Colegio de Conservadores»⁶¹. En este sentido el Colegio dispone de un «derecho de censura» destinado a depurar las lista, y eliminar de ella «los efectos de la intriga, la corrupción o el descuido», pudiendo así borrar de la lista hasta a un décimo de los en ella inscritos⁶².

⁶¹ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 445.

⁶² Boulay de la Meurthe subraya el carácter democrático de la elección: «¿Quién tiene derecho a elegir a estos hombres? El pueblo y solo el pueblo [...] corresponde al pueblo designar los hombres que poseen su más alta confianza para gestionar el interés común que los constituye en comunidad [...]. Y aperebíos de la libertad de que goza el otorgamiento de la antedicha confianza: esta no se encuentra restringida por ningún impedimento, ninguna condición de elegibilidad [...]. Cuando en la discusión en el seno de las comisiones algunos exigieron listas de notabilidad reguladas sobre un listado de fortunas, Sieyès se opuso a ello frontalmente, afirmando que esta idea era aristocrática y que, por lo contrario, la suya era la única auténticamente republicana, consiguiendo finalmente el asentimiento de la gran mayoría». A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 446.

Tres grados de elegibilidad y tres listas que permiten cumplir uno de los principios políticos fundamentales en la teoría política del abate, que nadie sea revestido de una función pública sin contar con la confianza declarada, manifiesta y constante de aquellos sobre los que ejerce tal función. Las funciones municipales solo pueden ser desarrolladas por notables del ámbito municipal, las departamentales por notables del departamento, y finalmente, las funciones nacionales por notables nacionales.

Ahora bien, el segundo principio político del abate establecía que nadie debía ser nombrado funcionario por aquellos sobre los que va a ejercer autoridad⁶³. Para cumplir esto, los funcionarios municipales serían designados por los funcionarios departamentales, y estos, a su vez, por funcionarios nacionales. Ahora bien, ¿quién designaría a los funcionarios nacionales? Para dar respuesta a esta pregunta y cumplimiento al principio mencionado, el abate configura en la cúspide del sistema político dos potencias electorales: una para la designación de los representantes del poder legislativo y otra para los funcionarios del poder ejecutivo. La primera es justamente el Colegio de Conservadores, cuya segunda función, es, por tanto, elegir en el seno de la lista nacional, a los representantes del cuerpo legislativo.

Para la designación de los funcionarios nacionales del poder ejecutivo establece un sistema en cuya cúspide sitúa la figura del Gran Elector, magistrado de carácter vitalicio, cuyo estatuto precisa con detalle para evitar suspicacias⁶⁴. El Gran Elector solo puede nombrar a dos altos cargos: los dos Jefes del Gobierno, denominados Cónsules, uno para asuntos exteriores y otro para política interior. Cada Cónsul nombraba como medios de gobierno a su Con-

Fácilmente se comprende la injusticia de atribuir al abate la defensa de un sufragio censitario al que siempre se opuso con firmeza. Cuestión distinta es que los efectos del sufragio universal inicial se vieran limitados por esta elección en triple grado, y por las facultades censoras atribuidas al Colegio de Conservadores.

⁶³ La confianza viene de abajo y la autoridad de arriba.

⁶⁴ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 453: «No es un déspota, pues déspota es quien reúne en sus manos todos los poderes públicos, y el Gran Elector [...] no posee sino atribuciones regladas y limitadas». Establecido esto, sus funciones son decisivas para el buen funcionamiento del Estado: «El vértice, el magistrado supremo, o Gran Elector, ubicado en el lugar más alto del sistema a fin de observar en toda su extensión el horizonte político, disipar las brumas, y restablecer la necesaria serenidad. En efecto, sin ser por ello un rey, este magistrado vitalicio poseería, en su prerrogativa, la facul-

sejo de Estado y a sus ministros. Estos elegirían en las listas departamentales los funcionarios que requiriesen.

Ahora bien, la configuración del Gran Elector como un cargo vitalicio pero no hereditario obliga a plantearse como cuestión fundamental el procedimiento para su designación. Y para responder a la pregunta de quién habría de elegir al Gran Elector, Sieyès recurre, una vez más, al Colegio de Conservadores.

De esta forma, el Colegio asume la titularidad de una doble función electoral: la elección del Cuerpo Legislativo y la designación del Gran Elector. El abate justifica esta función del Colegio en la composición, ya explicada, de la institución: «En cuanto este Colegio está compuesto [...] por los ciudadanos más puros e ilustrados de la lista nacional de elegibles, la cual no constituía, a su vez, sino el resultado último de tres depuraciones sucesivas, debía ser considerado como un cuerpo verdaderamente representativo de toda Francia y el más capaz, por añadidura, de mantener su unidad y expresar una voluntad que no podría dejar de adecuarse al interés general»⁶⁵.

246

Sieyès rechaza –como ya hiciera anteriormente en su defensa del Tribunal Constitucional– que los amplios poderes conferidos al Colegio puedan convertirlo en un peligro para la propia Constitución. Y ello porque aunque es cierto que su autoridad se extiende a todo, «en todo encontraba, asimismo, un freno»⁶⁶: en el ámbito ejecutivo, su función se limita a la designación del Gran Elector; en el orden legislativo, el Colegio no puede tomar parte sino en el nombramiento de los diputados encargados de su ejercicio; en lo que se refiere a la represión de los atentados a la Constitución, tampoco puede actuar de oficio sino que se requiere una denuncia o queja del Gobierno o del tribunalado.

Finalmente, el abate va a atribuir dos funciones más al Colegio. Funciones necesarias para que pueda garantizar la defensa de la Constitución contra

tad de lograr todo el bien que se aguardaba de la monarquía. Su sola existencia aseguraría la unidad del Estado e impediría el nacimiento y peligrosidad de las ambiciones turbulentas, acallándolas con una sola palabra». A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 456.

⁶⁵ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, pp. 459-460.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 461.

todos sus potenciales enemigos, y para que esa defensa sea efectiva. El diseño político establecido por el abate permitía responder al peligro causado por «el ascendiente que pudiera ejercer sobre una multitud un ciudadano eminente por sus talentos y servicios a la nación»⁶⁷. Si el peligro reside en un general victorioso, el ministro que lo nombró puede cesarlo; si el peligro procediera del ministro, el cónsul del que depende puede destituirlo; si el peligro viniera del cónsul, el Gran Elector que lo designó puede en cualquier momento revocarlo; y, finalmente, si el peligro para la Constitución residiera en el propio Gran Elector, el Colegio de Conservadores tenía la facultad de «absorción», esto es de cesarlo.

Esta «facultad de absorción» que el abate atribuía al Colegio de Conservadores podía utilizarse «en todos aquellos casos cuyo ejercicio le pareciera necesario para la defensa de la Constitución y no solamente frente al Gran Elector, sino contra todo funcionario público que, por sus talentos o servicios, su popularidad o su ambición, resultare inquietante para el orden establecido»⁶⁸.

En la posibilidad de sancionar con el ostracismo a cualquier ciudadano residía el principal poder del Colegio. Y en este ámbito, además, se trata de un poder ilimitado habida cuenta que el Colegio puede ejercerlo por su propia iniciativa. Cualquier persona que rehusara obedecer al instante una orden de cese en la función pública correspondiente —sea esta la que fuere—, emitida por el Colegio, y cuantos se opusieran a ella, sería reo de alta traición.

247

Finalmente, y para que esta facultad fuese efectiva, el abate reserva para el Colegio la jefatura de la Guardia Nacional.

Este es el resumen de las ideas de Sieyès que nos transmitió Boulay de la Meurthe: «La garantía del orden social reside en el establecimiento público; la garantía de la libertad civil radica en la verdadera división de poderes; y la ga-

⁶⁷ «La historia le había enseñado [escribe Boulay de la Meurthe] que tales ciudadanos, devenidos en objeto de veneración generalizada y ciega, podrían abusar de ella en beneficio de su particular ambición, muy especialmente cuando ocupan un rango elevado en el Estado o bien desempeñan un mando militar importante». A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 462.

⁶⁸ *Ibid.*

rantía de estos poderes, unos frente a otros, hállase en el Colegio de los Conservadores, magistratura suprema y necesaria para la defensa de la Constitución»⁶⁹.

De esta exposición se deduce con claridad que el Colegio de Conservadores es mucho más que un Tribunal Constitucional. Está concebido como un órgano de defensa jurídica y política —e incluso armada— del orden constitucional.

Por otro lado, en este nuevo y último diseño del edificio constitucional que el abate formuló, la figura del Gran Elector reviste una gran importancia. Se trata de un órgano unipersonal designado por el Colegio de Conservadores —que conserva en todo momento la potestad de cesarlo— y que puede ser considerado un precedente de las jefaturas de Estado republicanas. El Gran Elector no es un Rey, sino una suerte de Presidente de la República, dotado de un poder neutro o moderador. En este, como en otros casos, corresponderá al más aventajado discípulo del abate, Benjamin Constant, el mérito de teorizar de forma magistral sobre este nuevo concepto: el poder neutro o moderador. Ahora bien, con independencia de que la construcción de Constant sirviera históricamente para legitimar la Restauración y atribuir dicho poder al monarca, e integrarlo así en la arquitectura constitucional —lo que nunca hubiera aceptado el abate—, debemos reconocer que se trata del desarrollo de una fecunda idea alumbrada por Sieyès⁷⁰.

Esta comprensión del Gran Elector como un poder constituido y sometido al control del Colegio de Conservadores fue, en definitiva, la causa que determinó el fracaso de este último Proyecto constitucional del abate. Este modelo político fue objeto de un contundente rechazo por parte de Napoleón Bona-

⁶⁹ A. BOULAY DE LA MEURTHE, «La teoría constitucional de Sieyès», *op. cit.*, p. 463. Junto a esta obra de Boulay de la Meurthe que hemos seguido en la exposición, otro amigo de Sieyès, P. L. ROEDERER también recogió sus principales ideas y propuestas constitucionales de esta época. P. L. ROEDERER, «Le gouvernement représentatif», en *Œuvres du Comte P. L. Roederer*, vol. IV, Paris, 1853-1859, pp. 235 y ss.

⁷⁰ Basta recordar que otra de las grandes contribuciones de B. Constant a la historia del pensamiento político, su celeberrima conferencia sobre «La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos», no contiene ninguna idea que no hubiera sido formulada y desarrollada ya por E. Sieyès.

parte. El general no estaba dispuesto, en modo alguno, a que su permanencia en la suprema magistratura unipersonal del Estado, se hiciera depender, en todo caso, de la voluntad del Colegio de Conservadores. Napoleón se oponía a cualquier diseño político en el que él no tuviera la última palabra, en el que su voluntad estuviera limitada materialmente (por el texto constitucional) y sus poderes controlados por otro órgano.

En este sentido, la ingenuidad del abate fue total. Mientras que él operaba con la lógica del constitucionalismo, que es la del control del poder y la de la garantía de la libertad, el General ansiaba el poder absoluto. De esta forma, el propósito de Sieyès de poner fin a la Revolución con una Constitución se vio frustrado. La Revolución concluyó con el establecimiento de un régimen autocrático que supuso la negación de todos los principios y valores que Sieyès defendió. No deja de ser paradójico que fuera precisamente Sieyès quien en su búsqueda de una espada para poner fin a la Revolución, abriera la puerta al régimen bonapartista.

El abate tardó en comprender la magnitud de su error. Y cuando lo hizo, tras exponer al general Bonaparte las líneas maestras de su modelo político y recibir una respuesta desdeñosa por las limitaciones impuestas al Gran Elector («será una sombra, pero la sombra descarnada de un Rey inoperante»), formuló estas premonitorias palabras a quien habría de convertirse en primer emperador de los franceses: «Entonces ¿queréis ser Rey?»

249

De esta forma, y como había ocurrido en 1791 y en 1795, también en 1799 las propuestas del abate fueron rechazadas y pronto cayeron en el olvido.

6. Consideraciones finales

El Tribunal Constitucional defendido por Sieyès nos confirma los elementos esenciales de su teoría política.

a) En primer lugar, la distinción esencial entre poder constituyente y poderes constituidos de la que deriva su concepción de la Constitución como norma jurídica –y no como un mero documento político– y como norma superior a la ley.

b) En segundo lugar, su concepción de la Constitución como un límite a los poderes constituidos, y de manera singular, al Parlamento.

c) En tercer lugar, la distinción entre el poder constituyente originario, titular de la soberanía y autor de la Constitución, que precede al Estado constitucional y no forma parte de él, y el poder constituyente instituido, como poder de interpretación y revisión de la Constitución.

Esto nos permite afirmar que Sieyès no fue solo el creador del concepto de poder constituyente, al que consideró titular de la soberanía (nacional o popular⁷¹) y asignó la función de elaborar y aprobar la Constitución, sino el precursor del Estado constitucional como síntesis de los principios de libertad y democracia. En este sentido, no resulta exagerado concluir, con Pasquino, que Sieyès fue el inventor de la Constitución en cuanto se planteó el problema de su normatividad y la necesidad de garantizar su supralegalidad, a través del control de constitucionalidad de las leyes mediante un órgano específico: el Tribunal Constitucional⁷².

El propósito último del abate fue siempre juridificar la Revolución, esto es, concluirla, y la única forma de hacerlo era institucionalizando el poder constituyente y evitando su conversión en un estado de insurrección permanente. Para lograr esto, el establecimiento de un órgano de defensa era imprescindible. Ahora bien, la lógica constitucional defendida por el abate era incompatible con el principio de soberanía parlamentaria.

250

La aceptación de un Tribunal Constitucional como el propuesto por Sieyès exigía, en definitiva, admitir que dentro del Estado constitucional, no hay soberano alguno, ni el Rey, ni el Parlamento, ni tampoco el pueblo. Que en el Estado constitucional, todos los poderes están regulados y limitados por la Constitución. «Los poderes ilimitados [advertía el abate] son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés que no debe volver a cometer en lo sucesivo»⁷³.

⁷¹ Me he ocupado de esta cuestión en el marco también de este proyecto de investigación en J. TAJADURA, «Soberanía nacional y soberanía popular en el lenguaje político de la Revolución Francesa», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. I, Madrid, Universitas, 2012.

⁷² P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 12.

⁷³ «La soberanía del pueblo no es en absoluto ilimitada, y muchos sistemas predicados y magnificados no resultan a la postre sino concepciones monacales, funestos planes de re-

El Tribunal Constitucional de Sieyès fue concebido por ello como una institución contramayoritaria, y defensora de las minorías. El gran publicista de Fréjus planteó así lo que resultó determinante en la concepción norteamericana sobre el valor de la Constitución: la cuestión de la necesaria protección de los derechos de las minorías

Ahora bien, como hemos visto, en 1795, la Convención rechazó por unanimidad estos planteamientos. Thibaudeau –en uno de los debates más trascendentales de todo el período revolucionario, por sus consecuencias sobre el constitucionalismo francés y europeo– se opuso a Sieyès. Y la derrota de este fue absoluta. Se impuso así el principio de soberanía parlamentaria.

El abate de Fréjus fue plenamente consciente de que sin el establecimiento de un órgano de defensa de la Constitución, resultaba, y resulta, de todo punto imposible, garantizar jurídicamente la libertad. Sin embargo, la Revolución concluyó sin Constitución. Las ideas de Sieyès tardaron más de un siglo en germinar⁷⁴. Hubo que esperar a 1920 a que por obra del insigne jurista vienés, Hans Kelsen, se establecieran en Europa los primeros tribunales constitucionales (Austria y Checoslovaquia). Y en Francia, hubo que esperar a la Constitución de la V República (1958) para que, aunque fuera tímidamente, las ideas del abate sobre el guardián de la Constitución encontraran reflejo en el establecimiento de un Consejo Constitucional.

total más que de república, igualmente nefastos para la libertad». E. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV...», *op. cit.*, p. 403. El concepto de *Re-total* es otro neologismo genial con el que se advierte de los peligros de un régimen democrático no liberal.

⁷⁴ En España, Ramón Salas, en sus *Lecciones de derecho público constitucional*, publicadas en 1821, al exponer la teoría de la división de poderes, incluye entre ellos un «poder conservador» indudablemente inspirado en los proyectos de Sieyès. R. SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

MISCELÁNEA

EL GARANTE DE LA VOLUNTAD POPULAR EXPRESADA EN EL VOTO

FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA*

SUMARIO

1. Los momentos aciagos de la democracia; 2. El Estatuto Electoral de 1931 y el nacimiento del Jurado Nacional de Elecciones; 3. La instalación y funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones; 4. El largo camino al voto universal y secreto, 4.1. El derecho ciudadano de la mujer a elegir y ser elegida, 4.2. Los derechos ciudadanos de las personas con capacidades especiales, los analfabetos y los miembros de las Fuerzas Armadas y policiales; 5. Balance de los últimos 82 años de elecciones en el Perú; 6. Cuando la democracia pelagra; 7. El Perú, firme y feliz por la unión; 8. Anexo.

*Y antes niegue sus luces el sol,
que faltemos al voto solemne
la Patria al Eterno elevó.*

*Fragmento del coro del
Himno Nacional del Perú*

255

1. Los momentos aciagos de la democracia

En 1930, el país estaba sumido en un oscuro periodo de desorden y crisis política. En tan solo siete meses, seis presidentes se sucedieron en el poder¹. Para el anecdotario político nacional, merecen ser mencionadas las figuras de Gustavo A. Jiménez quien, pese a su autoproclamación en Caja-

* Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Actualmente preside el Jurado Nacional de Elecciones (2012-2016). Ex Presidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República, presidiendo también el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2007-2008). Ex Presidente de la Academia de la Magistratura (2011-2012). Ex Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (2002-2006).

¹ Destituído Augusto B. Leguía, asumieron la Presidencia de la República, secuencialmente: Manuel María Ponce Brousset (agosto de 1930: dos días), Luis Miguel Sánchez Cerro (de agosto de 1930 a marzo de 1931), Mariano Holguín Maldonado (por horas, el 1 de marzo de 1931), Ricardo Leoncio Elías (del 1 al 5 de marzo de 1931), Gustavo Jiménez (del 5 al 11 de marzo de 1931)

marca, duró apenas tres días en la intentona, y de Mariano Holguín Maldonado, quien ocupó el Sillón de Pizarro por brevísimas horas, en tanto una Junta elegía un nuevo presidente.

Fue un lapso aciago de nuestra historia patria, en el que el desgobierno y la oscuridad se cernían sobre nuestra joven República, y un panorama nefasto contradecía la letra de nuestro Himno Nacional, pues hasta las luces del sol parecían negadas al futuro político y la gobernabilidad de la patria, ante la falta infringida al voto solemne a la democracia y la libertad ciudadana.

Producido el derrocamiento de Augusto B. Leguía y puesta de manifiesto la crisis de gobernabilidad del país, surge la figura de don David Samanez Ocampo² quien, al frente de la denominada Junta Nacional de Gobierno, asumió las riendas del Ejecutivo. En apenas ocho meses, Samanez Ocampo pacificó el país, dio un nuevo Estatuto Electoral, convocó a elecciones generales y declaró públicamente al asumir el cargo: «El anhelo de reformas que agita a la opinión, hallará su camino por la leal consulta a las fuentes de la soberanía: elecciones libérrimas, con seguridades perfectas, garantizarán la formación de los poderes constitucionales, como genuinos exponentes de los diversos sectores políticos del país» (*El Comercio* del 12 de marzo de 1931). En las elecciones de ese mismo año, salió elegido Presidente de la República el teniente coronel Luis Miguel Sánchez Cerro.

256

2. El Estatuto Electoral de 1931 y el nacimiento del Jurado Nacional de Elecciones

Dando cumplimiento a ese compromiso con la ciudadanía contraído por la Junta Nacional de Gobierno, se emite el Estatuto Electoral, promulgado el 26 mayo de 1931 mediante Decreto Ley N° 7177, por el cual se busca mejo-

y Luis Miguel Sánchez Cerro (hasta la designación de David Samanez Ocampo, en marzo de ese mismo año, para que encabece la Junta Nacional de Gobierno encargada de devolver al país por la senda de la democracia).

² Ex senador pierolista, considerado por Jorge Basadre como el «último montonero» y, por esa época, retirado de la actividad política y dedicado a la administración de su hacienda en su Apurímac natal.

rar las condiciones para una adecuada realización de los sufragios populares y responder al progreso de la técnica del derecho electoral moderno³. Como resultado se crea al Jurado Nacional de Elecciones⁴.

Conviene recordar que, durante los meses previos, un equipo de talentosos y jóvenes académicos había sido designado para trabajar en la redacción de este Estatuto Electoral, reuniéndose en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Por ello, podemos afirmar que la administración electoral de nuestra patria, y en especial, el Jurado Nacional de Elecciones, tiene su origen en el corazón mismo de los claustros de la universidad más antigua de América. De esta manera, el diálogo, el intercambio de ideas y la razón constituyen el germen que dio fruto en la institución encargada de procurar ese alto ideal de «elecciones libérrimas con seguridades perfectas».

Conformaron este equipo de académicos y políticos, don César Antonio Ugarte, don Alberto Arca Parró (prestigioso demógrafo y estadístico social), don Carlos Telaya, don Federico More, don Carlos Manuel Cox, don José Antonio Encinas (en ese momento, rector en ejercicio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y uno de los primeros intelectuales de América del Sur en ostentar los grados de máster en Antropología por la universidad inglesa de Cambridge y doctor en Educación por la universidad francesa de La Sorbona), don Luis E. Valcárcel (que llegaría a ser ministro de Educación, director emérito de los Museos Nacionales, padre del indigenismo y profesor de la universidad de Columbia, en Nueva York), don Jorge Basadre Grohmann (nuestro gran historiador de la República y dos veces ministro de Educación) y el gran crítico, literato, intelectual y político, don Luis Alberto Sánchez.

257

La promulgación del Estatuto Electoral constituye un hito importante en la historia electoral del Perú, pues introdujo varias innovaciones en la forma de ejercer el sufragio popular en nuestra patria. Así, estableció:

³Estatuto Electoral de 1931, parte considerativa, primer párrafo.

⁴De acuerdo con lo establecido por el Decreto Ley N° 7177, el Jurado Nacional de Elecciones estaba presidido por el fiscal más antiguo de la Corte Suprema e integrado por delegados de las universidades nacionales y de los jurados departamentales escogidos por sorteo.

- El padrón electoral centralizado, con el propósito de evitar que se manipulen las listas de votantes en las mesas de sufragio.
- Que el escrutinio de los votos de los ciudadanos no se realizara en las mesas de sufragio, sino en las oficinas de los Jurados Departamentales.
- Que el voto electoral sea secreto. Hasta entonces, en la práctica este era público, firmando incluso cada votante en su cédula de votación, lo que se prestaba a coacciones de diversa índole.
- Se dispuso una sanción para los omisos al voto. Es decir que, por primera vez, el voto era efectivamente obligatorio.
- Y, por supuesto, dispone la independencia del Jurado Nacional de Elecciones, erigido como garante de la voluntad popular expresada en el voto.

Es conveniente recordar que, si bien en 1896, durante el segundo gobierno de Nicolás de Piérola, se promulga una Ley de Elecciones que crea la Junta Electoral Nacional, estableciéndose por primera vez la existencia de un organismo electoral permanente (antes se constituían solo para los procesos electorales, disolviéndose una vez proclamados los ganadores), es con el Estatuto Electoral de 1931 que se crea un organismo con carácter independiente, lo cual no queda solo circunscrito a lo meramente declarativo de la norma, sino que se plasma en las acciones por él desarrolladas. Es más, compartiendo ese mismo espíritu, la Constitución de 1933 otorga al Jurado Nacional de Elecciones el carácter de cuarto poder del Estado.

258

3. La instalación y funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones

Las labores del Jurado Nacional de Elecciones se iniciaron en septiembre de 1931 en el local del Senado de la República, ubicado en lo que es hoy el Museo de la Inquisición y del Congreso, frente a la Plaza Bolívar⁵. El primer Pleno del Jurado Nacional de Elecciones se realiza el 22 de septiembre de 1931, y es presidido por el doctor Ernesto Araujo Álvarez, quien era Fiscal Decano de la Corte Suprema de la República. Tal y como lo establecía el D. L. N° 7289, del 28 de agosto de 1931, el presidente del Jurado se reúne en juntas preparatorias con los demás miembros del Pleno desde el 7 de septiembre de ese año, en

⁵ Con el paso del tiempo, el Jurado funcionó sucesivamente en un local ubicado en la octava cuadra de la avenida Arequipa (hoy demolido); en el segundo piso del Palacio de la Exposición (Museo de Arte); en el local del jirón Nazca, en Jesús María; y en la décima cuadra de la avenida Nicolás de Piérola.

sesiones sucesivas el 11, 14 y 15 de septiembre, que sirvieron de preámbulo para su instalación el 22 de ese mes.

En esa sesión, se debatió y tomaron acuerdos sobre el Registro de Partidos y Agrupaciones Políticas, así como sobre los candidatos y el modelo de cédulas propuestas para el proceso electoral que se realizaría apenas un mes después. Comenzaba así la tarea permanente del Jurado Nacional de Elecciones como garante de la voluntad popular, en su condición de órgano autónomo. Desde entonces, son veintiuno los magistrados que han presidido el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, incluyendo a su actual presidente.

El proceso electoral de 1931 fue el primer ensayo de sufragio secreto y obligatorio en el Perú, como se habían producido ya en Argentina, México, Hungría, Checoslovaquia, Dinamarca, Holanda, algunos cantones suizos y ciertos Estados de Norteamérica⁶. En los años siguientes, el Perú tuvo una nueva Carta Magna (la Constitución de 1933), y una nueva Ley Electoral (promulgada en 1936).

Por la Constitución de 1933, y tal como ya lo hemos señalado, el Jurado Nacional de Elecciones se eleva a la categoría de cuarto poder del Estado⁷, ratificando su autonomía e independencia con respecto a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; se reafirma el carácter secreto del voto, la vigencia del Registro Electoral, las elecciones departamentales y la representación de las minorías. Por su parte, por la nueva Ley Electoral de 1936 se crean Jurados Electorales en todas las capitales departamentales (para impartir Justicia Electoral en primera instancia), los cuales se suspendieron en las elecciones de 1962.

En este punto cabe resaltar, además, la actual composición del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones: asumiendo mi persona la presidencia para el periodo 2012-2016; siendo segundo miembro el doctor Pedro Gonzalo Charvary Vallejo, representante del Ministerio Público; el doctor Baldomero Elías Ayvar Carrasco, representante de los Colegios de Abogados; el doctor Carlos Cornejo Guerrero, representante de las universidades públicas del país; y como quinto miembro el doctor Jorge Armando Rodríguez Vélez, representante de las universidades privadas del país.

⁶ Archivo del JNE, «Libro de Sesiones Públicas», año 1931, folio 94.

⁷ Constitución de 1933, artículo 88°: «El Poder Electoral es autónomo [...]».

4. El largo camino al voto universal y secreto

Fue el filósofo inglés John Locke quien vinculó la noción de sufragio a los conceptos de patrimonio y renta, estableciendo así un punto de partida que ha ido evolucionando con el tiempo a nivel mundial, hasta llegar a la noción actual de sufragio universal. En los inicios de nuestra historia electoral, antes incluso de las elecciones gaditanas⁸, el voto había tenido un carácter *censitario*, vinculando el derecho a elegir y ser elegido a aspectos de carácter patrimonial, reconociéndose el derecho ciudadano solo a quienes acreditaban rentas y el pago de tributos. En ese proceso histórico rumbo al voto universal y secreto, la humanidad ha visto avances y retrocesos. No obstante estos vaivenes históricos, el voto pasó, de tener un carácter *censitario*⁹, a tener un carácter *capacitario*, pues fue evolucionando hasta reconocerse el derecho de sufragio a los más capaces, es decir, a aquellos que, entre otros requisitos, supieran leer y escribir, independientemente de su patrimonio o de su condición de contribuyentes.

Vistas las cosas con sentido histórico, de acuerdo con el Estatuto Electoral de 1931, no obstante el carácter innovador y vanguardista que tuvo para su época, no votaban los sacerdotes, los militares, los varones menores de 21 años, las mujeres y los analfabetos. Esos derechos fueron justas conquistas y reconocimientos logrados por la población, con el paso del tiempo, en décadas venideras.

260

4.1. El derecho ciudadano de la mujer a elegir y ser elegida

Por la Constitución de 1933, se reconoce el derecho de sufragio activo de las mujeres, pero solo para las elecciones municipales. Dando cumplimiento

⁸ El sistema electoral que se introdujo en América con la Constitución de Cádiz de 1812, fue la base de la legislación electoral que rigió las elecciones municipales desarrolladas ese y el año siguiente en territorio español (incluidos los reinos de ultramar), conocidas históricamente como «elecciones gaditanas», en aplicación del gentilicio de Cádiz, haciendo referencia a la Constitución aprobada en esa ciudad española durante los estertores del virreinato.

⁹ E. QUIROZ ACOSTA, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2005, pp. 268-269. El autor define al «sufragio capacitario» en los siguientes términos: «Es aquel que alude a la exigencia de una determinada capacidad intelectual para participar en la elección de sus representantes públicos; dicha capacidad [...] se establece por el grado de inclusión».

a lo establecido en la Constitución, en 1946 se convoca a elecciones municipales a nivel nacional, y se incluye a la población femenina en el padrón electoral, otorgándoseles la libreta electoral que las habilitaba para el acto de sufragio. No obstante ello, al frustrarse dicho proceso eleccionario, las mujeres no llegaron a ejercer su derecho ciudadano.

El 1 de septiembre de 1955, la Cámara de Senadores del Congreso aprobó la reforma constitucional que concedió derechos políticos a la mujer. Con esta reforma se estableció que eran «ciudadanos los peruanos varones y mujeres mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados» (art. 84°). Asimismo, se amplió el derecho a sufragar a los ciudadanos que supieran leer y escribir; es decir, a las mujeres alfabetas (art. 86°). Y se confirmó la autonomía del poder electoral (art. 88°). El 7 de septiembre de 1955, se promulgó la Ley N° 12391, Ley del Voto Femenino, o del reconocimiento de la mujer como ciudadana, por la cual las mujeres alfabetas mayores de edad (y mayores de 18 años casadas) podían elegir y ser elegidas. Desde entonces, la participación femenina modificó en un instante todo el mapa electoral peruano.

En las elecciones generales de 1956, la participación de la mujer fue la gran novedad que atrajo la atención de la población. Por primera vez las mujeres elegían y podían ser elegidas, ejerciendo su derecho ciudadano. Treinta fueron las mujeres de diversos departamentos del Perú que postularon para ocupar una curul en el Congreso de la República; veintiocho postularon para diputadas y dos para senadoras, llegando ocho a la Cámara Baja y una a la Cámara Alta¹⁰. La primera senadora peruana fue la ciudadana cajamarquina Irene Silva Linares de Santolalla¹¹.

En el prólogo del libro *Ochenta años de elecciones presidenciales en el Perú* (Lima, JNE, 2013), Francisco Miró Quesada Rada contrapone el «voto capacitario», referido al derecho de sufragio reservado a los alfabetos, con el «voto censitario», con el que alude al derecho de sufragio vinculado a las facultades ciudadanas reconocidas a las personas que acreditan bienes o rentas patrimoniales.

¹⁰ Archivo del JNE, «Registro de candidatas de 1956».

¹¹ Las ocho ciudadanas elegidas diputadas fueron: Matilde Pérez Palacio (Lima), Manuela C. Billinghamurst (Lima), Lola Blanco de la Rosa Sánchez (Ancash), Alicia Blanco Montesinos (Junín), María Mercedes Colina Lozano de Gotuzzo (La Libertad), Juana Ubillús Palacios (Loreto) y María Eleonora Silva Silva.

En la Constitución de 1993 se reconoce la presencia de una cuota de género en las listas, tanto para los gobiernos regionales como para los gobiernos locales. Así, el artículo 191° de nuestra Carta Política declara que «La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales».

En 1997 se norma la presencia de las cuotas de género en las listas para elecciones congresales. En efecto, la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, estableció que «las listas de candidatos al Congreso deben incluir un número no menor del 25 % de mujeres o de varones». Este porcentaje fue incrementado posteriormente hasta alcanzar el 30 %, extendiéndose también a las listas de candidatos a los concejos municipales y consejos regionales.

Es bueno subrayar que, no obstante constituir la mitad de la población ciudadana, la presencia de la mujer en cargos de representación política del Estado todavía está lejos de reflejar el ejercicio de una democracia paritaria, de una participación política con igualdad.

262

4.2. Los derechos ciudadanos de las personas con capacidades especiales, los analfabetos y los miembros de las Fuerzas Armadas y policiales

El 21 de diciembre de 1955, el JNE acordó la inscripción de los ciegos en el padrón electoral, sin lograr que participen en el proceso electoral sino hasta el proceso Constituyente de 1979. Precisamente en la Constitución de 1979, el Estado reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de los analfabetos, así como el voto de los peruanos residentes en el extranjero, con lo cual se modifica de manera sustantiva el panorama político y electoral del país, sentándose las bases sólidas del ejercicio del voto universal en el Perú.

En efecto, en las elecciones generales de 1980 se inicia en el Perú la universalización del voto, cuando los analfabetos y los residentes en el extranjero comienzan a participar activamente en la vida ciudadana. Posteriormente lo harían los miembros de las Fuerzas Armadas y policiales (con la limitación de ejercer solo su derecho de sufragio activo). El 2006, policías y militares sufragaron en las elecciones políticas generales y en las elecciones municipales y regionales por primera vez en el país.

Ya en la primera década de este siglo, al modificarse las leyes orgánicas de municipalidades y de gobiernos regionales, se incorpora la cuota joven, por

la cual se establece que las listas de candidatos a Concejo Municipal y Consejo Regional deben incluir un número no menor del 20 % de mujeres o de varones menores de 29 años. Para el caso de los concejos municipales, fue a partir de las elecciones de 2006, haciéndose extensivo para los consejos regionales a partir de las elecciones de 2010.

Es también en la Constitución de 1993 que se reconoce la existencia de la cuota nativa para hacer accesible la representación de comunidades nativas y pueblos originarios en los concejos municipales y consejos regionales. Al ser reformada el 2005 mediante Ley N° 28607, la Constitución amplía los alcances de la cuota nativa también para las comunidades campesinas.

Previamente, tanto en la Ley de Elecciones Regionales de 2002, como en la Ley de Elecciones Municipales modificada por la Ley N° 27734 (también de 2002), se establece un porcentaje del 15 % para los candidatos titulares representantes de las comunidades nativas y pueblos originarios en cada región donde existan, correspondiendo al JNE determinar las jurisdicciones respectivas para la aplicación de la cuota nativa. Debe precisarse que las leyes electorales no han actualizado a la fecha su texto de acuerdo con la reforma constitucional de 2005.

263

Dando cumplimiento a lo señalado en el art. 191° de la Constitución de 1993, el 2010, mediante acuerdo del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (resoluciones N° 247, N° 248 y N° 370 de 2010 del JNE), se incrementó un escaño en aquellos consejos regionales en donde existen comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios, ello con el fin de hacer accesible la representación del colectivo indígena.

Adicionalmente, el 2011 se promulga la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, de conformidad con lo establecido en el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado por el Perú en 1989, coincidente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobadas el 2007.

5. Balance de los últimos 82 años de elecciones en el Perú

Desde 1931 hasta 1993 actuando en solitario y luego, de manera coordinada con los demás organismos del Sistema Electoral (ONPE y RENIEC), hasta el 2014, el Jurado Nacional de Elecciones ha organizado, dirigido y fisca-

lizado 45 procesos electorales de carácter nacional, sin contar las elecciones complementarias a que hubieron lugar, así como las consultas populares, entre las que figuran los referendos y la consulta popular de revocatoria de autoridades, y las nuevas elecciones municipales¹².

En ese periodo, se eligieron diez presidentes de la República, se realizaron procesos para elegir representantes al Congreso, un plebiscito para la reforma constitucional de 1939, se eligieron a tres congresos constituyentes (1933, 1979 y 1993), a gobiernos regionales, a representantes del Parlamento Andino y a autoridades locales provinciales y distritales en todo el territorio de la República y, el 2013, por primera vez en la historia nacional, se realizó un proceso de consulta popular para la revocatoria de la alcaldesa y el Concejo Municipal de Lima Metropolitana, que llevó a las urnas a un tercio del electorado nacional.

Con la Constitución de 1993, se dividieron las funciones del Jurado Nacional de Elecciones, creándose dos nuevos organismos: el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) que, junto con el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), conforman el *sistema electoral* de la República (la doctrina electoral denomina a organismos de este tipo como *administración electoral*, término que no coincide con el plasmado en nuestra Carta Magna y que tiende a generar confusiones). Sus funciones y responsabilidades están establecidos en la Constitución y las leyes especiales de la materia, y juntas vienen trabajando coordinadamente, en un clima de respeto y confianza recíprocos.

264

Según establece la Constitución Política del Perú, la máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno que está compuesto por cinco miembros¹³ que son elegidos por un periodo de cuatro años¹⁴. Por mandato constitucional, preside el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones el representante de la Corte Suprema¹⁵.

¹²Según los datos del JNE, al 11 de noviembre de 2013, se han desarrollado 10 procesos generales de revocatoria de autoridades municipales (de 1997 a 2013), habiendo sido sometidos a procesos de consulta popular de revocatoria de autoridades 1124 alcaldes y 4179 regidores. De ese número, fueron revocados 303 alcaldes y 1437 regidores.

¹³Constitución Política del Perú de 1993, art. 179°.

¹⁴*Op. cit.*, art. 180°.

¹⁵*Op. cit.*, art. 179°, inc. 1.

6. Cuando la democracia peligra

Durante los ochenta y tres años de existencia del JNE, diversos han sido los momentos en los que la democracia ha sido relegada a un segundo plano, poniendo incluso en suspenso el ejercicio de los derechos cívicos, y atentándose no solo contra la institucionalidad democrática, sino incluso contra la vida de ciudadanos de a pie y autoridades.

Recordemos, por ejemplo, que el 16 de junio de 1962 se realizaron las elecciones generales en las que se disputaron el triunfo, voto a voto, Víctor Raúl Haya de la Torre, Fernando Belaúnde Terry y Manuel A. Odría. Finalmente, el triunfo favorecería al líder del Partido Aprista Peruano, con el 32.98 % de los votos, seguido del líder de Acción Popular, con el 32.13 % de las preferencias electorales. Detrás quedaría el líder de la Unión Nacional Odríista, con el 28.44 %¹⁶. La mayoría requerida en ese entonces exigía que el ganador obtuviera no menos de la tercera parte de los votos válidos. Si ninguno de los candidatos la obtenía, el Congreso de la República elegía al Presidente entre los tres candidatos que alcanzaron el mayor número de votos válidos¹⁷.

265

El 17 de julio de 1962, al mediodía, los medios de comunicación radio-televisivos propalaron un comunicado del Comando de la Fuerza Armada dirigido al Jurado Nacional de Elecciones, presidido por el doctor José Enrique Bustamante y Corzo, por el que se conminaba a la entidad electoral para que declarara nulas las elecciones. Bustamante y Corzo, a la sazón, un juez entrado en años y en las postrimerías de su vida pública, «*se mantuvo en sus trece. La ley es la ley, y la ley debe cumplirse, fue la fórmula de acero de quien carecía de armamento para sustentarla*»¹⁸. Pocos meses después, ya destituido del cargo por el gobierno de facto entrante, dejó de existir el Dr. Bustamante y Corzo, sin haber quebrantado su compromiso con la historia, la democracia y la ciudadanía¹⁹.

¹⁶ JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, *80 años de elecciones presidenciales en el Perú. 1931-2011*, Lima, Jurado Nacional de Elecciones, p. 160.

¹⁷ *Ibid.*, p. 157.

¹⁸ E. CHIRINOS SOTO, *Actores en el drama del Perú y del mundo*, Lima, Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1967, pp. 103 y ss.

¹⁹ *Loc. cit.* Enrique Chirinos Soto concluye: «El 18 de julio de 1962 fue vencido José Enrique Bustamante y Corzo. Patrullas rondaban a su casa. ¿Fue, en realidad, vencido?»

Asimismo, casi dos décadas después, cuando en 1980 el Perú retornaba a la democracia a través de la convocatoria a elecciones generales, el 17 de mayo (la víspera del día de sufragio), Sendero Luminoso inició su escalada terrorista quemando las ánforas y las cédulas de votación que el Jurado Nacional de Elecciones había dispuesto en el pueblo ayacuchano de Chuschi. Ese fue el primer acto terrorista perpetrado por Sendero Luminoso y su primer objetivo fue el Jurado Nacional de Elecciones, en su condición de garante de la voluntad popular reflejada en el voto.

Cinco años después, recuperada la democracia y en pleno proceso electoral para los siguientes comicios presidenciales, siendo Presidente del Jurado Nacional de Elecciones el doctor Domingo García Rada, Sendero Luminoso vio en el prestigio que proyectaba el doctor García Rada en la opinión pública, un símbolo de la buena relación entre el pueblo y la democracia²⁰, razón por la cual, el 24 de abril de 1985, atentó contra su vida en el primer acto terrorista urbano de trascendencia perpetrado por ese grupo terrorista y subversivo. El Dr. García Rada sobrevivió al cobarde atentado e incluso se reincorporó a su cargo de Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, pero renunció a los pocos meses, viviendo hasta 1994²¹. Por todo ello el JNE lo reconoce como un héroe de la civildad y la democracia. Su vida y obra son un ejemplo de rectitud, decencia y entrega al servicio del derecho y la justicia.

El día que rescatemos el Estado de derecho habremos los peruanos de poner sobre el severo túmulo donde reposen sus despojos algún lacónico epitafio como aquellos que los griegos dedicaban a sus héroes: “Aquí yace el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Cumplió la ley sin arredrarse. No tuvo otra recompensa que el insulto”.

²⁰M. LAUER, «En el centenario de Domingo García Rada», en el diario *La República*, edición del 21 de diciembre de 2012.

²¹En el mismo artículo, Mirko Lauer hace referencia a la anécdota que resalta la vocación democrática del doctor Domingo García Rada, cuando la dictadura del General Odría prohibió que José Luis Bustamante y Rivero volviera al país. El doctor Luis Bedoya Reyes, quien fue secretario y persona muy próxima de don José Luis Bustamante y Rivero, «presentó en 1955 un hábeas corpus sobre el tema, y García Rada emitió un voto singular contra ese veto, y con ello reveló su arbitrariedad», puntualiza Lauer.

Dos días antes de emitir fallo el Poder Judicial, del que el Dr. Domingo García Rada era Juez Supremo, el General Manuel Odría había llamado a Palacio de Gobierno al Dr. Domingo García Rada para conseguir su incondicionalidad. «No señor –le contestó García Rada–, el país me pide honradez y dedicación; la política se la dejo a usted».

Como se aprecia, incluso en los momentos terribles de la lucha contra la insania terrorista, surgieron valiosos ejemplos de fe ineludible en los principios democráticos, y un respeto supremo a los valores deontológicos que la confianza depositada por la ciudadanía implica. Ya en la última década del siglo pasado, el atentado contra la democracia se produjo de manera encubierta, agazapada en el quehacer cotidiano de las instituciones que debieron defenderla y no lo hicieron, enfrentadas ante la paradoja del eufemismo de una «democracia de baja intensidad». En esas circunstancias también hubo actitudes valientes, como la del doctor Juan Chávez Molina, quien dejó constancia con su voto singular, desde el Pleno del Jurado, dando cuenta de la magnitud y gravedad de los sucesos que enervaban nuestra democracia. Apenas poco después, los hechos le darían la razón, cuando, el 28 de julio de 2000, durante la denominada «Marcha de los Cuatro Suyos», infiltrados sembrados por la dictadura, que buscaban desprestigiar esta manifestación en defensa de la democracia, incendiaron el local del Banco de la Nación (en cuyo predio se ubica hoy el «Parque de la Democracia»), incendiando y saqueando, también, parte de los ambientes del Jurado Nacional de Elecciones, con lo que desaparecieron para siempre valiosos e irrecuperables archivos y documentos que constituían un trozo de la historia de la democracia de nuestro país.

El ejemplo del doctor Juan Chávez Molina, junto al de los doctores José Enrique Bustamante y Corzo, y Domingo García Rada, por citar solo algunos, constituye una guía a seguir para la ciudadanía, y su ejemplo nos ilumina como un faro perenne en la historia.

7. El Perú, firme y feliz por la unión²²

Durante toda la historia republicana (de 1821 a la fecha), se han sucedido 110 periodos de gobierno. De ellos, 57 son considerados constitucionales (ya sea porque tuvieron como origen un proceso electoral, o porque cumplieron el procedimiento establecido en la Constitución o la ley vigente de esa época), en tanto que 53 son considerados como autoritarios (ya sea porque tuvie-

²² El lema «Firme y feliz por la unión» fue aprobado mediante Orden del Congreso del 25 de febrero de 1825 y se acuñó durante el siglo XIX, primero en monedas de oro y luego en monedas de plata.

ron su origen en un golpe de Estado o autoproclamación, o por las condiciones de ejercicio del poder político durante dicho periodo).

En total, de los 193 años de historia republicana (de 1821 a 2014), 119 años corresponden a gobiernos constitucionales, y 74 corresponden a gobiernos autoritarios. Si hacemos este balance siglo por siglo, vemos que el siglo XIX se caracterizó por la inestabilidad generada por los golpes de Estado y las auto-proclamaciones.

En tanto que el siglo XX y comienzos del siglo XXI (del 1 de enero de 1900 al 31 de julio de 2014, se contabilizan 113 años y 7 meses) se caracterizan por el desarrollo de los elementos constitutivos de la democracia constitucional. De comienzos del siglo XX a julio de 2014, 58 años y 6 meses han correspondido a periodos de democracia, en tanto que 55 años y 1 mes han correspondido a periodos autoritarios²³.

En los 83 años de su existencia institucional, el Jurado Nacional de Elecciones ha sabido cumplir sus funciones, no solo impartiendo justicia en materia electoral con independencia, sino también realizando su labor registral en asuntos electorales, organizando (cuando le cupo en función) los procesos electorales correspondientes, y fiscalizando dichos actos, sino también desempeñando una función de investigación, monitoreo y control de la labor electoral, así como tareas educativas, fortaleciendo los conceptos que conforman la cultura democrática de nuestro pueblo, llegando incluso a los lugares más recónditos de la patria. Tal es el caso del Programa Voto Informado, que desarrolla el JNE como parte de su labor educativa en cada proceso electoral.

268

Es de resaltar la labor de la Escuela Electoral y de Gobernabilidad, de valiosa labor en la construcción de nuestra cultura electoral a través de conferencias y diversos eventos académicos, incluidos sus diplomados y sus maestrías en gobernabilidad y procesos electorales, así como la labor de preservación y difusión de nuestra memoria democrática colectiva, a través del Museo Electoral, creado el año 2005. El Museo Electoral del Perú es el primero en su tipo a

²³ F. TUESTA SOLDEVILLA, «Gobernantes del Perú» (consultada en «<http://blog.pucp.edu.pe/fernandotuesta/files/Informaci%C3%B3n%20General.pdf>») y «Mensajes presidenciales», en el Museo del Congreso y de la Inquisición (consultado en «<http://www.congreso.gob.pe/museo/museo04.htm>»).

nivel mundial y nuestro ejemplo viene siendo emulado por diversas instituciones similares, en el resto de la comunidad democrática del orbe.

Del mismo modo, aprovechando la información acumulada en estos 83 años de historia institucional, el Jurado ha sabido mantener durante las últimas presidencias la coherencia de una política institucional de desarrollo y modernidad, sistematizando esta data para crear el Mapa Político Electoral del Perú, y el Proyecto INFOGOB, que nos permiten, hoy en día, contar con herramientas electorales de gran valor para monitorear, generar indicadores, medir y propiciar mejoras en la cultura electoral de cada una de las jurisdicciones distritales, provinciales, regionales y a nivel nacional, a fin de consolidar la democracia viva que radica, en última instancia, en cada uno de los pobladores de nuestra patria.

Tanto el Mapa Político Electoral del Perú como la data sistematizada mediante INFOGOB, nos colocan a la vanguardia de América Latina. Si a ello le sumamos la suscripción de convenios de capacitación y cooperación interinstitucional con organismos nacionales e internacionales, que se han producido y se vienen manteniendo con renovado impulso en los últimos tiempos, las diversas propuestas de iniciativa legislativa en materia electoral presentadas al Congreso de la República, así como el prestigioso encargo que le cupo desempeñar al Jurando Nacional de Elecciones del Perú, al ocupar la Presidencia *pro tempore* de los Organismos Electorales de UNASUR, para el periodo 2012-2013, podemos afirmar con confianza que el Jurado Nacional de Elecciones ha sabido mantener incólume su autonomía e independencia, que se plasmó desde un inicio en su ideario institucional, cuando, en 1931, fue creado para asegurar «elecciones libérrimas con garantías perfectas» para todos los peruanos. Ese liderazgo fundacional se ha venido honrando a lo largo del tiempo y, con ello, la memoria de quienes sumaron esfuerzos para su creación, tributando con su liderazgo un homenaje a todos los que coadyuvaron para su engrandecimiento y consolidación, como el garante supremo de la voluntad del pueblo expresada en el sufragio.

8. Anexo

RELACIÓN DE PRESIDENTES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

- | | |
|--------------------------------|-------------|
| 1. Ernesto Araujo Álvarez | (1931-1939) |
| 2. Idelfonso E. Ballón Beltrán | (1939-1944) |

- | | |
|--------------------------------------|-------------------------|
| 3. José Enrique Bustamante y Corzo | (1944-1945 / 1961-1962) |
| 4. Fernando Palacios y Palacios | (1945-1947) |
| 5. Pelayo Puga y Puga | (1947-1949) |
| 6. Raúl A. Pinto Manchego | (1949-1955) |
| 7. César Augusto Lengua Uchulla | (1955-1961) |
| 8. Eleodoro Romero Romaña | (1962-1975) |
| 9. Ulises Montoya Manfredi | (1975-1980) |
| 10. Domingo García Rada | (1980-1985) |
| 11. Alejandro Bustamante Ugarte | (1985-1989) |
| 12. Carlos Castañeda Lafontaine | (1989-1992) |
| 13. César Polack Romero | (1992-1994) |
| 14. Ricardo Nugent López Chávez | (1994-1996) |
| 15. Álvaro Chocano Marina | (1996-1998) |
| 16. Luis Serpa Segura | (1998-1999) |
| 17. Alipio Montes de Oca Begazo | (1999-2000) |
| 18. Manuel Sánchez Palacios Paiva | (2000-2004) |
| 19. Enrique Javier Mendoza Ramírez | (2004-2008) |
| 20. Hugo Sivina Hurtado | (2008-2012) |
| 21. Francisco Artemio Távara Córdova | (2012-2016) |

ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

Hace algunos años, el eminente maestro José León Barandiarán presentó en un Congreso de Abogados en el Callao (1969) un proyecto de creación de un Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad. Según esta propuesta, debería existir a este alto nivel también un control de la legalidad. No tenemos mayores referencias sobre las fuentes que utilizó León Barandiarán, pero lo cierto es que la doctrina, la dogmática y los experimentos tribunalicios han ido en otro sentido. O sea, concebir un tribunal constitucional tan solo como defensor de la Constitución—custodio o guardián, como reza el título que dio Schmitt a su famoso libro de los años treinta del siglo pasado, tan descuidadamente traducido—y en tal caso, lo que hace un Tribunal Constitucional es defender la Constitución y más en concreto, la constitucionalidad del mundo infraconstitucional.

271

Es decir, en la mayoría de los casos, órganos concentrados, y el nuestro por cierto, tiene esa misión excelsa. Pero lamentablemente, esto no ha sido bien comprendido, por lo que vemos en diversa jurisprudencia, que es de fácil acceso, así como en textos doctrinarios no siempre bien inspirados.

Es cierto que contra esto se puede levantar la objeción de que todo el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, y se ha convertido en referente en todas las áreas del saber, como señaló en la década de los sesenta el constitucionalista francés Louis Favoreu. Y mucho antes, Pellegrino Rossi, el jurista italiano que enseñó durante años en la Universidad de París a mediados del ochocientos, lo expresó gráficamente al indicar que la Constitución contiene los tí-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

tulos o el nombre de los capítulos de todo el ordenamiento jurídico. Esto era un atisbo precursor en el siglo XIX, donde las constituciones existentes eran parcas, pero se ha vuelto realidad a mediados del siglo XX, en donde el 80 % de constituciones vigentes son extensas y, en todo caso, detalladas en temas que hace unos cien años, no hubieran llamado la atención. Y tendríamos así una dificultad en hacer tal distinción.

Pero es preciso distinguir entre lo que es la *ley* y lo que es la *Constitución*. El punto de partida del jurista contemporáneo debe ser la Constitución y no la ley, como todavía hacen algunos. Es decir, para muchos la ley sigue siendo objeto de respetuoso análisis y de veneración. Pero con tal visión, es obvio que podemos desviarnos de nuestro objetivo y llegar a conclusiones absurdas, como lo vemos con relativa frecuencia. Dicho en otras palabras: para resolver un caso hay que ver cuáles son sus elementos fácticos y realizar una operación de ida y vuelta. Ver en qué ley se apoyan, analizar su sustento constitucional y aplicar estos criterios para interpretar la ley. Esto es totalmente distinto de interpretar la Constitución desde la ley, como todavía se estila en gran parte del mundo forense.

272

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las leyes pueden tener como referencia a la Constitución de manera directa o de manera indirecta. Si es de manera directa, es obvio que la violación puede ser más clara y sobre todo más apreciada y quizá evidente. Pero si lo es de manera indirecta, el asunto se puede complicar. Veamos un ejemplo: el impuesto a las ventas (IGV o IVA en otros países) puede variar de 10 % a 15 %, a 20 % y quizá más... ¿Es inconstitucional la existencia de una tasa alta? No necesariamente. Hay normas que no son del todo razonables y quizá absurdas, y sin embargo son constitucionales. Aún más, en este punto, como en otros, existen las políticas públicas, que se ven, por ejemplo, en otros ámbitos del Derecho, como el penal, en donde las penas varían de acuerdo con los tiempos y las corrientes doctrinarias. Igual puede decirse de las multas de orden administrativo que a veces son excesivas. Lo que sucede en estos casos es que los excesos tienen a veces efectos contraproducentes (multas excesivas, por ejemplo, incentivan la corrupción e impuestos muy altos, fomentan la evasión tributaria). Pero en materia de impuestos, existe siempre el factor de «confiscatoriedad», que es el límite razonable que se pone al legislador. Este criterio se aprecia de diversas maneras: si es un impuesto a las ventas o a la transferencia de inmuebles, a la herencia o a la ganancia de capital. Hay que distinguir, por cierto, entre un impuesto alto y un impuesto confisca-

torio. Y esto no es fácil, si bien solo en fecha reciente ha sido abordado correctamente en materia de expropiaciones y esperamos que así permanezca en el futuro (STC N° 0319-2013 PA/TC).

De ahí la necesidad de distinguir el aspecto legal del aspecto constitucional, que es factible con un mínimo de esfuerzo. Veamos dos situaciones, que además han sido resueltas por nuestro Tribunal Constitucional de manera sorprendente, si bien aquí nos limitamos a señalarlas escuetamente. Ambas transitaron por la vía del amparo.

La primera es el caso de una conocida universidad, que interpuso un amparo frente a eventuales amenazas que venían de un tercero, que ponían en riesgo diversos derechos, en especial el de propiedad (STC N° 3347-2009-PA/TC). Estos bienes venían de una herencia, la cual es considerada, como se sabe, un derecho fundamental. En efecto, nuestra Constitución, así como los instrumentos internacionales, consagran el derecho a la propiedad y a la herencia. Pero en el caso de la herencia, esta se regula por el Código Civil, que precisa lo relativo a los testamentos, a los legados, al albacea, al tercio de libre disposición y las mandas testamentarias, entre otros. Se trataba pues de dos aspectos claramente definidos: por un lado un derecho constitucional a la herencia, y por otro derechos legales, como son los que contempla el derecho sucesorio, incluso la preterición que pudiera existir contra algún heredero o las cargas que soporta una herencia.

273

En esta oportunidad, el amparo no era procedente, pero la mayoría del Tribunal Constitucional lo declaró infundado y, para hacerlo, se basó en los testamentos existentes y en un largo *excursus* sobre derecho sucesorio que era totalmente irrelevante. Es decir, fueron orientados y guiados por el Código Civil y no por la Constitución.

La segunda era un problema societario (STC N° 0228-2009-PA/TC). Se llevó a cabo una junta general de accionistas, en la que al parecer hubo alguna irregularidad y uno de los socios no pudo aportar una cantidad adecuada en el aumento de capital social requerido, con lo cual luego del acuerdo, resultó que su porcentaje en el capital social se redujo a casi cero. El interesado consideró esto como un atentado contra su derecho a la propiedad, su derecho a contratar y a la igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional hizo un largo como meditado estudio de la situación creada y se respaldó en abundante doc-

trina y práctica mercantil y en la respectiva legislación de sociedades. Todo muy interesante, por cierto. Pero es sabido que si bien lo que aparentemente sucedió en esa junta de accionistas pudo tener quizá un remoto sustento en un principio constitucional, en la práctica afectaba prácticas y legislación mercantil, y nunca debió llegar al Tribunal Constitucional ni menos aún que este resolviese en tal sentido y de la manera como lo hizo. Las vías ordinarias eran las adecuadas para hacerlo.

Un caso similar por lo insólito lo tenemos en la STC N° 4378-2012-PA/TC, en donde se presentaba un agudo problema societario y en donde el Tribunal Constitucional llegó al extremo de ordenar que se reponga en su cargo a un gerente general cesado, pese a tratarse de un funcionario de confianza, lo que involucraba un problema laboral.

Es cierto que en contra de todo esto se puede señalar que existe jurisprudencia muy clara y reiterada en el sentido de que las causas que resuelve el máximo colegiado son solo cuando tenemos una clara, directa y manifiesta violación de un derecho constitucional y no otra cosa (STC N° 4028-2012-PA/TC). Pero esto se queda en el marco de las buenas intenciones, pues no siempre se cumple, pese a que desde hace años estos criterios constituyen precedente vinculante (STC N° 2877-2005-AA). Pero sobre esto volveremos más adelante.

274

Lo importante es que lo estrictamente constitucional, de afectación directa y sobre todo cuando no hay otra vía, es cuando se abre el proceso constitucional, teniendo en cuenta que el Código Procesal Constitucional, a diferencia de su predecesora, la Ley N° 23506, optó por el carácter residual del amparo. Este aspecto, sin embargo, merece un estudio aparte.

La consecuencia de no distinguir entre la ley y la Constitución, es que a la larga la vía procesal constitucional se ensancha innecesariamente y se vuelve un sustitutorio de las vías ordinarias. Como principio general, lo legal va a las vías judiciales ordinarias, mientras que lo constitucional, con determinadas características, va a la vía constitucional.

Naturalmente existen casos límites que siempre son atendibles, pero en vía de excepción. Esto se ve claramente en asuntos previsionales, en donde la conocida política de «perro muerto» que practica el Estado peruano ocurre a menudo. Y aun así, hay que actuar restrictivamente.

Dentro de este universo de pretensiones, las que más necesitan atención son, sin lugar a dudas, las de amparo, pues son generalmente muy genéricas y cubren muchos derechos. Distinto es el caso del hábeas corpus, pues el valor que protege es más importante y muchas veces se juega la libertad y la dignidad de la persona humana. Por ello Carnelutti, con algo de ironía, escribió alguna vez que el derecho civil es la ciencia del haber y el derecho penal es la ciencia del ser.

Un problema procesal que se presenta con antelación a la llegada de un expediente al más alto Tribunal, es lo que pasa en las instancias judiciales previas. *Grosso modo*, diremos que apreciamos lo siguiente:

a) Jueces que apuestan por la improcedencia. Es más fácil y no hay mucho que argumentar. Esta decisión normalmente se apela y llega a los jueces superiores, quienes generalmente ratifican lo decidido.

b) Los jueces están desbordados de trabajo y generalmente no leen, les hacen las sentencias y ni siquiera revisan el expediente. Con esta actitud, se puede llegar a lamentables errores.

c) Jueces que no tienen idea de lo que es la materia constitucional. En este supuesto, tramitan todo y todo lo aprueban, bajo la falsa idea de un supuesto garantismo. O quizá todo lo niegan, pues no entienden de qué se trata.

Por cierto que hay excepciones y algunas notables, pero son pocas y además no modifican las líneas tendenciales existentes. Aquí tenemos en realidad dos problemas, que en cierto sentido pueden separarse. Por un lado, el Estado no tiene ningún aprecio por el sistema de justicia y le exige mucho dándole muy poco o nada. Por otro, el juez por lo general hace muy poco esfuerzo o quizá ninguno, para aliviar este enorme problema que le plantea la jurisdicción constitucional.

Otro cuestionamiento serio que mereció nuestra atención hace algunos años, es lo que la doctrina conoce como «guerra de las cortes». Y que motivó

muchas polémicas por las invasiones –en muchos casos palpables– que hacía el Tribunal Constitucional afectando a otros poderes del Estado, en especial el Poder Judicial. Y si bien el problema ha amainado notablemente, tiende a aparecer en forma recurrente, como se ve en el reciente caso STC N° 3116-2012-PHC/TC, que mereció un rechazo contundente de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, como puede verse en los medios de la época (en el diario *El Comercio* aviso de página entera de 6 de octubre de 2013).

Y si bien las aristas del problema se han matizado notablemente, por una especie de prudencia institucional, dista mucho de haber sido resuelto, y amerita un esfuerzo doctrinario y académico para señalar territorios en forma pacífica. Es decir, cuándo y en qué circunstancias el Tribunal Constitucional puede ejercer la delicada atribución de revisar resoluciones judiciales firmes. Y en qué circunstancias no debe hacerlo.

276

Una fórmula en la cual se ha pensado para aligerar la carga procesal constitucional, es denegar de plano y en el Tribunal Constitucional, los recursos de agravio constitucional (RAC) que no resistan un buen análisis; es decir, que carezcan de una adecuada fundamentación, que no tengan especial relevancia constitucional o contradigan precedentes vinculantes o resoluciones en casos análogos. Es decir, un *certiorari* criollo y *sui generis* que impedirá, por un lado, el exceso y, por otro, el abuso en el empleo de los procesos constitucionales. Y a su vez no abordar problemas que son más bien de orden legal y son carga procesal que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Así lo establece la reciente STCN° 0987-2014-PA/TC de 6 de agosto en curso, mediante la así denominada «sentencia interlocutoria denegatoria» y que se hará «sin más trámite» [*sic*]. Y si bien esto último en sustancia reitera lo expuesto anteriormente, tiene la novedad de que será expedida sin escuchar al quejoso, lo cual puede lindar con la inconstitucionalidad y crear indefensión. Con todo, siendo tan reciente este nuevo precedente, nos falta perspectiva para ver si realmente funciona. Y sobre todo, la manera cómo funciona.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RECONSTITUTIVA*

ANTOINE GARAPON**

RESUMEN

El presente trabajo contrapone dos versiones de la justicia transicional: para la primera, minimalista, se trata de una justicia ordinaria que solo es excepcional porque debe ejercerse en condiciones extremas que no afectan sin embargo a su naturaleza. En cambio, en la segunda concepción, la justicia sale profundamente transformada ante el tipo de violencia política que debe afrontar, e inaugura de forma permanente una posición diferente de la justicia en la democracia. El sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, el crimen contra la humanidad, es esta exigencia de repensar el papel de la justicia asignándole la tarea de proteger la política de sus gérmenes totalitarios, inherentes a la política misma. En este sentido, la justicia transicional no debe suprimir todo conflicto, ni desterrar toda vida política *sino civilizarla*, trazando claramente la frontera de lo inaceptable.

277

PALABRAS CLAVES

Justicia transicional, crimen contra la humanidad, enfoque político, arraigo, justicia reconstitutiva.

El término «*justice transitionnelle*» o «justicia transicional» suena mal tanto en francés como en castellano. Quizá porque está formado a partir de una traducción del inglés *transitional justice*. ¿Podemos encontrar uno mejor? ¿Justicia en transición? La expresión es ambigua ya que no es la justicia sino el país el que está en transición; «justicia postconflicto» no es tampoco demasiado afortunado y, además, vacía la dimensión preventiva, que es sin duda esencial. Si no suena del todo bien el término en francés o castellano es por razones de eufonía y también porque parece ligado a una visión pragmá-

* Traducción de Emilia Bea.

** Doctor en Derecho y Secretario General del Instituto de Altos Estudios sobre la Justicia (IHEJ) de París.

tica o técnica de la justicia y de las diferentes modalidades de reconciliación, en detrimento de una concepción más profunda del papel de la justicia en las democracias modernas. Hay que superar la visión puramente instrumental de la justicia transicional, mayoritaria en la actualidad, para restituirle su papel político, al que aquí llamaremos función reconstitutiva de la justicia.

Los crímenes en masa: ¿un *problem* o un derrumbe político?

Todo pensamiento sobre la justicia en transición es tributario de la comprensión de las acciones violentas en sí mismas. ¿Deben ser tratadas como cualquier otro problema de gobernanza, como un cierto desafío técnico, o como un derrumbe político? Influida por la época, un cierto enfoque de la llamada justicia postconflicto traslada al terreno extremo de los crímenes masivos los mismos métodos que se imponen hoy en todos los sectores, esto es, un método cuantitativo y mecanicista: «¿Qué es lo que pasa? ¿Dónde? ¿Y por qué?» La respuesta a estas cuestiones debería poner de manifiesto la o las soluciones más «científicas», que tendrían por tanto mayores posibilidades de ser eficaces en cualquier contexto.

278

Un crimen de derecho común puede ser considerado como un *problem* en el sentido de que lo que se juzga es un comportamiento individual, desprovisto *a priori* de toda dimensión política pero que traduce una voluntad antisocial. No ocurre lo mismo con los conflictos de que trata la justicia transicional. La dictadura no es un *problem*, y tampoco lo es el asesinato en masa: son crisis políticas de primer orden que deben ser analizadas y tratadas como tales, pues apelan a soluciones de la misma naturaleza, es decir, políticas y no técnicas. Si la guerra es la continuación de la política por otros medios, el silencio de las armas y el fin temporal de un conflicto sangriento no impiden que la política continúe y que existan pretensiones en pugna por el control de los recursos, pues nuestra condición política es así. Por ello, al reducirse a un simple problema de gobernanza, la justicia transicional solo da cuenta de una parte de la cuestión desechando otra parte tan importante o más: *¿cómo regenerar la política si no podemos escapar de nuestra condición política?*

El imposible abandono de la política

El postulado fundador de toda la justicia penal referida al crimen contra la humanidad consiste en asimilar un acto de naturaleza política –como la definición de un programa o la conducción de la guerra– a la delincuencia de

derecho común. Aunque constituye un avance al aportar una respuesta a comportamientos bárbaros, este postulado borra la dimensión propiamente política de una violencia irreductible a la violencia de derecho común. ¿Por qué? Porque los crímenes no son cometidos necesariamente como una transgresión; ni jurídicamente, porque a veces han sido enmarcados dentro de la ley, ni psicológicamente, porque el móvil puede no ser deshonesto sino referido a la defensa de su comunidad o a la idea del bienestar de todos (o del mayor número). Si bien el acto es el mismo –matar, secuestrar, herir– el móvil no es la apropiación personal, el beneficio fraudulento o el aprovechamiento indebido. Este es el caso del antiguo director del centro S-21 (unidad de servicios de seguridad de los jemeres rojos en Nom Pen), Kaing Guek Eav alias «Duch» (nombre de un personaje de los manuales escolares que simbolizaba al alumno ejemplar), cuya conciencia política y profesional había llegado a suplantar a su propia conciencia; él no sacaba ningún beneficio personal de su función. Ni se excedía en sus atribuciones al servicio del partido ni mostraba ningún sadismo en la ejecución de sus tareas. El personaje¹ no tiene ni el narcisismo de un Eichmann, ni la arrogancia del oficial alemán con el que coincidió Primo Levi en Auschwitz, ni los complejos de un Goebbels. Se trata de una fuerte personalidad pero exenta de todo tipo de perversión según parece (¿no ha llevado una vida tranquila convirtiéndose al cristianismo tras la caída del régimen jemere?). «Una personalidad de tipo obsesivo pero sin neurosis», dicen de él los psicólogos. Duch se consagró por completo a la revolución y a su programa de creación de un hombre nuevo. Durante todo el proceso, mostró un gran dominio de sus emociones, reconoció gran parte de los hechos y presentó sus excusas a las víctimas en numerosas ocasiones.

No es por consiguiente en la personalidad de Duch en la que hay que buscar la explicación del crimen en masa que ha ensangrentado el país, contrariamente a lo que afirma David Chandler²: «Para encontrar la fuente del mal puesto en práctica a diario en S-21, no debemos mirar más allá de nosotros mismos». Esta frase, que resume a la perfección una especie de vulgata de la litera-

¹ Véase a este respecto T. CRUVELIER, *Le Maître des aveux*, Paris, Gallimard, 2011; véase también M. LEMONDE, con colaboración de J. REYNAUD, *Un juge face aux Khmers rouges*, Paris, Le Seuil, 2013.

² D. CHANDLER, *Voices from S-21: Terror and History in Pol Pot's Secret Prison*, University of California Press, 2000.

tura de la justicia transicional, sitúa el crimen en el terreno de la inmoralidad individual, como si el mal de los crímenes masivos naciera de esa ambivalencia que tanto nos vuelve proclives a hacer el bien como nos inclina a cometer actos espantosos. Pero no es al hombre al que hay que mirar sino al régimen político. No es Sigmund Freud quien nos desvelará el secreto que se oculta en Camboya sino más bien Claude Lefort o Myriam Revault d'Allonnes³. ¿Por qué buscar en una psicología particular lo que es materia propia del *mal político*?

El interés del proceso de Nom Pen, en el que la cuestión racial no ocupa el lugar central que tiene en la Shoah o en Ruanda, consiste en volver a poner la dimensión política en el centro del asesinato en masa. Por ello, hay que reinscribir el genocidio en la categoría de los crímenes contra la humanidad y no convertirlo en «el crimen de los crímenes». El escándalo absoluto de la destrucción de un grupo a causa de su religión o de su pertenencia étnica no debe hacer olvidar que es ante todo el fruto de una política. El sufrimiento insostenible de las víctimas se muestra impotente a la hora de fundar por sí mismo la necesidad de una justicia ante el desplome de la política. La realidad abominable del crimen masivo —sobre todo cuando es administrado con tanta conciencia profesional— es el síntoma de un mal; designa el mal político pero no lo cura. Partir de la violencia extrema, de la crueldad inaudita, es quizá un intento errático. «Está a punto de condenar humo», replica un campesino durante una acción de sensibilización (*outreach program*), es decir, de promoción de la Cámara Extraordinaria del Tribunal de Camboya (CETC). «Debemos buscar el origen del incendio. Quiero saber por qué han matado a tanta gente»⁴. ¿Es solo imputable a la adhesión glacial de Duch?

280

El mal político ha ido ligado a una racionalidad que no es reductible a la psique individual. «Racionalidad específica, mal específico», escribe Paul Ricoeur, «hay que mantener esta paradoja: el mal mayor va unido a la racionalidad mayor, hay una alienación política *porque* lo político es relativamente autónomo»⁵. Partiendo de la ciudad se comprende al ciudadano y viceversa. En

³ M. REVAULT D'ALLONNES, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essai sur le mal politique*, Paris, Flammarion-Champs essai, reed. 2010, 1^o éd., 1995 (*Lo que el hombre hace al hombre. Ensayo sobre el mal político*, Madrid, Amorrortu, 2010).

⁴ T. CRUVELLIER, *Le Maître des aveux*, Paris, Gallimard, 2012, p. 91.

⁵ P. RICŒUR, *Historia y verdad*, Madrid, Encuentro, 1990, pp. 230-231 (*Histoire et vérité*, Paris, Le Seuil, 1955, p. 262).

todos los casos, es imposible concebir al individuo *ex nihilo*, como si no tuviera necesidad de lo político para acceder a su identidad individual. La política para Ricœur permite al hombre alcanzar un bien inalcanzable de otro modo, un bien que es una parte de la razón y de su felicidad, pero también de su desgracia.

Una perversión y no una suspensión de la ley

¿Qué se le puede reprochar exactamente a Duch? ¿No haber dimitido? ¿Haber mostrado demasiado celo en sus convicciones comunistas? ¿No haber reaccionado con aquello que sus emociones debieron haberle mostrado, esto es, con piedad ante el sufrimiento extremo de los demás? ¡Pero si era incapaz de experimentarla incluso hacia sí mismo! No era un aprovechado. Todo el trabajo de Duch provenía de la ley o, mejor, de un reglamento que debía aplicar con gran meticulosidad. Duch lo cumplía con la convicción de que también a él lo aplastaría en su momento. Los prisioneros que estaban a su cargo en S-21 eran antiguos dignatarios y responsables del régimen jemer rojo. Era plenamente consciente de que un día también él sería uno de ellos. Pero no se detenía por esto. ¿Por qué? Quien comprenda el absurdo de un crimen cometido bajo la ley y con la conciencia de un funcionario, habrá penetrado en el enigma del totalitarismo.

281

Duch le dice a un alto dirigente del Angkar que se rebela rompiendo una pluma de escribir o un vaso durante el interrogatorio: «No te queda más remedio que confesarte al partido por medio de mí. Y él lo comprende»⁶. La confesión no es una confesión sino un gesto de sumisión al partido, el último acto del hombre totalizado que renuncia a sí mismo definitivamente sacrificándose por el partido. La similitud con los análisis de Claude Lefort en *La Complication* resulta sorprendente⁷. «La ley se plasma en un tejido de reglas que pone a todos bajo su filo; el pensamiento se restringe a un saber sin fisuras; el poder no tolera nada que esté más allá»⁸.

El análisis de este nuevo tipo de crímenes nos conduce al corazón de la naturaleza del totalitarismo, que es «la identificación del cuerpo comunista con

⁶ T. CRUVELLIER, *Le maître des aveux*, op. cit., p. 77.

⁷ C. LEFORT, *La complication. Retour sur le communisme*, Paris, Fayard, 1999 (*La complicación. Retorno sobre el comunismo*, Buenos Aires, Prometeo, 2013).

⁸ *Ibid.*

la ley bajo cuyo efecto cada cual se siente ante la obligación de querer, de pensar y de actuar del mismo modo⁹». Hannah Arendt veía aquí «una separación entre el pensamiento y la experiencia¹⁰», y Lefort analiza sobre todo el mandato inquietante de no pensar. El totalitarismo se caracteriza por tanto por una intrincación entre poder, saber y ley. Los sistemas totalitarios disponen de textos que tienen todas las cualidades formales de la ley, que ejercen el mismo efecto sobre las conciencias pero sin ostentar el lugar que le corresponde a la ley en la democracia: el de una exterioridad que no puede ser objeto de apropiación por nadie.

El mal está en este reglamento demencial de S-21, y no únicamente en la ambivalencia de Duch. El asesinato de escritorio es una responsabilidad criminal compartida por el sujeto y el reglamento administrativo. Invierte la carga moral, que pasa del respeto a la ley al coraje de oponerse a ella. Un coraje realmente peligroso pues se expone al arbitrio del juez individual.

Estamos en presencia de una desnaturalización de la idea de ley, muy diferente de la tiranía que se correspondería con la suspensión de la ley (suspensión a veces habilitada por el Senado durante un tiempo determinado como en Roma). En esta situación, el remedio no se presta a discusión: consiste en *restablecer* la ley. El principio de la restauración resulta evidente, aunque su realización pueda ser difícil. Esta evidencia sirve de base para justificar un determinado pensamiento sobre la justicia transicional que sostiene que el objetivo del proceso no es problemático: es el *rule of law*. Pero esta perspectiva se muestra muy limitada a la hora de reaccionar contra una violencia que no se lleva a cabo *contra* la ley sino *por* la ley. Mientras que la violencia política ha sido entendida hasta la actualidad como una consecuencia de la arbitrariedad, es decir, de la anulación o de la suspensión de la ley, la observación de la violencia totalitaria obliga a definirla como una *perversión* de la ley.

La constatación de una perversión de la ley obliga a superar el simple criterio formal de la ley que se ha hecho insuficiente. Se hace necesario repensar el papel de la justicia: este es el sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, los crímenes contra la humanidad. Estos crímenes son más que una extensión del derecho penal al comportamiento en la guerra o a la elaboración de una política: indican una nueva misión de la justicia que consis-

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

te en proteger la política de sus gérmenes totalitarios, gérmenes agravados al extremo por los regímenes totalitarios pero que están latentes en nuestras democracias, en tanto que son inherentes a la política misma.

¿Abandonar, restaurar o regenerar la política?

El reconocimiento de la naturaleza política de la violencia masiva, más allá de la diversidad de las situaciones, obliga en primer lugar a tomar en consideración la dimensión política de la justicia, lo que raramente se hace, salvo algunas excepciones, por parte de las ONG's. Muchas de ellas, ajenas a los medios de coerción, tratan de limitarse a las instituciones formales. Es probablemente inevitable dado que las ONG's se concentran en un objetivo preciso y claro. Por lo contrario, la política, que es englobante, tiene una vocación universal, es decir, ha de abordar todos los temas. Ello implica acometer las causas de la violencia y de la degradación del clima que ha justificado los crímenes. El remedio definitivo puede encontrarse en una reforma agraria como en Colombia o en un reparto más justo de las reservas de petróleo como en Nigeria. La justicia transicional debe integrar por tanto una dimensión política pero no importa de qué política se trate.

283

Partir de la perversión totalitaria de la ley diseña *a contrario* el tipo de política que se espera en adelante de la justicia, incluso más allá de los contextos totalitarios que, salvo Corea del Norte, resultan hoy extraños. La violencia masiva puede tomar actualmente formas muy diferentes. Un análisis del desmoronamiento político, no como suspensión temporal de la ley ni como simple arbitrariedad sino como perversión totalitaria de la ley, de la fuerza uniformizadora y opresiva del Uno, obliga a pensar de forma diferente el papel de la justicia durante la transición. El papel de la ley ya no se restringe meramente a limitar las violencias arbitrarias como ocurre con la ley positiva, sino a colocar en el centro del pacto político la dimensión universal de la ley que impide toda implosión totalitaria y previene o retarda todo ensimismamiento nacionalista. Este es el sentido que hay que dar a la idea de *rule of law* para liberarla de sus ambigüedades neoliberales¹¹ y de la dimensión mágica que ha adquirido en el gospel actual, y llevarla a su más alto nivel como hizo Tom Bingham¹² concepto

¹¹ Sobre el tema véase el libro de R. PLANT, *The Neo-Liberal State and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹² T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londres, Penguin Global, 2010.

expresado en inglés se hace pues plenamente traducible hoy como *esta función regeneradora y estabilizadora del derecho*. La ley regenera lo político, puesto en entredicho por el crimen, al señalar un lugar –lo universal– que le escapará en adelante.

El valor paradójico de la división

Apelando al perdón y a la reconciliación, los procesos de justicia transicional corren el riesgo de rechazar la propia idea de conflicto; la paz duradera solo sería así concebible en la búsqueda de la unidad y del consenso. Pero también aquí las enseñanzas del totalitarismo deben ser meditadas. Una búsqueda de la unidad social y política a cualquier precio, pasando por la eliminación de quienes aparecen como intrusos o traidores, desemboca en una lógica idéntica a la que se quiere combatir. Es el riesgo que acecha en la actualidad a un país como Ruanda. «La apuesta de las políticas de transición debería articularse más bien en torno a la necesidad de romper con esta empresa de unificación a fin de permitir el respeto del pluralismo democrático a la hora de refundar una cierta unidad nacional y el vínculo social que la violencia ha destruido»¹³. Los procesos de justicia transicional contribuyen a una estabilización de las sociedades en conflicto pero a menudo son ellos mismos, en un primer momento, fuente de confusión a la hora de poner en juego la acusación y la redistribución política que entrañan. Estos efectos no deben ser ocultados ni temidos: son el signo de los efectos de ruptura efectivos producidos y sustentados por estos mecanismos.

284

La nueva posición de la ley se alimenta de valores universales de dignidad humana pero reconoce asimismo la presencia indefectible de la división. El objetivo de la justicia transicional no consiste por tanto en suprimir todo conflicto, ni en desterrar toda vida política *sino en civilizarla*, trazando claramente la frontera de lo inaceptable. La ley mantiene a la sociedad civil a la distancia justa previniendo por una parte de la absorción totalitaria del derecho en la política, y por otra, de la ilusión de la entrada en un mundo pospolítico, de un *rule of law* que habría desechado toda política. El derecho debe armar los contrapoderes y al mismo tiempo construir el poder, apuesta fundamental en la reconstrucción de los países destruidos.

¹³ *Ibid.*

Una función reconstitutiva: el nuevo horizonte de la justicia transicional

Para comprender a la vez la sutileza y la profundidad de lo que está en juego, nos proponemos contraponer dos versiones de la justicia transicional: para la primera, minimalista, la justicia transicional es una justicia ordinaria que solo es excepcional porque debe ejercerse en condiciones extremas que no afectan sin embargo a su naturaleza; estas formas pueden ser innovadoras pero su objetivo es desaparecer cuando su misión sea cumplida. Para la otra concepción, por lo contrario, la justicia sale profundamente transformada ante el tipo de violencia política que debe tratar, e inaugura de forma permanente una nueva posición de la justicia en la democracia.

La justicia transicional ya no se define por *condiciones* o *formas* particulares sino como una *categoría* de justicia en el mismo plano que la justicia correctiva o distributiva. La novedad de esta nueva categoría de justicia sería la consecuencia directa de la naturaleza del totalitarismo ligada a la modernidad democrática. La salida del totalitarismo apela a la nueva posición de la justicia en la democracia que la justicia transicional señala. Esta no solo sale momentáneamente reforzada sino también ontológicamente transformada. Intentaremos resumir las diferencias entre estas dos versiones débil y fuerte de la justicia transicional en el cuadro siguiente:

VERSIÓN DÉBIL DE LA JUSTICIA EN TRANSICIÓN	LA JUSTICIA RECONSTITUTIVA: UNA VERSIÓN FUERTE DE LA JUSTICIA EN TRANSICIÓN
Transición-paso de la violencia a la paz	Transición-vínculo entre los crímenes y los derechos
El crimen contra la humanidad entendido como un <i>problem</i>	El crimen contra la humanidad analizado como un derrumbe político (mal político)
Poner garantías cortafuegos	Extraer lecciones para sacar del mal la energía del bien
Tiempo lineal	Tiempo regenerador
La justicia es un instrumento de retorno a la paz	La justicia es una nueva dimensión de la política
Procedimental	Material
Sueño de reencontrar una soberanía intacta	Fragilidad asumida de la política

Una visión instrumental	Un escenario simbólico
Justicia en kit	Búsqueda de una fórmula adaptada
Reconstructiva	Reconstitutiva
Enfoque criminológico	Enfoque político
El crimen contra la humanidad es un mal exterior y una violencia criminal	El crimen contra la humanidad es una violencia política
Desaparición (o suspensión) de la ley	Perversión de la ley
El mal es exorcizado	La posibilidad del mal es interiorizada
Restablecimiento simple de un mecanismo	Sacar enseñanzas para una nueva consideración de las instituciones (una ética de la violencia limitada)
La idea de justicia no cambia, solo las condiciones son excepcionales	La justicia transicional inaugura una nueva categoría de justicia
La justicia en un intervalo temporal	La justicia en una dialéctica de la fundación y del tiempo ordinario
Movimiento	Arraigo

¿Garantizar un paso o tejer un vínculo?

El adjetivo «transicional» es un neologismo procedente del inglés. La traducción correcta de *transitional* es «transitorio» que significa: «pasajero, temporal, que cubre el intervalo entre un estado de cosas y otro»¹⁴. Esta definición implica dos consecuencias: en primer lugar, supone que los dos términos entre los que se debe producir la transición son fijos y reconocibles. La justicia transitoria debe asegurar el paso entre una ola de masacres y horrores administrativos a la que hay que poner fin, por un lado, y la democracia, por otro lado; entre un *terminus a quo* siempre diferente y un *terminus ad quem* siempre idéntico, que es la democracia parlamentaria. Tal necesidad de la democracia plantea un problema, como si constituyera el término casi ineluctable de todo proceso de

¹⁴ «Qui ne fait que passer, qui ne dure pas; intérimaire, qui remplit l'intervalle d'un état de choses à un autre», en *Dictionnaire de français Littré*, «transitoire», consultado en «<http://littrereverso.net/dictionnairefrancais/definition/transitoire>».

transición. El desenlace consistiría en llevar a un pueblo a aceptar lo que ha sido elegido por otros y que debe ser visto con razón como el mejor régimen posible, el más compatible con el resto del mundo. ¡Cómo nos gustaría creerlo!

¿Construir o (re)constituir?

El término de *restorative justice*, o justicia restaurativa, es igualmente insatisfactorio pues a través de la idea de reconstrucción postula el retorno a lo mismo. Pero no basta con una proclamación, hay que instituir. La idea débil de justicia transicional supone, por una parte, centrarse más en la justicia que en la política y, por otra parte, ver la transición como *movimiento*, cuando el verdadero problema es el *arraigo*.

La justicia reconstitutiva, es decir, la justicia transicional en la versión que defendemos, designa una política (más que una justicia *stricto sensu*) pero que se sitúa en un nivel distinto de lo que se entiende habitualmente por política. La política que hay que promover es fundacional, más propiamente instituyente que constituyente. Exige pensar la fundación, el arte de instituir que excede el *institutional design* al valorar el contexto concreto e invertir la lógica del «one size fits all» (esto es, literalmente: ¡«medir a todos con el mismo rasero»!). Pero se corre un riesgo semejante si se magnifica la «política» sin definirla. ¿Qué significa rehacer la política? Supone tomar en consideración no solo los mecanismos sino también la creencia en las instituciones, no conformarse con un enfoque formal que restablecería la omnipotencia casi mágica de la forma jurídica capaz de realizar inmediatamente lo que anuncia. Todos los países tienen su propia historia que hay que tener en cuenta. Algunos de ellos han tenido un Estado, otros no; en algunos países el ejército juega un papel especial, en otros no.

287

La tarea de construir una democracia es tanto más delicada cuanto esta forma de gobierno no puede invocar ninguna tradición tras un periodo de violencia masiva, ni ninguna transcendencia puesto que se funda sobre su rechazo: necesita forjarse su propia simbología, fundar nuevas creencias, a menudo al precio de desechar otras; sin embargo, estas pueden parecer muy frágiles comparadas precisamente con la tradición. La fase transicional no conlleva una suspensión de la política, sino que, por lo contrario, al menos una parte sueña a menudo con la revancha; continúa haciendo política cuando los otros quieren reconciliarse. De aquí los malentendidos o incluso los inmensos fracasos.

Nunca la democracia parecería más próxima, aunque tampoco nunca podría ser más frágil y hasta más artificial. Remite a la artificialidad de la política que es una de sus dimensiones. Tiene a favor la indignación ante la injusticia pero en contra, su fragilidad.

La justicia transicional se enfrenta a dos cuestiones esenciales: en primer lugar, ¿qué significa fundar un nuevo régimen?, ¿es únicamente una cuestión de formas constitucionales y jurídicas?, ¿está condenada solo a *refundar*? La segunda es aún más terrible: ¿se puede fundar sin una potente energía, o sea, sin violencia?

Estado de excepción, estado de transición

Se corre siempre el riesgo de una representación ingenua de la democracia como si se pudiera abolir el tiempo y plantear la constitución en un espacio atemporal, aséptico, en ingravidez política: pero hemos visto que el estado de transición es todo lo contrario.

288

Numerosos escenarios de justicia transicional padecen un vicio en cierto modo constitutivo. Pretenden abstraerse de la política en un contexto muy frágil, suspender las relaciones de fuerza en un momento en que las armas todavía están en plena circulación, actuar en derecho, pero ¿a partir de qué? Ocultar este reto es un poco como querer reparar y repintar el casco de un barco en alta mar, sin que se pueda sacar del agua. No es necesario aplazar las reparaciones y tratar de avanzar mal que bien, esperando que el movimiento baste para impedir que el agua penetre (como parece hacer el presidente Ouattara apostando por la economía). Hay que emprender las reparaciones inmediatamente pues va en ello la supervivencia de toda la tripulación, pero hay que pensarlas junto a la manera de hacer avanzar la nave. No se trata de escapar del «sueño legalista» de una justicia pura y autosuficiente para proclamar la superioridad de la política en un «realismo mal entendido», sino de pensar conjuntamente el desafío político y el desafío jurídico que plantea la situación de transición.

Para caracterizar este momento particular de postconflicto, tomaremos el modelo del estado de excepción, del que la justicia transicional es la imagen invertida; más que como justicia transicional, proponemos pensarla como simetría inversa del estado de excepción y llamarla, por tanto, justicia en *estado de transición*. Como el estado de excepción, el estado de transición está motivado

por condiciones políticas excepcionales. Al igual que el estado de excepción procede de una relajación, es decir, de una transgresión de los principios del derecho pero en nombre del derecho y por el derecho, el estado de transición debe sustentar una nueva relación con el derecho en nombre de principios superiores de justicia.

El abandono de la política en las mentes de algunos pensadores de la justicia transicional les permite pretender dar a las fábulas políticas una realidad inmediata: el pacto de ciudadanía, el pacto cívico (se creen en realidad americanos sin historia que quieren dotarse de una Constitución como en 1786). Se representan el nacimiento del Estado bajo la forma de un *covenant* exponiéndose a rechazar el hecho de que son las formas culturales las que tienen a su cargo la construcción de los sujetos.

No es por tanto la ruptura el problema de la justicia transicional, sino la *continuidad*, la necesaria continuidad, la que no pudo ver Núremberg (la que la administración americana ha infravalorado en Irak, por ejemplo). El problema de la transición se encuentra en lo que ella rechaza, en lo que niega incluso: esto es, en la *permanencia del pasado precisamente*.

289

Cuando las instituciones políticas de un régimen se hunden, no hay *nada*; subsiste el sostén antropológico de la sociedad, es decir, los sistemas de parentesco, la religión, y, más en general, la cultura, que son puestos al descubierto¹⁵. Ningún país vuelve al estado de naturaleza tras el derrocamiento de un régimen, por el simple hecho de que el estado de naturaleza nunca ha existido. Es una ficción que permite dar cuenta filosóficamente de la génesis del Estado, y no una realidad. Cuando las instituciones del «antiguo régimen» –llamémosle así– desaparecen o son derribadas, resurgen los antiguos modos de subjetivación, ya sean religiosos (el islam en Túnez o en Egipto), tribales (el tribalismo en

¹⁵ «Lo político [explica Frédéric Brahami] no es el éxito del Estado cuando pone fin a la anarquía de un origen ficticio prepolítico o de una degeneración que no lo es menos, es por lo contrario la reconducción continua de la lucha, no entre individuos o grupos de interés, sino entre lo espiritual y lo temporal, entre la religión y el Estado, o incluso entre el saber (pues la religión, el espíritu, aspiran a ser saberes de la sociedad, como hoy en día las ciencias sociales) y el querer (ya sea despotismo militar, administración burocrática o contrato social)». F. BRAHAMI, «Introduction», en *Incidences. L'énigme du régime: institution et rupture du politique*, núm. 7, Paris, Le Félin, 2011, p. 11.

Libia), locales (el morabritismo en Costa de Marfil) o incluso étnicos (como en el caso de la República Democrática del Congo). La política no está en tensión con la naturaleza y la violencia del no-derecho, sino con las identidades religiosas o los vínculos prepolíticos. Este es el motivo de que sean en realidad estos últimos los que reaparecen.

Conjuro o transformación de la violencia vengadora

La idea de una transformación de la violencia como garantía de la paz está inscrita en la propia arquitectura de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Construida bajo la inspiración de Albie Sachs, ha decidido encajar sus muros dentro de los de una prisión; pero no de cualquiera sino de las que encarcelaron a Nelson Mandela o a Gandhi. El recuerdo de esta prisión produce el efecto de un juramento colectivo. El compromiso solemne de no caer en los horrores de la represión colonial o del *apartheid* grabado en piedra.

Mientras todo el mundo esperaba un baño de sangre en Sudáfrica, la sabiduría de un Nelson Mandela consistió en renunciar a las armas y aceptar la negociación. Si bien hubiera podido vengar los malos tratos sufridos en las cárceles del *apartheid*, hizo del penal de Roben Island un lugar de memoria. La violencia a la que hay que poner fin no es de cualquier tipo: se trata de la venganza, es decir, de una réplica que se arriesga a inclinarse a uno u otro lado en una violencia infinita¹⁶. Lo propio de la justicia es cerrar un ciclo, el de los Atridas, es decir, acabar con una espiral infernal a través de la fundación de una nueva institución.

290

La inclusión lleva a considerar la justicia transicional no de manera lineal como una simple *juxtaposición* de la injusticia y de la justicia sino como una *conversión* de una amenaza terrible de venganza en una garantía para los acuerdos civiles.

¿Puede tener relación con el tema de la fragilidad que se instala a inicios del siglo XXI? El peligro de extinción de la tierra, la vulnerabilidad del hombre,

¹⁶ Recuerda a los análisis de R. GIRARD en *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972. (*La violencia y lo sagrado*, Barcelona, Anagrama, 2005).

la fragilidad de las instituciones. Además, en esta corte sudafricana actúa un juez aquejado por el virus del VIH; ciertamente es algo que no se ve pero que expresa bien este mismo espíritu.

Esforzarse en ser justo es librarse de la tentación permanente de sustituir a las víctimas para vengarlas, alimentando así el ciclo de la violencia. Este enfoque permite comprender la justicia transicional como un conjuro permanente que no *replica* sino que *convierte*. Y, al hacerlo, escapa al riesgo de preparar la guerra más que la paz. Se trata de una manera de *ligar* el pasado y el futuro y, por ello, de entrar en la densidad del tiempo político. Es también una manera de abordar la justicia según un esquema temporal, de *temporalizar* la justicia de algún modo.

Albie Sachs ha recordado la lección de Esquilo. La asociación del símbolo de la injusticia en el corazón de la justicia nos lleva a una significación central pero olvidada de la justicia, una significación presente desde el mito fundador de la trilogía de Esquilo. «Las Erinias duermen, el crimen las despierta», dice Hegel. Lo que desvelan las Erinias es que la violencia está siempre presente, que no se puede eliminar, y que hay por tanto que pensar la justicia con la violencia, en relación con la violencia—lo que aquí queremos hacer— y no de manera *divergente*.

El caso de Alemania es ejemplar a este respecto. La monstruosidad de los crímenes del nazismo se tradujo en una Constitución que colocó en lo más alto la dignidad humana. La reunificación fue acompañada de una declaración oficial que reconocía la responsabilidad de todos los alemanes en el nazismo y afirmaba el peso del pasado en la constitución de un futuro nacional común. Se puede decir que aquel horror continúa vigente en positivo y da a este gran país la energía de su renacimiento.

Una refundación en una violencia por procuración

La violencia, invocada para ser conjurada, proporciona la fuerza necesaria a la refundación. Se sabe que no hay fundación sin violencia, pero en el caso de la justicia transicional, es indirecta: no basta la autoridad directamente en una fuerza transformada en autoridad al cabo del tiempo, sino a partir de un rechazo común de los crímenes del pasado. Un desvío de la violencia, si se quiere, o una violencia que no cumple el papel habitual: mientras que en la conquis-

ta produce de modo directo un Estado, en la justicia transicional lo produce *a contrario*, por su rechazo. Con ello, la justicia transicional desempeña una tarea auténticamente política. «El primado de la política –dice en efecto Pierre Hassner–, impugnado por los hechos, no deja de resucitar en particular en relación con la violencia física, económica o ideológica. La esencia de la política no consiste en suprimir la fuerza sino en domesticarla para utilizarla en su propia negación»¹⁷.

Ni inicio absoluto, *ex nihilo*, ni reinicio que reanuda las cosas; la justicia se plantea como una regeneración que pasa por el recuerdo de la injusticia como degeneración. Esta transformación pasa por el recuerdo, pero un recuerdo activo que no es el de la memoria feliz. Es el de la memoria viva, una memoria que no es patológica sino que da profundidad al presente recordando lo que siempre podría volver a ocurrir.

El trabajo de memoria consiste entonces en convertir un acontecimiento en una norma, es decir, un hecho en un valor: es además la mayor apuesta de la justicia transicional. Tal conversión de un hecho en un valor solo puede ser obra de una narración. De ahí el parentesco entre la justicia y la narración: como la justicia transicional, el relato también asegura el vínculo entre el pasado que narra, su presente y el futuro que abre amortiguando el pasado, domesticándolo a través de las palabras. La justicia teje un lazo entre el horror del crimen y el presente; un presente dirigido hacia un futuro mejor, hacia un más allá. El pasado no vuelve a ser un síntoma que nos late en las sienes como en una terrible jaqueca: su poder es desactivado por un relato; más que esconder esta cárcel, signo de la infamia, celebrarla como el templo del nuevo pacto constitucional.

292

¿Un momento *entre la violencia y la paz* o la introyección de la fundación en lo ordinario?

Esta transformación del recuerdo del crimen en garantía de futuro ya no percibe la justicia transicional como una justicia extraordinaria y temporal, sino que considera que su horizonte es la integración en las instituciones habi-

¹⁷P. HASSNER, «Préface», en *La politique. Les plus grands textes de Xénophon à Machiavel et Rawls*, Paris, CNRS éditions-Le Nouvel Observateur, collection «L'anthologie du savoir», 2012.

tuales y duraderas. Nos hace pasar de la pareja temporal transitorio/estable a una dialéctica *fundación/ordinario*. En un caso, la postransición sustituye definitivamente el estadio transicional, mientras que en el otro, hay una persistencia de la dialéctica *fundación/ejercicio* en el tiempo ordinario y para todas las democracias. Este nivel más profundo conserva los principales fundamentos de una ciudad política y, al hacerlo, asegura la regeneración permanente. La justicia se plantea no solo como un estado –garantizado por ejemplo por un edificio de normas–, sino también como *voluntad*, y como voluntad permanente, continuada, de alejarse de un pasado que siempre puede regresar.

El espacio puesto al descubierto por la justicia transicional marca la diferencia entre la política (el femenino designa un cierto «politiquear») y lo político (el neutro designa un nivel más profundo). La articulación de estos dos niveles no es peculiar de los países en transición y continúa vigente en la vida ordinaria de nuestras democracias aunque no nos demos cuenta. La pirámide normativa sintetizada por Hans Kelsen ha borrado, a causa de su geometría positivista, este espacio en dos dimensiones. La justicia transicional nos informa pues sobre la vida de nuestras democracias: no es un tema para los otros, para quienes salen de un periodo de violencias, sino una *nueva manera de pensar* (de ver, en el sentido más auténtico de la palabra) la democracia. La justicia se convierte en una nueva dimensión –y no un simple atributo– de la soberanía.

293

Esta perspectiva pone de relieve la comunidad de destino de toda democracia, ya sea joven o antigua. El enfoque que se acaba de desarrollar concluye *in fine* en que todas las democracias actuales están siempre un poco en transición, es decir, en un esfuerzo no solo de perfeccionamiento permanente sino también de protección contra una barbarie que algún día puede volver y de la que ninguna democracia puede jactarse de estar definitivamente a salvo¹⁸.

En este nivel más alto, los *transitional studies* dejan de limitarse al simple análisis instrumental de la eficacia de los mecanismos puestos en marcha y contribuyen a una mejor comprensión de nuestras instituciones y de lo político. Estos debates sacan a la luz los fundamentos ocultos por siglos de democracia (y de buena conciencia).

¹⁸ Como atestigua la propuesta de un senador demócrata de instaurar una Comisión de la Verdad y Reconciliación para cerrar el capítulo oscuro de la tortura por parte del ejército americano.

Una puesta en escena del pasado para representar el futuro

La justicia de transición tiende así a ayudar a la creación o al reforzamiento de un Estado y de su sociedad por la adopción de mecanismos, de leyes y de instituciones muy concretas, aunque participa también de fenómenos más inmateriales, de un imaginario de la reconstrucción y de la reconciliación.

Las salas de audiencia y las comisiones ofrecen a la política *otro escenario* que da forma a la discordia, pone en palabras una violencia indecible y confiere un principio de realidad a la esperanza. Una realidad ciertamente imperfecta en cuanto limitada al perímetro de la sala, y sin embargo operante pues hace *imaginable* la justicia. He aquí su virtud. La justicia, por muy imperfecta que sea, franquea una etapa importante de la civilización pues ofrece el espectáculo de un mundo en paz, realiza ese recorrido esencial que traslada el conflicto armado –lo que los griegos llamaban *polemos*– a una disputa de argumentos, a un torneo oratorio: el *agon*. Aunque todavía se trate de un espectáculo, resulta esencial, ya que, al atreverse a dar una primera forma al mundo que sueña, lo hace posible, lo hace llegar y nos requiere en esta tarea. Toda puesta en escena supera la realidad que pretende representar: aquí residen tanto su magia como su fuerza pues deja a los espectadores una misión, la de hacerla realidad.

294

Durante las «Jornadas de consenso nacional», la Convención de la Sociedad Civil de Costa de Marfil (CSCI), a pesar de las tensiones, consiguió alumbrar un «consenso» sobre una lista de recomendaciones relativas a la reconstrucción y el «renacimiento» del país. Pero más allá del contenido de estas recomendaciones, el diálogo y el proceso de toma de decisiones es el que marca el éxito de las jornadas¹⁹. Fundamentan la creación de un espacio público abierto, de un diálogo democrático más sosegado y constructivo, que, al negociar la «reconciliación», se interrogó sobre la identidad costamarfileña, sobre la relación con la tierra y con lo sagrado, y, de hecho, discutió sobre los fundamentos de un nuevo pacto político y de un nuevo «contrato social». No se trata de alinear una visión apacible del cuerpo social ocultando la verdad de las divisiones y los rencores, sino de crear vínculos cuya expresión pública es enmarcada y temporalizada.

¹⁹ Véase a este propósito K. ANDRIEU, «La société civile ivoirienne sur la voie du dialogue», nota consultable en la página web del IHEJ («www.ijeh.org»).

La comparación entre Colombia y la República Democrática del Congo²⁰ es ilustrativa. En el primer caso, la ley, aunque imperfecta, es ampliamente reconocida como legítima. Colombia se presenta como un país muy formalista. Muchas de las expropiaciones forzosas han tomado la forma de transacciones inscritas con vicios de consentimiento, uso de testafierros, incumplimiento de obligaciones fiscales o contratos artificiales que encubren verdaderos contratos ocultos. Esta fuerte institucionalización se proyecta en la movilización de la sociedad civil que se organiza reivindicando derechos que a veces conoce mejor que los funcionarios poco formados. En la República Democrática del Congo, como en otros países africanos, las prerrogativas territoriales entre Estado, comunas, provincias, etc., están muy embrolladas. No es fácil saber quién define la norma. Además, la legitimidad del legislador, del Parlamento, está muy deteriorada. Los contactos con los agentes del Estado son infrecuentes o incluso inexistentes en algunas regiones alejadas de la capital. Por ello, en los procesos de justicia de transición habría que contribuir al reforzamiento del Estado, aunque sin convertirlo en el único garante del proceso, con apoyo al entretejimiento de «contratos sociales» no solo a nivel micro o a través de proyectos a pequeña escala.

Este carácter temporal y excepcional permite a la justicia de transición desmarcarse tomando de los usos antiguos y tradicionales las soluciones a las insuficiencias de la justicia ordinaria. Uno de estos casos es Ruanda con la puesta en marcha de los *Gacaca*, los «tribunales de la hierba». Si hubiera que valorar esta forma de justicia únicamente sobre la base de los criterios habituales de la justicia ordinaria, parecería fuertemente insatisfactoria puesto que recurre a otros medios. Pero este enfoque sería erróneo ya que los *Gacaca* han sido creados porque la justicia ordinaria estaba desbordada y no era apta para juzgar un gran número de supuestos. No puede ser la causa, por sus deficiencias, de la creación de una forma parajudicial y, a la vez, el único juez, salvo si consideramos el proceso como una simple «subjusticia» o una «justicia en rebeldía», cosa que no es. La dimensión participativa de los *Gacaca* resulta particularmente adaptable a la dimensión «participativa» del genocidio, que se desarrolló a la luz del día y con la adhesión de la mayor parte de la población. En muchos aspectos el proceso es criticable y no ha alcanzado forzosamente todos sus objetivos de

²⁰ Sesión del 24 de septiembre de 2012 («*Justice transitionnelle et aide au développement*»).

partida. Pero teniendo en cuenta la solución ruandesa, sería vano ver en los *Gacaca* un modelo de justicia de transición trasladable a otros lugares. La justicia de transición es la justicia de un tiempo y de una situación particular *que debe estar abierta a experimentaciones y no asfixiada por los modelos*.

Por tanto, estas formas parajudiciales no deben representar una alternativa duradera ni pasar por la prueba de la «inconsistencia» de la justicia ordinaria. Tampoco deben captar toda la atención a costa de la reconstrucción de las instituciones judiciales nacionales. Incluso cuando la justicia de transición crea formas extraordinarias de jurisdicción, a fin de cuentas prepara la adopción o la vuelta a una justicia ordinaria.

Esta reorganización, esta puesta en escena de un nuevo pacto político a través de los mecanismos de la justicia transicional, participa de la reconstrucción interna del Estado, mientras que la colaboración con jurisdicciones internacionales, mediante el principio de complementariedad, como en el caso del Tribunal Penal Internacional, contribuye a la rehabilitación exterior del Estado a nivel internacional.

La concepción de la justicia reconstitutiva hace palidecer, según vemos, una distinción demasiado tajante entre ellos y nosotros, entre los países que salen de un periodo de violencias masivas y los otros, pues casi todos han de enfrentarse a esta dimensión que puede ser más o menos rechazada. También se supera así la separación entre tiempos ordinarios y tiempos extraordinarios en la vida democrática. Por ello debe ser pensada como tal. Si bien se distingue tradicionalmente, siguiendo a Aristóteles, entre justicia distributiva y justicia correctiva, nuestra modernidad, expresada negativamente por esta nueva forma de violencia que pone de manifiesto un derrumbe político, invita quizá a añadir una tercera categoría, cuya tarea no consiste en repartir equitativamente las riquezas, los estatus y los honores, ni en corregir los desórdenes y las infracciones, sino en reconstituir una ciudad política herida por los crímenes masivos.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN UN ESTADO SEMICONSTITUCIONAL

RAÚL CHANAMÉ ORBE*

SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ**

SUMARIO

1. Introducción; 2. Debate teórico: los neoconstitucionalismos; 3. Tipos de neoconstitucionalismos: teórico, ideológico y metodológico; 4. Crítica al neoconstitucionalismo; 5. Neoconstitucionalismo y garantismo; 6. El Perú ante el neoconstitucionalismo.

1. Introducción

En los últimos años vivimos un intenso debate sobre la supuesta aparición de un nuevo paradigma iusfilosófico: el neoconstitucionalismo. Como cuestión previa, debemos dilucidar la noción de «paradigma» introducida por el epistemólogo de la ciencia, Thomas Kuhn, en un texto célebre, *La estructura de las revoluciones científicas*, publicado originalmente hacia 1963, en el que establece que el paradigma es un nuevo marco teórico para la ciencia, una especialidad o una disciplina, que es asumido como un prototipo para resolver un problema trascendental, estableciendo un modelo hegemónico que facilita encarar una controversia científica. Más que una teoría el paradigma es un sistema orgánico de pensamiento académico, dotado de un consistente marco teórico, así como de evidencias lógicas y experiencias verificables que producen rupturas en las formas de razonar en una disciplina.

297

* Abogado y catedrático universitario, ex Decano del Colegio de Abogados de Lima en dos periodos. Bachiller, Magíster y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Postgrado en Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y en Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza.

** Abogado y catedrático universitario, ex secretario general del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados Lima y ex asesor del Decanato del Colegio de Abogados de Lima. Bachiller con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, así como de Filosofía en la especialidad de Epistemología por la UNMSM, y Postítulo de Derecho Procesal Constitucional en la PUCP. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El derecho vivió la hegemonía del paradigma iusnaturalista, del paradigma positivista, del paradigma realista; recientemente se establece una crisis de los paradigmas del siglo XX, lanzando la idea de que asistimos a la conformación de un nuevo paradigma jurídico con el surgimiento del neoconstitucionalismo.

¿El neoconstitucionalismo con sus cuestionamientos y alternativas al constitucionalismo moderno, es un aporte de alcance universal, o es un programa que exige a algunos países requisitos para ser asumido como un discurso sin atingencias previas? Ese es el debate que tenemos que procesar *a priori* para asumir sus innovaciones y aportes.

2. Debate teórico: los neoconstitucionalismos

Se entiende por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial, siendo los casos de la Constitución italiana (1947), de Alemania (1949), de Portugal (1976), y de España (1978); en América Latina algunos han querido ver también en ciertos textos un rompimiento con los paradigmas clásicos, como en los casos de la Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos¹.

El mexicano Pedro Salazar Ugarte refiere que el neoconstitucionalismo, «es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una denotación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica. Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por

¹ M. CARBONELL (editor), «El neoconstitucionalismo en su laberinto», en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-10.

Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido»².

Desde la filosofía del derecho se entiende que «la Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad; o Estado de derecho y Estado social; o democracia, participación e inclusión, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa los valores y principios constitucionales»³.

Se considera que el neoconstitucionalismo surge de la integración activa de dos clásicos modelos constitucionales: el modelo estadounidense y el modelo europeo continental. En el primer caso, nos encontramos con la idea de la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pactos de mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus proyectos de vida dentro del marco de un Estado neutral; en cambio, en el modelo europeo continental la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política⁴ que busca aproximarse a los ideales políticos de la Ilustración francesa, en el sentido de afirmar valores como el de la igualdad y, sobre todo, el de la participación democrática de origen rousseauiano.

299

Luis Cruz describe⁵ que se han dado ciertas ligerezas desde el punto de vista académico, al usar indiscriminadamente, con excesiva amplitud semántica, la expresión neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o,

² P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente». México, UNAM, p. 4, en «www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf».

³ C. FARALLI, *La filosofía del derecho contemporáneo*, Madrid, Hispania Libros, 2007, p. 83.

⁴ L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, cap. 1.

⁵ L. M. CRUZ, «La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo», en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 18, Universidad de La Sabana de Colombia, 2009.

a veces también, constitucionalismo a secas, lo que demostraría el poco interés jurídico o no reconocimiento del derecho como una ciencia, con objeto de estudio, método y lenguaje propios. Estamos, pues, ante la búsqueda de una definición precisa. Luis Prieto Sanchís, adoptando el esquema propuesto por Paolo Comanducci, señala cuatro acepciones principales⁶:

- *El neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo.*
- *El neoconstitucionalismo puede designar una teoría del derecho, aquella apta para describir o explicar las características de dicho modelo.*
- *El neoconstitucionalismo es la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada.*
- *El neoconstitucionalismo se proyectaría sobre un amplio capítulo que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.*

Es decir para los profesores Luis Prieto Sanchís y Paolo Comanducci, el neoconstitucionalismo podría abarcar: un tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho, una ideología o filosofía política o una forma de definición del derecho. El profesor Luis M. Cruz refiere que el neoconstitucionalismo tiene en Europa dos características, una abstracta y otra material:

300

- *El desarrollo de una teoría.*
- *Una praxis constitucional progresivamente convergente.*

Esta teoría se fundamenta en que la Constitución no es solo un orden normativo, sino que, además, es un orden valorativo, donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales⁷. La influencia reciente que ha tenido este constitucionalismo⁸ en nuestro país es:

⁶ L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 101-102; y P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en M. CARBONELL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 75-87.

⁷ L. CRUZ, *op. cit.*

⁸ En el caso peruano, no podemos hablar de neoconstitucionalismo, ya que no hemos tenido en la historia constitucional un ambiente anterior de irradiación de dere-

- *La validez de la ley depende de un juicio de conformidad con la Constitución.*
- *La Constitución y los principios constitucionales son interpretados por un Tribunal Constitucional.*
- *Una constitución de principios y una doble dimensión (subjetiva y objetiva) de los derechos fundamentales.*
- *Irradiación sobre el derecho ordinario.*
- *Transformación de la legislación.*
- *Ponderación y juicio de proporcionalidad, etc.*
- *Influencia del papel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y la ciencia del derecho público alemán⁹ (concepción de la Constitución como orden valorativo).*

3. Tipos de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico y metodológico

El profesor Comanducci utiliza esta triada para evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Siguiendo el método de Norberto Bobbio, quien subdividió al positivismo jurídico, lo analiza en tres dimensiones¹⁰: neoconstitucionalismo como teoría del derecho; neoconstitucionalismo como ideología del derecho; y, neoconstitucionalismo como método de análisis del derecho.

301

No obstante, el constitucionalismo no es relevante como teoría del derecho, pues la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es, sin duda, la positivista, y no parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una radical y propuesta teórica diferente.

chos fundamentales como el escenario contemporáneo del Tribunal Constitucional, por lo que este sería nuestro reciente despertar hacia el constitucionalismo. Cfr. R. CHANAMÉ, «Historia de las Constituciones (1812-1993)», en *La Constitución comentada*, 6^o ed., Arequipa, Adrus, 2011.

⁹ R. ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en M. CARBONELL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 31-32. Traducción de Alfonso García Figueroa.

¹⁰ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1988; y N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

A todo ello el neoconstitucionalismo, no se presenta como una ideología y una corriente metodología alternativa o sustituta, sino como una teoría concurrente con la positivista.

3.1. Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo describe los logros de la constitucionalización (libertades públicas, ciudadanía, democracia, etc.). Este modelo de sistema jurídico está caracterizado por los siguientes presupuestos doctrinarios: 1) Constitución «invasora»; 2) positivización de un catálogo de derechos fundamentales; 3) omnipresencia en la Constitución de principios y reglas; 4) hermenéutica propia, como consecuencia de la aplicación preferente de las normas constitucionales y la aplicación de la ley conforme a ellas. Recordemos que la teoría iuspositivista tradicional, se caracterizaba entre otras cosas por el legicentrismo y el formalismo interpretativo, que hoy se presentan insostenibles. Asimismo tenemos tendencias contrapuestas de pensamiento en la teoría neoconstitucionalista:

302

- Es la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo.
- (Punto contrario) El objeto de investigación comporta la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.

El neoconstitucionalismo teórico centra su propio análisis:

- En la estructura y el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional.
- Objeto de investigación: a) el modelo descriptivo de la Constitución como norma; y, b) el modelo axiológico de la Constitución como norma:

a) *Modelo descriptivo de la Constitución como norma.* Este modelo entiende que la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o costumbres, que son, respecto a las otras, reglas jurídicas fundamentales y por tanto fundantes del ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas.

b) *Modelo axiológico de la Constitución como norma.* La Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un

documento o costumbres, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas (hasta aquí se recalca la definición precedente), «a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor»¹¹. En este modelo, como afirma Dogliani, la Constitución está «cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí»¹².

Para el profesor Paolo Comanducci, si se adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, es decir, el modelo axiológico sería propio de un conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.

Por otro lado quienes adopten el modelo descriptivo de Constitución como norma entenderán que la Constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, concibe normalmente la interpretación constitucional (al igual que la interpretación de la ley) como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y, en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de concebir las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores dan también cuenta, desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de los tribunales constitucionales, los cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de Constitución¹³.

¹¹ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p.14.

¹² *Ibid.*, p. 15.

¹³ Para una mayor profundización, véase P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 111-116.

3.2. Neoconstitucionalismo ideológico

En esta etapa pasa a primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, desplazando a segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que fue central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX. Paolo Comanducci atribuye esto «por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo»¹⁴. Así podemos ver cómo el neoconstitucionalismo se manifiesta de dos formas:

- *Neoconstitucionalismo de los contrapoderes*. Se recalca la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales.
- *Neoconstitucionalismo de las reglas*. El poder legislativo y el poder judicial están directamente encaminados a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

304

Para Paolo Comanducci, el lazo común del neoconstitucionalismo con el positivismo ideológico del siglo XIX se basaría en la obligación moral de obedecer la ley, ya que el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución, empero nosotros opinamos que esta deducción es errónea, ya que el obedecimiento de la ley para el neoconstitucionalismo se basa en una interpretación *pro homine* de las normas a nivel constitucional e infraconstitucional, cosa que no sucedía con el positivismo, etapa donde el juez es un mero maquinista del sistema legal dado (el juez es boca muda que solo pronuncia las palabras de la ley).

3.3. Neoconstitucionalismo metodológico

El positivismo metodológico indica que es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. No existe conexión necesaria entre derecho y moral. El neoconstitucional-

¹⁴ P. COMANDUCCI (2003), «Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis meta-teórico», *op. cit.*, p. 85.

lismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral (los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral).

Así podemos leer a Mario Bunge, quien analiza desde la filosofía del derecho e indica que en su opinión, «además de compartir cierto terreno común, el derecho y la moral deberían interactuar vigorosamente y, por lo tanto, lo mismo tendrían que hacer sus respectivas filosofías. En los hechos, ambos campos siempre lo hicieron. En efecto, más de una ley se propuso o se derogó con argumentos morales, y algunos códigos morales se perfeccionaron a la luz de la jurisprudencia (baste pensar en la abolición de la esclavitud, el trabajo infantil y la pena capital). Por otra parte, esa interacción es benéfica, porque da al legislador la oportunidad de actuar como reformador moral, y a este voz en la reforma de las leyes. Esto resulta en la moralización del sistema político y la institucionalización de la moral, al mismo tiempo que ambos siguen evolucionando junto con la sociedad»¹⁵. Bunge además plantea un heptálogo en cuanto a los principios: a) un derecho moral es la capacidad de satisfacer una necesidad básica o un deseo legítimo; b) un deber moral exigible es una obligación de ayudar a otra persona a ejercer sus legítimos derechos morales; c) todo derecho moral implica un deber moral; d) una norma moral se justifica si y solo si sostiene necesidades básicas o deseos legítimos, o bien deberes morales exigibles; e) el principio moral supremo es «*disfruta de la vida y ayuda a vivir*»; f) una norma legal está moralmente justificada si y solo si es consistente con el o los preceptos morales correspondientes; y, g) en caso de conflicto entre normas morales y legales, las primeras deberían tener precedencia sobre las segundas¹⁶.

4. Crítica al neoconstitucionalismo

Tras haber explicado de manera sistemática lo que significa el neoconstitucionalismo tanto en su lenguaje, teoría y objeto de estudio, tenemos que advertir que sin duda, estas innovaciones conllevarán nuevas contradicciones, con mayor incidencia para aquellos que deben fundamentar sus argumentos y decisiones, planteándoles crecientes retos a todos los operadores del derecho, con especial énfasis a los jueces.

¹⁵ M. BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*, 1° ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999, p. 393.

¹⁶ *Ibid.*, p. 402.

Así, se convierte en peligrosa la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de «ponderación» de los principios constitucionales y de la interpretación «moral» de la Constitución, por lo que el profesor Paolo Comanducci propone:

- a) Que se aplique una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces).
- b) Que los jueces construyan un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor (según la recomendación de Dworkin o Robert Alexy).

Solo bajo estas condiciones, la creación de principios (por obra del legislador), o la configuración de principios (por obra de los jueces) o de la dogmática, podría reducir la creciente indeterminación del derecho. Por tanto, el juez se enfrenta a un conjunto de dilemas axiológicos y lógicos, que podrían inducir a contradicción, paradojas o amoralidad, e incluso a decisiones disparas, que provoquen errores en un sistema judicial carente de coherencia propiciando la inseguridad jurídica. Paolo Comanducci refiere las principales contradicciones prácticas que surgirían en el ámbito axiológico y la racionalidad:

306

- a) Si existiese una moral objetiva, igual esta no es conocida ni compartida por todos los jueces.
- b) No existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (pluralismo ético).
- c) Los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos.
- d) Los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aun el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

Frente a esto Comanducci concluye que crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, no parecen ser actividades que persigan (como parece creer Dworkin) directamente la certeza del derecho. Finalmente, como se puede advertir la certeza del derecho quedaría confiada a la conciencia moral de cada juez.

Hans Kelsen indicaba que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, y la moral podrían «jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional»¹⁷, por lo que recomendaba «abstenerse de todo este tipo de fraseología»¹⁸ abstracta e indeterminada en las constituciones, en tanto no existan criterios homogéneos o integradores. Francisco Laporta refiere que los jueces no están preparados para esta tarea porque «su razonamiento moral no pasa de ser vulgar»¹⁹, queriendo hacer de un hombre, casi un dios.

5. Neoconstitucionalismo y garantismo

Según el profesor Pedro Salazar Ugarte, quien trata sobre la distinción entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, solamente el garantismo logra ser consistente con el problema descrito, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico (el garantismo separa al derecho de la moral, y considera más la unión entre el derecho y la política, al contrario del neoconstitucionalismo que solo une al derecho y la moral). El modelo garantista rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad.

307

Al unir el derecho y la moral, obtenemos que los fundamentos de las decisiones de los jueces se basan en normas morales universales, por lo que debería utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Además, al basarnos en la moral motivada del neoconstitucionalismo, tendríamos problemas con respecto a la selección y elecciones del juez, las cua-

¹⁷ H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 142. Citado por P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente», *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 142-143.

¹⁹ F. LAPORTA, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El Cronista*, núm. 0, octubre de 2008, Madrid, p. 49; y R. DWORKIN, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», en *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010, pp. 7-29. Ambos citados por P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente», *op. cit.*, p. 16.

les se sustentarán en sus creencias morales, pudiendo ser estas creencias moralmente incorrectas, o contrarias a los valores compartidos por la mayoría, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etc.

6. El Perú ante el neoconstitucionalismo

Este nuevo programa del derecho constitucional, tal como ha quedado expuesto, ha surgido, madurado y debatido principalmente en los países de Europa occidental y, recientemente, por diversas vías, fue adoptado en algunas de sus proposiciones en América Latina, sin un debate previo esclarecedor que su importancia requiere al ser una nueva teoría que no posee el estatuto de doctrina definitiva.

En los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI, aparece a través de su reflexión el denominado «nuevo constitucionalismo latinoamericano». El neoconstitucionalismo ha madurado en varias décadas en Europa de la postguerra, gracias al desarrollo teórico de reconocidos juristas y a fallos de sus diversos tribunales constitucionales, mientras que nuestros tribunales constitucionales son instituciones que nacen en años recientes, en algunos casos de manera incierta y accidentada, buscando en primer lugar limitar el poder (propio de tradiciones autocráticas) y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales²⁰. Sin duda, las proposiciones del neoconstitucionalismo, como apuntan algunos, tienen vieja data. Lo que ocurre es que la dinámica social y jurídica nos devuelve a un debate que alcanzó proporciones en el siglo XVIII con la crítica kantiana que se superó temporalmente con la emancipación kelseniana de todo supuesto axiológico o valorativo en la norma.

308

El primer Tribunal Constitucional fue creado por los austríacos el 25 de enero de 1919, propuesta por Hans Kelsen²¹, quien en su *Teoría general del derecho y del Estado* plantea la jerarquización de las normas, proponiendo que la

²⁰ En América Latina, el caso más precoz se dio con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales incorporado en la Constitución cubana de 1940, que duró hasta 1952, siendo una copia de la Carta española de 1931, con pequeñas variantes, empero este Tribunal era una sala del Tribunal Supremo del Poder Judicial.

²¹ La concepción del derecho de Kelsen (1941-1942) fue como «la técnica social específica del orden coercitivo», del mismo modo la de Hart (1961) como «un conjunto

norma suprema es la Constitución y deduce por razones propias de la tradición austriaca y europea en general que este criterio implica la necesidad de una jurisdicción constitucional.

El autor de la *Teoría pura del derecho* propone que un ente distinto del poder judicial, por estar contaminado de una visión de subordinación al orden estatal secular, sea el órgano competente para decidir la anulación de los actos considerados inconstitucionales, naciendo así el Tribunal Constitucional, que él mismo presidió, idea que fue incorporada en diversos ordenamientos jurídico-constitucionales de Europa, como el de España²² o Alemania²³ y posteriormente en América Latina.

En nuestro país nace con la Constitución de 1979, denominándose Tribunal de Garantías Constitucionales, entendido como órgano de control de la Constitución (art. 296º), y con la actual Constitución se denomina Tribunal Constitucional, retirando el término garantías, y se establece igualmente que es el órgano de control de la Constitución. Se define su autonomía e independencia y se indica que será compuesto por siete miembros, a diferencia del tribunal anterior, cuya composición fue de nueve.

309

Pero no siempre todas las decisiones tomadas por el Tribunal han sido coherentes, sino recordemos las sentencias contradictorias, cambios de posturas sin fundamento, paradojas entre sentencias en casos parecidos, copias literales de otros tribunales, abuso en el uso de la autonomía procesal constitucio-

de reglas que constriñen nuestras acciones en la vida cotidiana». Este punto de vista pasa por alto los derechos y los males sociales y no da cabida a las ciencias sociales. Pound lo llamaba «jurisprudencia mecánica». Citados por M. BUNGE, *op. cit.*, pp. 383-384.

²² En España como modelo del austriaco se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1931, que lamentablemente duró muy poco (1933-1936) debido a la precipitación de la guerra civil.

²³ En la época postbélica, en la que nace el concepto de neoconstitucionalismo, tenemos el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*, con sede en Karlsruhe), que viene a ser el órgano constitucional encargado del control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana, que tiene su nacimiento en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

nal sin reglas claras, entre otros temas de discusión, lo cual nos deja ver que aún queda mucho por hacer y edificar aprendiendo de otros, pero racionalizando y adaptando creativamente sus teorías.

Si bien gracias al trabajo del Tribunal Constitucional por primera vez hemos visto la irradiación de los derechos fundamentales en el resto de ramas del derecho, no podemos decir todavía que seamos un Estado de óptimo desarrollo constitucional²⁴. Sería exagerado decir que somos un país plenamente constitucional, porque tenemos una Constitución, un Tribunal Constitucional y hemos avanzado tímidamente en algunos derechos fundamentales. No por estos indudables avances podríamos admitir que hemos cumplido a cabalidad el programa del constitucionalismo moderno, aquellos presupuestos de otros países creadores del constitucionalismo las completaron a través de varios ciclos.

No podemos saltar la etapa de crecimiento y maduración del constitucionalismo europeo; mientras sigamos siendo miméticos y pretendiendo adoptar las teorías constitucionales europeas sin visión crítica en nuestro país (ya que las realidades son distintas) caeremos en la ciega importación, propia de sociedades que se niegan a pensar sus propios razonamientos jurídicos para su singular realidad. No propugnamos abandonar el estudio o lectura de estas fuentes del derecho, lo que decimos es que para poder estar en un Estado constitucional deberíamos comenzar por analizar cuáles son los problemas particulares de un país que ha carecido de un auténtico sentimiento constitucional, que es una larga construcción histórica, sociológica y cultural que demanda consensos colectivos sobre el orden ideal.

Además, este desarrollo constitucional requiere como base cambios institucionales y culturales. Así, Mario Bunge indica que «Ni siquiera la legislación social más avanzada puede cambiar la sociedad por sí sola. Esa legislación es impotente, y de vez en cuando contraproducente, a menos que esté acompa-

²⁴ Si consideramos a las comunidades campesinas, nativas, pueblos ancestrales, y a los poblados más lejanos del país, podremos ver un total abandono del Estado por atender las necesidades básicas de sus habitantes, por lo que podemos afirmar que en esos lugares los principios contenidos en nuestra Constitución Política, son programas incumplidos, demandas insatisfechas, derechos inacabados.

ñada por cambios económicos y culturales capaces de modificar ciertas actitudes y hábitos. Considérese por ejemplo, la ley de edad laboral mínima. Al hacer que el trabajo infantil sea un delito, condena a los niños pobres a trabajar en infames talleres ilegales o a algo peor: la delincuencia, la prostitución o el hambre. Ocurre lo mismo con el divorcio fácil: resuelve problemas conyugales desesperados, pero arroja a las divorciadas sin calificación a la indigencia. Todos los remedios parciales son similares»²⁵.

Nuestro Tribunal Constitucional se encuentra lleno de materia previsional, que no es propiamente lo que debería ver un ente de esta naturaleza. Asimismo, las salas constitucionales del Poder Judicial se concentran a ver este tipo de expedientes que deberían atenderse por otra vía, por lo que se requiere una reelaboración de los tipos de casos que deberían atenderse en vía constitucional. Además, nuestros actuales juzgados constitucionales poseen métodos del derecho positivo y carecen del empoderamiento de lo que es una instancia constitucional, no teniendo formación en derechos humanos, derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, derecho constitucional comparado, análisis lógico, etc., y en todas las innovaciones del derecho constitucional, materias que vienen dictándose muy recientemente en las facultades de derecho y en centros especializados de estudio jurídico del país.

Se debe encarar los aportes del neoconstitucionalismo de manera crítica, guardando las reservas del caso, en aquellos aspectos que corresponden a una evolución teórica sofisticada propia de otras tradiciones históricas, institucionales y culturales. Europa ha creado su tradición desde Grecia hasta el Tratado de Niza, configurando así el neoconstitucionalismo tras dos milenios de evolución institucional; América Latina conmemora recién un bicentenario de creación institucional, jurídica y cultural, haciendo del pasado y el presente un solo tiempo que nos proyecta al porvenir.

Debemos tener presente que al estudiar un *corpus* legal nuestro análisis será superficial, si es que no consideramos que el derecho está dentro de la estructura social. Recurramos a los métodos actuales de la epistemología, la ontología y también a la axiología, para conocer objetivamente los alcances y límites

²⁵M. BUNGE, *op. cit.*, p. 407.

del sistema normativo en nuestra sociedad. Aprovechemos, como Bunge indica, que tenemos algo de lo que nuestros antepasados carecían, a saber, ciencias sociales y socio-tecnologías emergentes, así como el medio de promover su ulterior progreso, esto es, investigaciones más rigurosas. De modo que hay fundamentos para la esperanza²⁶.

²⁶ *Ibid.*, p. 487.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

**LOS ARBITRIOS COMO ATRIBUTO CONSTITUCIONAL
 MUNICIPAL Y COMO MANIFESTACIÓN DE
 LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL**

**Comentario a la STC N° 0030-2007-PI/TC,
 de fecha 12 de marzo de 2009**

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

En primer lugar, debemos tener presente el artículo 74° de la Constitución de 1993, que es gravitante en el comentario que nos ocupa: «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo [...] *Los Gobiernos Regionales y Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley.* El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio [...]».

315

A continuación procedemos a precisar los ejes de nuestro comentario: i) criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de arbitrios municipales; ii) determinación del denominado «costo global»; y, iii) efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en materia de arbitrios.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Es pertinente, para los fines de este análisis jurisprudencial, situar en contexto con precisión la facultad de los gobiernos municipales (provinciales y distritales) en materia tributaria. Así, mediante Ley N° 28390 (del 17 de noviembre de 2004) se integra el segundo párrafo del artículo 74° de nuestro actual texto constitucional que otorga potestad tributaria originaria a las municipalidades y gobiernos regionales, específicamente en materia de contribucio-

nes y tasas. Es en esta línea que las municipalidades, en uso de tales atribuciones, inician una labor de legislador en las materias ya mencionadas. Ello no ha pasado desapercibido para el Tribunal Constitucional. Así, su jurisprudencia ha establecido que «La libertad que la Constitución ha otorgado al legislador para la determinación de la potestad tributaria municipal, se encuentra, a su vez, limitada ahí donde la Constitución lo ha establecido bajo pena de invalidez; es decir, cuando se trate de preservar bienes constitucionalmente garantizados. Ello, en doctrina, es lo que se conoce como límites inmanentes (límites a los límites). En tal virtud, la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto de los principios constitucionales tributarios [...], así como a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia» (STC N° 0053-2004-AI/TC).

En el presente caso se discutió la constitucionalidad de una serie de ordenanzas municipales (N° 033-MDSL, N° 035-2005-MDSL, N° 052-MDSL y N° 056-MDSL) en materia de arbitrios municipales expedidos por el distrito de San Luis (Lima). Específicamente se manifestaba que no se había respetado los criterios dispuestos por el Tribunal Constitucional (STC N° 0041-2004-AI/TC y N° 0053-2004-AI/TC, lineamientos en materia de arbitrios de los distritos de Miraflores y San Isidro, respectivamente), motivo por el cual se habían vulnerado los principios de legalidad, de autoridad de cosa juzgada, de no confiscatoriedad y capacidad contributiva establecidos como marco constitucional tributario.

316

Así, con respecto a la Ordenanza N° 033-MDSL (que regula los arbitrios de los años 2002, 2003, 2004 y 2005) los demandantes sostenían que dicha ordenanza es inconstitucional debido a que si bien se hizo mención a los criterios establecidos en las referidas sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad, de los informes técnicos se apreciaba que no se cumplían todos los parámetros establecidos en dichos pronunciamientos. Señalaban asimismo, que mediante la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 0012-2005-AI/TC, se declaró la inconstitucionalidad de las ordenanzas que determinaban los arbitrios de los años 1998 a 2003, y se declaró la constitucionalidad de la Ordenanza N° 016-2004-MDSL que regulaba los arbitrios del año 2004; sin embargo, al dictarse la Ordenanza N° 033-MDSL, no se tomó en cuenta dicha decisión, vulnerándose con ello el principio de cosa juzgada y seguridad jurídica.

En relación con las Ordenanzas núms. 035-MDSL (que regula los arbitrios del año 2006), 052-MDSL y 056-MDSL (que regula los arbitrios del año 2007) refirieron que fueron dictadas sin tenerse presente de manera íntegra las sentencias del Tribunal Constitucional, ya que la Municipalidad no había optado por utilizar una fórmula que logre mejor equilibrio en la repartición de los arbitrios. En tal sentido, indicaban que los informes técnicos no se ajustaban a la realidad, denotándose incrementos de más del 200 %. Sobre la determinación de los arbitrios del año 2007 manifestaban que «no se está cobrando por vivienda y/o predio, sino por el número de puertas que tiene cada vivienda a los cuales denomina anexos y a cada una se le multiplica por los metros que da a las calles, los pisos del inmueble».

Alegaban los demandantes que en algunos casos los arbitrios se han incrementado en 400 %, no habiendo ocurrido ello con el costo de vida o con el índice de consumo. Indicaban finalmente que en el fondo estaban cuestionando los criterios utilizados para la determinación de la distribución del costo de los servicios municipales, los que están contenidos en los artículos 7°, 8°, 9° y 16° de la Ordenanza N° 033-MDSL, los artículos 8°, 9°, 10° y 11° de la Ordenanza N° 035-2005-MDSL y los artículos 8°, 9°, 10° y 12° de las Ordenanzas núms. 052-MDSL y 056-MDSL.

3. Análisis

3.1. Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de arbitrios municipales

Potestad tributaria de los gobiernos locales

La jurisprudencia ha creído conveniente desarrollar y destacar el marco constitucional de la potestad tributaria de los gobiernos locales, considerando los artículos 74° y 195°, inciso 4, de la Constitución. Asimismo, se señala que la Carta Magna ha dispuesto que sea por ley como se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos.

Finalmente, se precisa que la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto a los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contri-

butiva, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, así como también a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia.

Requisitos para la validez y vigencia de las ordenanzas que crean arbitrios

Sobre los requisitos para la validez y vigencia, así como el momento en que la ordenanza que crea arbitrios puede ser exigida a terceros, se reiteran las conclusiones expuestas en los fundamentos 15 al 27 de la STC N° 0041-2004-AI/TC: a) La ratificación es un requisito esencial para la validez de la ordenanza que crea arbitrios; b) La publicación del Acuerdo de Concejo Provincial que ratifica, es un requisito para su vigencia; c) El plazo del artículo 69°-A de la Ley de Tributación Municipal, es el plazo razonable para la ratificación y publicación del Acuerdo de Concejo que ratifica la ordenanza; d) Solo a partir del día siguiente de la publicación de dicho acuerdo dentro del plazo, la municipalidad distrital se encuentra legitimada para cobrar arbitrios; e) En caso que no se haya cumplido con ratificar (requisito de validez) y publicar (requisito de vigencia) una ordenanza dentro del plazo previsto, corresponde la aplicación del artículo 69°-B de la Ley de Tributación Municipal; en consecuencia, el arbitrio se cobrará en base a la ordenanza válida y vigente del año fiscal anterior reajustada con el índice de precios al consumidor y; e) Si la norma del año anterior no cuenta con los requisitos de validez y vigencia, deberá retrotraerse hasta encontrar una norma que reúna tales requisitos y sirva de base de cálculo.

318

Criterios para la distribución de costos de arbitrios

Se expone algunos criterios objetivos y de observancia básica para una mejor distribución del costo del arbitrio. En ese sentido, en el caso del arbitrio por limpieza pública, que involucra un conjunto de actividades, como por ejemplo servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, relleno sanitario, etc., los criterios de distribución deberán adecuarse a la naturaleza de cada rubro. Para el arbitrio por mantenimiento de parques y jardines lo determinante para medir la mayor intensidad de disfrute del servicio será el criterio ubicación del predio, es decir, la medición del servicio según la mayor cercanía a áreas verdes. En el servicio de serenazgo es razonable utilizar los criterios de ubicación y uso del predio, por cuanto su uso se intensifica en zonas de mayor peligrosidad.

Capacidad contributiva en materia tributaria

Para que el principio de capacidad contributiva como principio tributario sea exigible, no es indispensable que se encuentre expresamente consagrado en el artículo 74° de la Constitución, pues su fundamento y rango constitucional es implícito en la medida que constituye la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe en mayor o menor medida, contribuir a financiar el gasto público. La capacidad contributiva en tanto principio que justifica el cobro de tributos, se asocia con mayor frecuencia al caso de los impuestos y menos a otras figuras tributarias.

Principio de no confiscatoriedad

Se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad. En términos generales, la evaluación de confiscatoriedad en el caso de arbitrios, se manifiesta por la determinación del monto global del arbitrio sobre la base de montos sobrevaluados o, en el caso de montos no justificados, por la falta del informe técnico financiero que demuestre la determinación de costos.

319

En cada caso concreto, el contribuyente deberá acreditar lo que alega mediante los documentos mínimos indispensables; sin embargo, será la Municipalidad quien asuma el mayor peso de la carga probatoria, debiendo ser ella quien demuestre la razonabilidad entre el costo del servicio y el monto exigido al contribuyente en cada caso específico.

3.2. El «costo global» de los arbitrios municipales

Teniendo en cuenta que el caso bajo análisis gira en torno a cuestionamientos relativos a la determinación del «costo global», es preciso apuntar que dicho costo debe contar con un sustento y, asimismo, debe existir relación idónea entre la proyección del costo del servicio y los insumos necesarios para llevarlo a cabo. Así, las ordenanzas que no adjunten plan técnico o que no cumplan con sustentar detallada y adecuadamente el monto del costo global de los arbitrios, tendrán que ser declaradas inconstitucionales.

Es pertinente traer a colación el hecho de que en el caso de esta ordenanza se está cuestionando la cuantificación de arbitrios correspondientes a periodos anteriores a su emisión; por consiguiente, estando a que no estamos frente a una previsión a futuro de la determinación del costo global del servicio, sino ante erogaciones, en su mayoría ya realizadas, su sustento técnico debe realizarse con el máximo detalle posible, a fin de reflejar el correcto uso de los fondos recaudados para tal efecto de la manera más clara posible, y así permitir al ciudadano estar plenamente informado de su destino.

En tal sentido, señaló el Tribunal Constitucional que no resulta admisible que, sin mayor sustento, se indique que la determinación del costo global de los arbitrios ha aumentado respecto del año precedente por el mero hecho que la demandada ha dejado de subsidiarlos; más aún cuando el informe técnico no muestra mayor detalle sobre la depreciación de los bienes de su activo, ni especifica la manera en que los gastos administrativos han sido prorrateados, ni en qué forma la demandada ha venido subsidiando tales servicios. Adicionalmente a lo expuesto debemos agregar que si bien el informe técnico menciona, de manera genérica y breve, cuáles son los componentes del costo de cada servicio brindado, se ha abusado de las expresiones «otras herramientas», «otros equipos», «gastos variables», y del vocablo «otros», de forma que existe un amplio margen de incertidumbre sobre el contenido que corresponde a cada una de dichas partidas, debido a la poca claridad con que el mencionado informe ha sido elaborado. En tal sentido, es evidente que la Municipalidad no cumplió con sustentar adecuadamente el costo global de los arbitrios, por lo que el Tribunal estimó la demanda en este punto. Y es que sorprende la metodología empleada por la demandada, en tanto había obviado hacer mención alguna respecto de la manera en que los montos, que en su momento han sido recaudados, fueron imputados a dicho costo global. Así, la Municipalidad no puede simplemente omitir los pagos ya efectuados por el servicio prestado, y a partir de ello, elaborar el costo global de los arbitrios.

320

3.3. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el tiempo

La sentencia declaró fundada, en parte, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Municipalidad Distrital de San Luis; en consecuencia, inconstitucional las Ordenanzas núms. 033-MDSL y 035-2005-MDSL, debiendo seguirse las reglas establecidas en la sentencia emitida en el Exp. N° 0053-2004-AI/TC, Punto XIII, sobre los efectos de la sentencia en el tiempo.

De igual forma, declaró infundada la demanda respecto de las Ordenanzas núms. 052-MDSL y 056-MDSL, de conformidad con los fundamentos que desarrolla.

Ahora bien, tal como se efectuó en las sentencias emitidas en los Expedientes núms. 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC, en el presente caso el Tribunal expresó que deben modularse los efectos de su pronunciamiento a fin de no generar un caos financiero y administrativo, lo que derivaría también en un perjuicio para los propios contribuyentes. Así, recordó que el artículo 81° del Código Procesal Constitucional lo autoriza a modular los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad que recaigan sobre normas tributarias.

Es por ello que, al igual que en las sentencias mencionadas, el Tribunal se vio impedido de hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efecto retroactivo. Por consiguiente, se aplicaron las mismas reglas establecidas en la sentencia del Expediente N° 0053-2004-AI/TC («Punto XIII. Efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad»).

SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DE DESARROLLO DE PROYECTOS DE INTERÉS NACIONAL

**Comentario a la STC N° 0002-2005-PI/TC,
de fecha 18 de febrero de 2005**

NADIA PAOLA IRIARTE PAMO

Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la sentencia bajo comentario se identificaron como materias constitucionalmente relevantes, principalmente, las siguientes: i) descentralización-autonomía; ii) descentralización-principios; y, iii) competencias regionales.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Durante el gobierno de Alejandro Toledo se puso en marcha el proyecto de gas Camisea, de gran importancia para nuestro país. En ese contexto, se expedieron diversas normas relacionadas con dicha materia. Así, mediante Resolución Suprema N° 168-2003-EF, publicada el 27 de julio de 2003, en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó la adjudicación en venta directa a favor de la empresa *Hunt Oil Company of Peru* (en adelante *Hunt Oil Company*) de tres terrenos. Tal adjudicación fue solicitada a fin de construir la planta e instalaciones necesarias para el proyecto de licuefacción de gas natural proveniente de los yacimientos de Camisea. Posteriormente, con fecha 5 de noviembre de 2004, se publicó la Ley N° 28374, que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Cabe destacar que esta ley declaró de necesidad pública e interés nacional la instalación y operación de plantas de procesamiento de gas natural (artículo 1°).

El artículo 2° de la Ley N° 28374 fue cuestionado mediante el proceso de inconstitucionalidad (Exp. N° 0002-2005-PI/TC). El citado artículo señala: «Tratándose de predios de titularidad del Estado ubicados en el ámbito de desarrollo de proyectos declarados de interés nacional y necesidad pública, cuya jurisdicción sea reclamada por más de un Gobierno Regional debido a un

conflicto limítrofe, el Gobierno Nacional mantendrá la administración de dichos predios en tanto se ponga fin al conflicto. En los casos en que existan conflictos limítrofes y el Gobierno Nacional efectúe actos de disposición de conformidad con la normatividad vigente, luego de definido el conflicto limítrofe, la Dirección Nacional de Tesoro Público deberá transferir al Gobierno Regional correspondiente un monto igual a los ingresos que esta hubiera percibido producto de la venta a terceros de predios ubicados en la zona de conflicto durante la existencia del mismo. El monto transferido al correspondiente Gobierno Regional deberá ser destinado a obras de impacto local y/o regional».

En relación con el caso objeto de nuestro análisis, precisamos que uno de los terrenos adjudicados en venta directa a favor de *Hunt Oil Company of Peru* es el situado en las Pampas de Concón, Valle de Topara, en los límites de la provincia de Cañete con la provincia de Chincha, terreno sobre el que se originó una disputa limítrofe entre los gobiernos regionales de Lima e Ica.

Dada la problemática que se planteó, la demanda de inconstitucionalidad generó debate e interés de la sociedad. La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal) abordó diversos aspectos referidos a la descentralización, declaró la validez constitucional del artículo 2° de la Ley N° 28374, y exhortó al Congreso de la República para que otorgue estabilidad jurídica a la inversión, emitiendo la ley de demarcación territorial respectiva.

324

3. Análisis

En el presente acápite, abordaremos aquellas materias constitucionalmente relevantes, identificadas al inicio de este trabajo. Sobre el tema «descentralización-autonomía», el Tribunal trajo a colación lo prescrito en el artículo 188° de la Constitución y enfatizó que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país.

Asimismo, centró su atención en la autonomía y la definió como la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este. Esta definición fue utilizada por el Tribunal en anteriores oportunidades, como por ejemplo en el Exp. N° 0012-1996-AI/TC.

Lo importante del proceso de descentralización, según el Tribunal, es que la autonomía ha sido revisada para el caso de todos los gobiernos reconocidos. Tanto el gobierno nacional como el regional y el local poseen autonomía a nivel del derecho público interno, pero solo el gobierno nacional detenta la soberanía a nivel del derecho público internacional.

En el caso concreto los accionantes alegaron que la norma es inconstitucional pues, a su entender, el gobierno nacional pretendió arrogarse *motu proprio* una facultad que constitucionalmente le pertenece a los gobiernos regionales, específicamente al gobierno regional de Lima, pues el terreno aludido en forma genérica en la norma cuestionada (que es sobre el que tenía que instalarse la planta de licuefacción del gas natural de Camisea), se encuentra dentro de su jurisdicción.

Al respecto, el Tribunal especificó que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía política se traduce básicamente en la elección de sus representantes, así como en la elaboración del Plan de Desarrollo Regional. La autonomía económica es esencial para las regiones, puesto que sin rentas propias y sin una reserva presupuestal mínima, su actuación solo podría llegar a mostrarse como aparente.

325

Los parámetros de la autonomía regional deben fijarse de manera correcta, a partir de una distribución de competencias circunspecta, que debe basarse en los criterios de unidad y subsidiariedad. A nuestro juicio, de manera acertada el Tribunal enfatizó que la *autonomía* no puede ser confundida con *autarquía*. La autonomía debe ser realizada con pleno respeto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel.

A criterio del Tribunal, la norma constitucional que reconoce la autonomía regional, debe ser entendida en el sentido de que tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobierno, se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de estas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. Es consti-

tucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. En ese sentido, observó que la Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales.

Por tanto, los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional, más aún si se tiene en cuenta que esta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia. Bajo tales premisas, concluyó que no se puede pretender argumentar la autonomía como si fuera un elemento casi de soberanía. Las regiones poseen un papel trascendente en la descentralización, pero ello no puede dar lugar a un abuso de su posición constitucional.

326

El reconocimiento, respeto y promoción por parte del gobierno central de la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales, es consubstancial al principio reconocido en el artículo 43° de la Constitución, según el cual el gobierno es descentralizado. Ponemos de relieve que en el marco del proceso de descentralización aparecen las regiones, las cuales se presentan como unidades geoeconómicas sostenibles, y cuya creación se ha realizado sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente. En la base de la descentralización existen dos fundamentos: uno político, democratizador; y, otro técnico, de eficiencia en las prestaciones de los servicios públicos. La regionalización es un componente básico del proceso democrático del Estado, encaminado a institucionalizar un pluralismo político de base territorial, que supone la distribución, el reparto y la difusión del poder del Estado por el territorio nacional.

Respecto del tema «descentralización-principios», el Tribunal precisó que para poder entender correctamente el proceso de descentralización, y dentro de él, la regionalización, es necesario reconocer que cualquier tipo de análisis que se realice de las autonomías que se le reconoce con el subsecuente reparto de competencias, debe respetar dos principios elementales: la unidad del Estado peruano como marco que guíe el proceso, y la subsidiariedad como criterio que guíe la disquisición funcional entre los distintos gobiernos existentes.

Sobre el primer principio, el Tribunal recalcó que el Estado de nuestro país es unitario, pero a la vez, con un gran compromiso hacia el futuro: su descentralización, tal como lo prescribe la Constitución: «Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado». En consecuencia, por más descentralización que exista el gobierno no puede dejar de ser unitario. La consecuencia de una afirmación como esta es trascendente para configurar el tipo de Estado que es el Perú. Sobre el particular, el artículo 189° de la Constitución señala que «el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación».

La unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad. En tal sentido, el Tribunal afirmó que el gobierno constitucional del Perú no puede verse soslayado por una autonomía excesiva que quieran arrogarse las regiones. Por lo tanto, el gobierno regional de Lima no está en capacidad de discutir la unidad del Estado, ni tampoco afectar, por una interpretación incorrecta de la misma, su indemnidad.

Asimismo, sobre la base de los límites que deben regir al proceso de descentralización, precisó que el objetivo principal de dichos límites (que, a su vez, actúa como principio informante de toda política descentralizadora) es el reconocimiento de la unicidad e indivisibilidad del Estado. En efecto, Estado unitario e indivisible de gobierno descentralizado no son, en absoluto, conceptos contrapuestos.

En relación con el caso concreto, el Tribunal destacó que cuando un tema es de importancia nacional, surge con toda su fuerza la unidad del Estado, permitiendo la autonomía regional. Sobre el principio de subsidiariedad, señaló que este exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas. La subsidiariedad solamente tendrá validez constitucional si está estrechamente vinculada a los principios de proporcionalidad y de necesidad, que suponen que la acción del Estado no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos de la Constitución.

Sobre este contexto, el Tribunal determinó que una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo a la sociedad si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece realmente a la población en un triple sentido: i) el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización; ii) la solución arribada debe ser la más efectiva y adecuada, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la «más benigna»; iii) racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes.

De otro lado, si bien el Tribunal puso de relieve que la subsidiariedad está en íntima relación con la mayor cercanía del gobierno con la población; sin embargo, esta normatividad varía de lógica cuando un interés mayor de la nación se encuentra involucrado en el caso concreto. Así, el Tribunal planteó la siguiente pregunta: ¿puede una empresa privada realizar una actividad de interés nacional y necesidad pública, que a la vez determine la calidad de una ley de carácter especial? La respuesta no es absoluta.

328

Cuando el Estado es el que realiza una actividad o presta un servicio público es mucho más fácil determinar la importancia estatal de su actividad. Es más, se presume esta calidad. Sin embargo, cuando es una entidad privada la que actúa, por más trascendencia que tenga su intervención, debe realizarse un estudio razonable de su diligencia a fin de determinar si su actividad cumple o no con el carácter de interés nacional y necesidad pública.

En el caso abordado, el Tribunal precisó que según la actividad que cumple en el desarrollo del país, la actividad de la empresa en cuestión es de interés nacional, y se subroga en el lugar del Estado para cumplir con una actividad que es necesaria para que el gas de Camisea pueda llegar a sus destinatarios reales: los ciudadanos.

Finalmente, enfatizó que se puede asumir que en un gobierno unitario existe una presunción de competencia a favor del gobierno nacional, a diferencia de lo que sucede en el gobierno federal, donde la presunción de la titularidad de las competencias reside en los gobiernos de cada Estado federado. También, consideró que el interés público nacional es la pauta que guía la relación entre unidad y subsidiariedad. Es así que la cercanía como base de la subsidiariedad se revierte en el ámbito del interés nacional.

En lo que respecta a las «competencias regionales», el Tribunal manifestó que la competencia se configura sobre la base de atribuciones por el tipo de función (competencia de función), por el tipo de materias atribuidas (competencia *ratione materiae*) y por el ámbito del territorio (competencia territorial).

Por otra parte, hizo referencia a tres tipos de competencias: i) competencias exclusivas, que son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales, ya sea de manera positiva (de manera directa) o negativa (si se impide su delegación); ii) competencias compartidas, que son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con la noción de cooperación entre los organismos constitucionales autónomos; y, iii) competencias concurrentes, que son materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas comunes, existiendo una relación complementaria de tutela y control normativo.

Recalcamos que para determinar de manera correcta qué competencia corresponde a cada órgano constitucional, el intérprete debe utilizar el test de la competencia. Sobre este aspecto, los demandantes propugnaron la tesis según la cual la zona donde se instalaría la planta de licuefacción de gas natural proveniente de los yacimientos de Camisea, corresponde al gobierno regional de Lima, puesto que este tiene la competencia exclusiva de administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal.

Para el Tribunal, el tema del gas de Camisea necesita de la cooperación de todas las instituciones intervinientes, por lo que era imprescindible que el proyecto no se paralice por una cuestión territorial. En ese sentido, fue necesario determinar con claridad qué corresponde al gobierno nacional y qué a los gobiernos regionales. En el desarrollo de la sentencia se indicó diversas competencias de dichos órganos.

Sobre la función de administrar bienes de terrenos destinados a una materia de gas natural, el Tribunal precisó que constitucionalmente se ha señalado que cuando una región quiera asumir funciones de índole privativa, es necesario que lo haga en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, es decir, que pueda ejercer atribuciones inherentes a su función. Entonces, si se le asignan competencias exclusivas, estas deben estar en relación di-

recta con su función y debería ceder para permitir el impulso de planes y políticas de desarrollo nacionales; por más que se haya reconocido como competencia exclusiva administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal. Sin embargo, exclusividad no significa exclusión. Esta facultad no es excluyente, puesto que sobre el mismo tema pueden asignarse funciones concurrentes. Tan cierta es esta afirmación que la propia Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, preceptúa que es una competencia compartida de las regiones con el gobierno nacional, la «promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a sectores tales como energía, hidrocarburos». En suma, el Tribunal consideró que la Ley N° 28734 solo se encuentra regulando esta competencia compartida, incluyendo además el rol que le compete a las municipalidades.

Por otra parte, tomó en consideración el carácter de interés nacional de la construcción de la planta y puso énfasis en la funcionalidad que la ley cumple para el desarrollo del país, especialmente para promover una verdadera inversión estatal. En esta línea, puso de relieve que cuando la Constitución establece que «son deberes primordiales del Estado [...] promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación», entonces se debe asentar el claro nivel de actuación del gobierno nacional para asegurar el cumplimiento de sus funciones, como por ejemplo, permitir que el gas llegue a toda la población. En este sentido, el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios.

330

En conclusión, la discusión sobre la administración y adjudicación de terrenos sí compromete seriamente la inversión privada, y por lo tanto la limitación al alcance de la competencia regional sí amerita, al estar en contraposición con una explotación minera de interés nacional, la actuación del gobierno nacional. Para finalizar, expresamos que esta sentencia se erige como un aporte significativo en el desarrollo de diversos conceptos, criterios y aspectos de la descentralización.

INVALIDEZ DEL ARTÍCULO 291° DE LA LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES

**Comentario a la sentencia de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación N° 29/2012**

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ
Universidad Autónoma de Nuevo León

1. Materias constitucionalmente relevantes

Teniendo como marco el carácter federal del Estado¹, se ha señalado que, en base al artículo 124° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), las facultades que no se atribuyan expresamente por esta Constitución a los funcionarios de la Federación se encuentran favorables para los Estados (cláusula de *residualidad estatal*, no federal²).

331

Tal definición se configura como base del reparto de competencias establecido constitucionalmente, aunque también por disposiciones que establecen claramente lo que no pueden hacer en ningún caso los Estados³ (o por lo menos, sin aprobación del Congreso de la Unión⁴). Existe así una relación entre

¹ «Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental» (artículo 40° de la CPEUM).

² En el Perú, por lo contrario, se ha establecido de la siguiente manera: «En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al gobierno nacional». STC N° 0020-2005-PI/TC / N° 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 48.

³ Artículo 117° de la CPEUM.

⁴ Artículo 118° de la CPEUM.

legislaciones locales y federal de reparto de competencias, no estrictamente de jerarquía⁵. En este orden de ideas, y en el ámbito de las competencias del Congreso, de acuerdo al artículo 73º, fracción XXI, inciso b, de la CPEUM, este tiene facultades «[...] para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada».

Bajo estas consideraciones previas es importante analizar este reparto de competencias materializada en una legislación penal que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó en virtud de una demanda de inconstitucionalidad, siendo importante examinar exactamente qué competencias les corresponden a los Estados en materia de *arraigo* (detención). A lo largo del presente trabajo, por tanto, se observará la necesidad de fortalecer a las entidades federativas (también obligadas a utilizar el principio *pro homine*) sin enfocarse tanto en quién «gana» o quién «pierde» competencias.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

332

En su momento (exactamente el 2005, como resultado de una acción de inconstitucionalidad), la SCJN⁶ calificó la figura del *arraigo* como violatoria del derecho a la libertad personal que establecen los artículos 16º, 18º, 19º, 20º, y 21º de la Carta Magna y del derecho a la libertad de tránsito⁷.

En este mismo sentido, del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia del 11 de diciembre de 2007, se desprende que la acción de inconstitucionalidad antes señalada fue tomada en cuenta en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, en la regulación de la figura de «*arraigo*»⁸ y «*arraigo domiciliario*»⁹, a fin de regular el nuevo sistema acusatorio adversarial y oral.

⁵Tesis 3ª./J.10/91.

⁶Véase, Acción de Inconstitucionalidad 20/2003, resuelta el 6 de septiembre de 2005.

⁷Derecho consagrado en el artículo 11º de la Constitución.

⁸Artículo 16º de la Constitución.

⁹Artículo Décimo Primero Transitorio de la Constitución.

En el año 2012 se emite la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes, que en su artículo 291^{o10} vuelve a regular el tema del «arraigo», artículo objeto de cuestionamiento constitucional y cuya sentencia es motivo del presente comentario jurisprudencial.

3. Análisis

En el año 2013, el demandante (presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos) solicitó se declare inconstitucional el artículo 291° de la Legislación Penal¹¹, estimando violados los artículos 11°, 16^{o12} y 73°, fracción XXI, constitucionales, ya que la disposición local introduce la figura del arraigo por delitos graves.

En primer lugar, es preciso explicar que, presentada la demanda, la disposición de la cual se solicita su invalidez fue derogada¹³. Pese a ello, la SCJN declaró la procedencia de la acción de inconstitucionalidad planteada, toman-

¹⁰ Reformado mediante Decreto N° 179, publicado en el periódico oficial de la entidad el 5 de marzo de 2012.

¹¹ Señala que «El arraigo es la medida cautelar, autorizada por la autoridad judicial, para que el indiciado permanezca a su disposición en el lugar, bajo la forma y los medios de realización solicitados por el Ministerio Público, con la vigilancia de este y sus órganos auxiliares; que se prolongara por el tiempo estrictamente indispensable probado para culminar la investigación del hecho, y que en ningún caso y bajo ningún concepto podrá exceder de cuarenta días. A petición del Ministerio Público, la autoridad judicial deberá pronunciarse dentro de un plazo no mayor a doce horas contadas a partir del momento de la recepción de la solicitud de arraigo del indiciado, de manera fundada y motivada, siempre que se trate de hechos punibles que puedan ser adecuados en figuras típicas calificadas como graves y cuando exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia o para la protección de personas o bienes jurídicos, a fin de lograr el éxito de la investigación».

¹² Permite a la autoridad judicial decretar el arraigo de una persona tratándose de delitos de delincuencia organizada.

¹³ Por el Decreto N° 331, publicado en el periódico oficial del Estado el 20 de mayo de 2013, se derogó la legislación penal de la entidad, para regular el Código Penal y el Código de Procedimientos, este último con carácter temporal y a su vez otro distinto con el fin de regular el procedimiento penal acusatorio adversarial oral con incorporación gradual. Los primeros cobraron su vigencia el 19 de julio de ese año.

do en cuenta que en materia penal la declaratoria de invalidez puede surtir efectos dentro del proceso penal respectivo, además que dicha disposición fue trasladada íntegramente al nuevo Código de Procedimientos (temporal) en su artículo 129°.

Ingresando al tema de fondo, vale la pena señalar, como marco general, que la figura del arraigo ha resultado ser uno de los temas más controversiales en el Estado mexicano, ya que ha sido fuertemente criticado por los defensores de los derechos humanos a partir de su incorporación mediante reforma constitucional de 2008, extendiendo potestad a los jueces para concederlo y prevista además en diversos códigos de procedimientos. Se ha entendido que esta figura es contraria al principio de «*presunción de inocencia*» (pilar del sistema acusatorio) y «*pro homine*»¹⁴, considerada además una afectación a los tratados internacionales en materia de derechos humanos¹⁵.

Respecto al caso planteado, tomando en cuenta el reparto de competencias existente en México, la SCJN señaló que a través del artículo Décimo Primero Transitorio de la Carta Magna (disposición que introduce la figura del arraigo domiciliario por delitos graves)¹⁶, en ningún momento se está modificando la competencia federal para emitir esa orden de arraigo, ni permite que

¹⁴ Artículo 1° párrafo segundo de la CPEUM.

¹⁵ Sobre la validez de los tratados véase la sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Amparo penal en revisión (7798/47). Vale recordar que la SCJN había establecido que los tratados internacionales se ubicaban por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto la Constitución (*vid.* Tesis P. LXXVII/99). Posteriormente, mediante Tesis: XI.10.A.T.45 K, se indicó que cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución, superada por contradicción de Tesis 233/2011 de la que derivaron las tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 y P./J. 21/2014.

¹⁶ A la letra dice: «En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia». El fundamento es expresado por el Congreso, Órgano Ejecutor y el Procurador del Estado de Aguascalientes, así como «confusión del legislador local» según el máximo Tribunal.

los ministerios públicos o jueces locales participen en tal decisión. Lo que modifica es temporalmente el alcance del arraigo y permite una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de materia, pero nunca por razón de competencia. De lo antepuesto se puede desprender que se queda en una «mera intención»¹⁷ de tener una visión uniforme en pro de los Estados federados, sosteniendo que a través de la disposición transitoria no se habilita a los Congresos locales a legislar sobre «aquella»¹⁸. Esta figura se valida con posterioridad ya que mediante el artículo transitorio se indica «*en tanto que entra en vigor el sistema procesal acusatorio [...]*».

A modo de conclusión, es indiscutible que el legislador local no debió plasmar la figura del arraigo, sino la del arraigo domiciliario, ya que la primera está reservada a delitos de delincuencia organizada (competencia federal). No obstante, la SCJN se dedicó a contender que con el artículo transitorio no figuraba una competencia local, con lo cual, resulta claro que se faculta a los agentes del Ministerio Público a requerir y al juez a consentir el arraigo domiciliario.

En ese sentido, el ministro Franco González apunta, en su voto particular, al artículo 124° de la Constitución, por lo que considera que no se expresan facultades reservadas a las autoridades federales y que lo que hay son dos arraigos diferentes, si bien de la misma especie como lo es el arraigo, de distinto género, siendo uno permanente y el otro transitorio. Si bien, a través de la disposición transitoria se puede observar la intención de trabajar coordinadamente, con miras a enfrentar los desafíos de los Estados a la hora de regular en pro de las consecuencias derivadas de los cambios constitucionales, resulta más obvia la primacía del Poder Judicial de la federación.

¹⁷En referencia al Juicio de Protección de derechos humanos del estado de Veracruz, la SCJN consideró que la facultad del Tribunal local para resolver dicho juicio, no invade la esfera federal, ya que se limita solo a los derechos humanos del ordenamiento local (*vid.* Tesis P. XXXIII/2002). Al hilo de estas ideas, cabe mencionar que la SCJN sostuvo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que diga el texto constitucional (*vid.* Tesis P./J. 20/2014).

¹⁸Entendiéndose esta como «arraigo en materia penal». *Vid.* Tesis P./J.32/2014.

PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN, CONCURRENCIA Y SUBSIDIARIEDAD EN EL REPARTO DE COMPETENCIAS

**Comentario a la sentencia C-123,
de fecha 5 de marzo de 2014**

SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO
Especialista en Derecho Público

1. Materias constitucionalmente relevantes

¿Una prohibición absoluta consagrada en la ley para que los concejos municipales y distritales excluyan zonas de su territorio de la exploración y explotación minera, resulta una limitación desproporcionada de la competencia para la regulación de los usos del suelo dentro del territorio del municipio, obviando los principios de coordinación y concurrencia en el ejercicio de competencias derivadas del principio de autonomía territorial?

337

2. Contexto histórico-político de la sentencia

El artículo 37° de la Ley N° 685 de 2001 (Código Minero colombiano), estableció que «[...] ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial [...]». La restricción contrarió el interés de muchas comunidades en disminuir el auge minero en sus zonas, pues en general se trata de poblaciones dedicadas a la actividad agrícola y que temen por la afectación ambiental y su bienestar socio-económico.

La demanda de constitucionalidad planteada requirió un estudio del papel de los entes territoriales en el direccionamiento de la actividad minera en las regiones, de acuerdo con el ejercicio de las competencias atribuidas en virtud del principio de autonomía territorial derivado de la Constitución Política de Colombia (CPC). Esta decisión ayudaría a equilibrar el propósito de dinamizar el sector minero frente a la relevancia que toman los temas ambientales dentro de la agenda nacional, de modo que se evitaría la politización de una actividad económica al tener que someterla al diseño de las autoridades territoriales.

3. Análisis

El tema examinado en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana pone de relieve, una vez más, la pugna entre las competencias de la nación y aquellas que corresponden a los entes territoriales. Es así que, como consecuencia del modelo de Estado unitario, el principio de autonomía territorial consagrado en el artículo 287° de la CPC, garantiza que las entidades territoriales puedan gestionar de forma autónoma sus decisiones. Este principio les otorga la potestad, dentro de los límites legales y constitucionales, de gobernarse por autoridades propias; ejercer las competencias que les correspondan; administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y por último, participar en las rentas nacionales.

Apunta la Corte que la interpretación de estas facultades no puede desarrollarse de forma aislada de todo el sistema normativo e institucional, pues el Estado colombiano se organiza originalmente como unitario (art. 1° CPC); y dada la tensión existente entre ambos principios (la organización unitaria y la autonomía territorial), debe hacerse una lectura integral y sistemática de todas las normas, de tal forma que ambos contenidos constitucionales vayan armonizándose entre sí. Dicha coherencia entre principios se va ajustando a medida que la autonomía se desarrolla en los límites impuestos por la forma unitaria del Estado, y sin llegar al extremo de que por medio de decisiones o leyes nacionales se afecte el espacio esencial de la autonomía, la cual se concentra básicamente en la facultad de gestionar sus propios asuntos por medio de autoridades propias.

338

En este sentido, se constituyen dos principios que se limitan entre sí, que son aplicados de acuerdo a cada situación concreta en que se enfrenten. Así, no existe una prevalencia absoluta del principio de la organización unitaria del Estado que resulte excesiva sobre la autonomía, sino que la limitación a la autonomía se considera aceptable cuando es de forma razonada y proporcionada según el caso concreto.

De esta manera, el constituyente determinó los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288° de la CPC para armonizar los principios de unidad y autonomía en la repartición de competencias entre sí. El principio de coordinación tiene la función de que las autoridades que ostenten competencias concurrentes las ejerzan de manera comple-

mentaria y encaminada a los fines de la acción estatal. El principio de concurrencia funciona en algunas materias cuando la actividad estatal deba cumplirse con la participación de varios niveles de la administración, lo cual implica la asignación de competencias a cada autoridad para que actúen en forma coope-rada, y obliga a que cada autoridad participe en donde sea necesario para el cumplimiento del fin estatal.

El principio de subsidiariedad, por su parte, conlleva a que la competen-cia sea atribuida en el nivel más próximo al ciudadano, como expresión del principio democrático y el otorgamiento de la función a un ente que conoce de cerca los requerimientos ciudadanos. De igual forma, hace que las autoridades centrales solo puedan intervenir en los asuntos de los entes territoriales cuando estos se muestren incapaces o ineficientes para cumplir con sus responsabili-dades.

Ahora bien, dada la facultad que tienen los municipios para regular el ordenamiento territorial en cuanto a los usos del suelo, lo cual incide en el mo-delado de desarrollo y las condiciones de vida de los habitantes; la Corte entra a analizar si la prohibición absoluta prevista por el artículo 37° del Código de Minas constituye una limitación desproporcionada a dicha facultad, y si esta si-tuación pasa por alto los principios de concurrencia y coordinación. Es de esta forma que de la lectura gramatical del artículo demandado, la Corte encuentra que la práctica de la actividad minera impacta en el desarrollo económico y so-cial de un territorio, al conllevar un aumento en la demanda de servicios, au-mento de población, así como la variación de las políticas locales, el control del orden público, el nivel de los precios del mercado local. De igual manera, el im-pacto social se refleja en el aumento de la deserción escolar, la drogadicción, la prostitución, violencia sexual, problemas de salud pública relacionados con las enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados. A nivel económi-co, se produce una disminución de la economía pecuaria y agrícola, lo cual pro-vo-ca escasez de alimentos y el aumento del costo de vida, trayendo como secue-la una afectación al desarrollo económico de los municipios y la posibilidad de planeación organizada del territorio.

En oposición a la lectura anterior, logra dilucidarse la facultad estatal para intervenir en la explotación de los recursos naturales en razón a que se con-sidera propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (ar-tículos 332° y 334° de la CPC). Por ende, la política en materia minera y los

estándares para su realización se derivan del ejercicio de la propiedad de estos bienes en cabeza del Estado. Pese a lo anterior, en virtud de la conservación del derecho proveniente del ingrediente democrático propio de la actividad legislativa, que consiste en mantener en lo posible la configuración legal siempre que haya una interpretación acorde con la Constitución Política, la Corte logra darle un sentido al artículo demandado a la luz de los dos principios en tensión.

En la orientación que el juez constitucional otorga al artículo 37° del Código Minero, concluye que la competencia de excluir zonas de la actividad minera puede conservarse en manos de la nación, siempre y cuando se garantice un grado de participación razonable a los municipios y distritos en la toma de la decisión. Es decir, que su opinión transmitida por los órganos de representación sea valorada y genere un efecto en las incidencias que la decisión pueda generar en la protección del medio ambiente, la salubridad y el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades.

Para la Corte, el grado de participación democrática que se garantice en la reglamentación de la norma demandada, lleva implícitos criterios de coordinación y concurrencia que protejan la autonomía de los municipios influenciados por la actividad minera. Esto quiere decir que se tendrá que permitir la participación de los municipios en la determinación de los fines de la exclusión de una zona, las condiciones para que se lleve a cabo, la forma en que participa cada nivel competencial así como las funciones que asumen y, por último, los parámetros que se cumplirán para declarar una zona excluida de la minería. De igual forma, se plantea que el desarrollo de las zonas excluidas debe contemplar otros contenidos constitucionales como lo son la defensa del patrimonio cultural, la protección al medio ambiente, los derechos fundamentales de los habitantes, en el marco del concepto de desarrollo sostenible. Así, se garantiza un diálogo entre las competencias que conserven los principios de autonomía y Estado unitario.

340

La sentencia comentada toma relevancia al tratar el tema de la autonomía como fuente de la descentralización administrativa. Sin duda alguna, la tendencia en un Estado democrático de derecho es poner cada vez más al alcance de los ciudadanos el ámbito de participación en las decisiones, tanto normativas como administrativas, que los afecten. La orientación de la autonomía se encamina a que dicho acercamiento con el ciudadano se torne en la regla general, y la nación como unidad política sirva de mínima intervención con el fin de organizar las políticas que sean de interés común para toda la unidad. No obs-

tante lo anterior, la preponderancia que tiende a tomar la autonomía debe contener un límite dentro de los parámetros legales y constitucionales que protegen la institucionalidad del Estado, actuando a la luz de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Para el caso de la minería, por tratarse de una actividad de gran influencia para la economía nacional y de la cual se explota un bien de propiedad de toda la nación, cuesta trabajo entender que cada municipio o ente territorial pretenda condicionar la manera en que se desarrollaría en su territorio. Su intervención traería como consecuencia una atomización de injerencias públicas sobre la actividad económica, que frenaría un sector económico que requiere dinamizarse. El arbitrio en las decisiones a nivel municipal respecto a la exclusión de zonas para la explotación minera se convertiría en un desorden normativo y administrativo que entorpecería la economía nacional.

En conclusión, la decisión más acertada que tuvo la Corte Constitucional fue declarar exequible el artículo demandado, pues al tiempo de proteger la libre configuración legislativa que ostenta el Congreso de la República, ajustó la interpretación de aquel con fundamento en la coordinación y la concurrencia para la determinación de competencias. De esta manera, exhorta al gobierno nacional para que al momento de reglamentar el contenido del artículo 37° del Código de Minas, tenga en cuenta de forma directa el criterio y las necesidades de la población que va a percibir directamente los beneficios y consecuencias de la actividad minera, de tal modo que sean protegidos los derechos fundamentales de sus ciudadanos y la dinámica local en lo social, económico y cultural.

Así las cosas, las autoridades nacionales tomarán competencia para organizar y unificar en una sola política pública lo relacionado con el sector minero, para que en su desarrollo se garantice la protección al medio ambiente y los intereses directos que ostente cada comunidad.

RESEÑA

«DAÑO A LA PERSONA.
ORIGEN, DESARROLLO Y VICISITUDES
EN EL DERECHO CIVIL PERUANO»

MANUEL MIRANDA CANALES*

Vicepresidente del Tribunal Constitucional

Datos del libro

Autor: Carlos Alberto Calderón Puertas

Editorial: Motivensa (Lima, Perú)

Año: 2014

Como estudioso del derecho civil me resultan sumamente interesantes las publicaciones sobre el concepto de «daño», entendido en sus diversas modalidades y especies, y en un panorama amplio y completo. Cabe resaltar el análisis que se hace en esta obra del Pleno Casatorio de nuestra Corte Suprema del 18 de marzo de 2011, en el que se ha precisado y definido que el «daño moral» estaría comprendido en una relación de género a especie con el «daño a la persona», y que tiene consecuencias directas en el ámbito de la «persona» en su aspecto psicológico, emocional y sentimental.

345

Cabe precisar que el estudio del presente libro se basa en la perspectiva del profesor Carlos Fernández Sessarego, lo que permite un estudio global de las instituciones relacionadas con el «daño a la persona», que es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución de 1993). Sobre la obra del profesor Fernández se hace un recuento de los antecedentes desde el Código Civil italiano y de cómo va evolucionando en la doctrina y la legislación peruana, hasta llegar a la actualidad. El texto recoge, además, una interesante entrevista a este maestro, quien define al daño como «todo acto que causa una lesión, un menoscabo ya sea al ser humano en cuanto tal o las cosas del mundo o las cosas que conforman el patrimonio de determinada persona».

* Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, Doctor en Educación por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Un apartado que me ha llamado mucho la atención es el análisis filosófico-jurídico del concepto de «proyecto de vida» desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Loayza Tamayo»: «El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación [...] en el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional». No obstante ello, y a pesar de que se reconoce la existencia de un grave perjuicio al proyecto de vida, se abstuvo de cuantificar el daño dado que «la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos». Así, el autor resalta que no hay razón para que dichas reparaciones originen una inflación de pagos. Destaco su postura en cuanto a las diferencias con el profesor Trazegnies, entendiéndolas respetuosamente como una interpretación sustentada en la noción del mundo pragmática y humanista en su caso.

346

El texto desarrolla conceptos indispensables como la acción inhibitoria y las razones por las cuales no estarían recogidos en nuestra legislación civil el proyecto de vida, y la cuestionada diferencia entre daño moral y daño a la persona. No se descuida el análisis medido del daño a la persona en el escenario de la práctica jurídica nacional, y se revisa la jurisprudencia emitida y otras fuentes como encuestas y estadísticas. Fernández tiene una posición relacionada con la conducta de los jueces peruanos, en la que sintetiza la falta de preparación en el tema concerniente a la protección de los derechos fundamentales de la persona y la conveniencia del artículo 17° del Código Civil en estos casos. Resalta que el juez no debe ser temeroso al aplicar el derecho al caso concreto y mucho menos sumiso al poder imperante, y debe tener un rol protagónico e innovador en pos de dotar sentido a la justicia, para interpretar correcta y motivadamente el curso de la historia y el derecho en relación con los conflictos que se le presentan. Debe existir un rol protagónico de las instituciones que conforman el Estado para darle interés a la labor judicial, pues en el derecho, en la vida social, es el ser humano el protagonista y destinatario.

El debate sobre el concepto del «daño» aún no está concluido en la doctrina, ni nacional, ni extranjera. En la legislación, la expresión «daño a la per-

«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»

sona» se ha trasladado a otras fuentes legales; en el plano jurisdiccional, «el daño al proyecto de vida» es causa común. Es muy interesante hacer una reflexión –y este texto la suscita– sobre todos los aspectos del daño, sus categorías, criterios de cuantificación y su desarrollo jurisprudencial por parte de la judicatura ordinaria y también –dado el caso– por el Tribunal Constitucional, en relación con la vulneración de derechos fundamentales.

Otro aspecto que debo resaltar es el papel del proceso civil en la protección del «daño a la persona», ya sea por la vía cautelar, o con una medida autosatisfactiva, concepto aplicable a todo sujeto de derecho.

Como juez, docente, investigador y, sobre todo, apasionado del derecho, recomiendo la lectura de este texto, cuyo conocimiento resulta indispensable y de obligatoria lectura para quienes cultivan el derecho civil.

Impreso en los talleres gráficos de
K&J Representaciones S. R. L.
en el mes de noviembre de 2014.

